ISSN 1413-3873

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Órgão Cultural do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Repositório autorizado
de jurisprudência dos Egrégios

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
e
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro n. 49 jul./set. 2013

REVISTA
DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

ISSN 1413-3873

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Repositório autorizado de jurisprudência
do Egrégio Supremo Tribunal Federal
Registro nº 25/99, de 22/04/1999
DJU nº 72, de 16.04.1999, p. 1

Repositório autorizado de jurisprudência
do Egrégio Superior Tribunal de Justiça
Registro nº 37
Portaria nº 1, de 26/10/1998
DJU de 05/11/1998, p. 137
Registro retificado
Portaria nº 9, de 14/06/1999
DJ 22/06/1999

CIRCULAÇÃO NACIONAL

Os acórdãos estampados reproduzem integralmente o material coligido na *Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal* e na *Revista do Superior Tribunal de Justiça.*

Tiragem: 3.000 exemplares

Catalogação na publicação - Biblioteca Clóvis Paulo da Rocha / MPRJ

Revista do Ministério Público / Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. – Vol.1, n.1 (jan./jun. 1995)- . – Rio de Janeiro: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 1995-
v. ; 23 cm

Trimestral

ISSN 1413-3873

1. Direito - Periódicos. I. Rio de Janeiro (Estado). Ministério Público.

CDD 340.05
CDU 34(05)

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ISSN 1413-3873

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

(Art. 168 da Lei Complementar nº 106, de 03 de janeiro de 2003)

Revista do Ministério Público Rio de Janeiro n. 49 jul. /set. 2013

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Diretor da Revista do Ministério Público
Emerson Garcia

Vice-Diretor
Robson Renault Godinho

Diretor Honorário
Sergio Demoro Hamilton

Editoração Eletrônica – *Equipe Técnica da Revista do Ministério Público*

Revisão ortográfica – *Nanci da Costa Batista - Analista do MP*

A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus autores.

Pede-se permuta
On demande l'échange
We ask for exchange

Redação e Administração

Av. Marechal Câmara, 370 - 3º andar, Centro, Rio de Janeiro, RJ, CEP 20020-080, telefones/Fax (0xx21) 22193370 e (0xx21) 22193371 (Direção), *para onde deve ser dirigida toda correspondência.*

Endereço na Internet:
www.mprj.mp.br
e-mail: revista@mprj.mp.br

PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
(Em 30.09.2013)

PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
Marfan Martins Vieira

Subprocuradora-Geral de Justiça de Administração
José Eduardo Ciotola Gussem

Subprocurador-Geral de Justiça de Assuntos
Institucionais e Judiciais
Sérgio Roberto Ulhôa Pimentel

Subprocurador-Geral de Justiça de Planejamento Institucional
Luiz Roberto Saraiva Salgado

Subprocurador-Geral de Justiça
de Direitos Humanos e Terceiro Setor
Ertulei Laureano Matos

Corregedora-Geral do Ministério Público
Maria Cristina Menezes de Azevedo

Chefe de Gabinete do Procurador-Geral de Justiça
Eduardo da Silva Lima Neto

Secretário-Geral do Ministério Público
Dimitrius Viveiros Gonçalves

Nota: Dados colhidos no *Diário Oficial* em 30-09-2013.

Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça (Em 30.09.2013)

MARFAN MARTINS VIEIRA
Presidente

MARIA CRISTINA MENEZES DE AZEVEDO
Corregedora-Geral

Membros natos	Membros eleitos
Carlos Antonio Navega	Pedro Elias Erthal Sanglard
Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea	Walberto Fernandes de Lima
Dalva Pieri Nunes	Claudia Maria Macedo Perlingeiro dos Santos
Hugo Jerke	Márcia Álvares Pires Rodrigues
Adolfo Borges Filho	Marcelo Daltro Leite
Júlio Cesar de Souza Oliveira	Dirce Ribeiro de Abreu
Fernando Chaves da Costa	Kátia Aguiar Marques Selles Porto
Ertulei Laureano Matos	Patrícia Silveira da Rosa
Luiza Thereza Baptista de Mattos	Maria Luiza de Lamare São Paulo
Márcio Klang	Joel Tovil

Conselho Superior do Ministério Público (Em 30.09.2013)

MARFAN MARTINS VIEIRA
Presidente

MARIA CRISTINA MENEZES DE AZEVEDO
Corregedora-Geral

Titulares Eleitos

Pelos Procuradores de Justiça	Pelos Promotores de Justiça
Alexandre Viana Schott	Cláudio Henrique da Cruz Viana
Marlon Oberst Cordovil	Cristina Medeiros da Fonseca
Rogério Carlos Scantamburlo	Anna Maria Di Masi
Antonio Carlos da Graça de Mesquita	Alexandre Araripe Marinho

Nota: Composições fornecidas pela Secretaria dos Órgãos Colegiados.

Associação do Ministério Público
do Estado do Rio de Janeiro

Luciano Oliveira Mattos de Souza
Presidente

Caixa de Assistência do Ministério Público
do Estado do Rio de Janeiro

Arthur Pontes Teixeira
Diretor-Presidente

Fundação Escola Superior do Ministério Público
do Estado do Rio de Janeiro

José Roberto Paredes
Diretor-Presidente

Centro dos Procuradores de Justiça
do Estado do Rio de Janeiro

Hugo Jerke
Presidente

Sicoob Coomperj

Luiz Antônio Ferreira de Araújo
Presidente

Nota: Composição das entidades em 30.09.2013.

SUMÁRIO

DOUTRINA

Antonio do Passo Cabral – Despolarização do processo e "zonas de interesse": sobre a migração entre polos da demanda 3

Beatrice Marinho Paulo – Alienação parental: diagnosticar, prevenir e tratar 45

Bruno dos Santos Guimarães – O Estado Moderno e independente: breves considerações políticas, jurídicas e históricas do Constitucionalismo Brasileiro 65

Emerson Garcia – Improbidade é sinônimo de desonestidade? 81

Fredie Didier Jr. – Os três modelos de Direito Processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo 89

Jorge Lobo – Extensão da falência por abuso de controle: análise crítica da jurisprudência do STJ 101

Jorge Miranda – A responsabilidade civil do Estado, a Constituição e a Lei nº 67/2007 (Portugal) 135

José Afonso da Silva – Da perda do mandato de Presidente da República 149

José Barcelos de Souza – Do *Habeas Corpus* 165

Luís Roberto Barroso – Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo 187

OBSERVATÓRIO JURÍDICO

A verdade sobre o CARF (**Ives Gandra Martins**) 227

PEÇAS PROCESSUAIS

Pareceres

— Ação Rescisória *reformatio in pejus* pelo Acórdão rescindendo, o que consubstancia à violação literal de lei (CPC, arts. 128 e 460). (**Carlos Cícero Duarte Júnior**) 233

— Apresentação, pelo contribuinte, de seguro-garantia em processo de execução fiscal, não impede a responsabilização penal. (**Cláudio Calo Sousa**) 241

— Ascensão funcional de policiais civis ao cargo de Delegado de Polícia. Violação à regra do concurso público. Inconstitucionalidade. (**Emerson Garcia**) 247

— Direitos autorais e limites da responsabilidade de empresa produtora de show, de patrocinadora do evento e do Município do Rio de Janeiro. (**Sérgio Roberto Ulhôa Pimentel**) 255

JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal

Jurisprudência Cível

— Recurso extraordinário - Medida cautelar - Pressupostos necessários à concessão do provimento cautelar (RTJ 174/437438) - Exigência legal de prévio depósito do valor da multa como condição de admissibilidade do recurso administrativo - Transgressão ao art. 5º, LV, da Constituição da República - Nova orientação jurisprudencial firmada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal - Cumulativa ocorrência, no caso, dos requisitos concernentes à plausibilidade jurídica e ao *periculum in mora* - Precedentes - Magistério da doutrina - Decisão referendada pela Turma. **(Referendo em Medida Cautelar na Ação Cautelar 2.185 - DF, Segunda Turma, *RTJ* 219, pp. 159 a 162)** 265

– 1. Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Perda parcial de objeto. Recebimento, na parte remanescente, como ação direta de inconstitucionalidade. União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. Convergência de objetos entre ações de natureza abstrata. Julgamento conjunto. Encampação dos fundamentos da ADPF 132/RJ pela ADI 4.277/DF, com a finalidade de conferir "interpretação conforme à Constituição" ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação.

2. Proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo, seja no plano da dicotomia homem/mulher (gênero), seja no plano da orientação sexual de cada qual deles. A proibição do preconceito como capítulo do constitucionalismo fraternal. Homenagem ao pluralismo como valor sociopolítico-cultural. Liberdade para dispor da própria sexualidade, inserida na categoria dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é da autonomia de vontade. Direito à intimidade e à vida privada. Cláusula pétrea. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de "promover o bem de todos". Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana "norma geral negativa", segundo a qual "o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido". Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanação do princípio da "dignidade da pessoa humana": direito a autoestima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.

3. Tratamento constitucional da instituição da família. Reconhecimento de que a Constituição Federal não empresta ao substantivo "família" nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. A família como categoria sociocultural e princípio espiritual. Direito subjetivo de constituir família. Interpretação não reducionista. O *caput* do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão "família", não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa

por "intimidade e vida privada" (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sociopolítico-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

4. União estável. Normação constitucional referida a homem e mulher, mas apenas para especial proteção desta última. Focado propósito constitucional de estabelecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia entre as duas tipologias do gênero humano. Identidade constitucional dos conceitos de "entidade familiar" e "família". A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no § 3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia "entidade familiar", não pretendeu diferenciá-la da "família". Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado "entidade familiar" como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese *sub judice*. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem "do regime e dos princípios por ela adotados", *verbis*: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

5. Divergências laterais quanto à fundamentação do acórdão. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar.

Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata autoaplicabilidade da Constituição.
6. Interpretação do art. 1.723 do Código Civil em conformidade com a Constituição Federal (técnica da "interpretação conforme"). Reconhecimento da união homoafetiva como família. Procedência das ações. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de "interpretação conforme à Constituição". Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. **(Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277-DF, *RTJ* 219, pp. 212 a 371)**..... 271

Jurisprudência Criminal

– Processual penal. *Habeas corpus*. Suspensão condicional do processo. Alegação de ofensa ao trânsito em julgado. Acórdão do Superior Tribunal Justiça anterior à decisão ora questionada. Inexistência. Possibilidade de revogação do benefício após o término do período de prova. Precedentes do STF. Ordem denegada.
I - Afastada, preliminarmente, a alegação de que a decisão ora atacada afrontou o trânsito em julgado de acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que teria julgado a mesma questão em momento anterior.
II - Não há informações, nos autos, sobre a existência de outro recurso julgado pelo STJ sobre a questão tratada neste *writ*, a não ser o recurso especial ora questionado, não tendo a impetrante se desincumbido do seu ônus probatório.
III - Esta Corte já firmou entendimento no sentido de que o benefício da suspensão condicional do processo pode ser revogado após o período de prova, desde que os fatos que ensejaram a revogação tenham ocorrido antes do término deste período.
IV - Sobrevindo o descumprimento das condições impostas durante o período de suspensão, deve ser revogado o benefício, mesmo após o término do prazo fixado pelo juiz.
V - *Habeas corpus* denegado. **(*Habeas Corpus* 103.706 - SP, Primeira Turma, *RTJ* 219, pp. 496 a 503)**..... 435

– Administrativo. Recurso especial. Ação civil pública sob a imputação de ato de improbidade administrativa. As disposições da Lei n. 8.429/1992 são aplicáveis ao particular que, em tese, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta. O Ministério Público possui legitimidade atido para a propositura da ação civil pública por ato de improbidade. Exigência da demonstração da justa causa para o recebimento da petição inicial. Recurso especial provido.

1. Nos termos do art. 3º da Lei n. 8.429/1992, é considerado sujeito ativo da Lei de Improbidade o particular que, em tese, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

2. O Ministério Público tem legitimidade ad causam para a propositura de ação civil pública objetivando o ressarcimento de danos ao erário, decorrentes de atos de improbidade (AgRg no AREsp n. 76.985-MS, Rel. Min. *Cesar Asfor Rocha*, DJe 18.5.2012).

3. As ações judiciais fundadas em dispositivos legais insertos no domínio do Direito Sancionador, o ramo do Direito Público que formula os princípios, as normas e as regras de aplicação na atividade estatal punitiva de crimes e de outros ilícitos, devem observar um rito que lhe é peculiar, o qual prevê, tratando-se de ação de imputação de ato de improbidade administrativa, a exigência de que a petição inicial, além das formalidades previstas no art. 282 do CPC, deva ser instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade (art. 17, § 6º da Lei n. 8.429/1992), sendo certo que ação temerária, que não convença o Magistrado da existência do ato de improbidade ou da procedência do pedido, deverá ser rejeitada (art. 17, § 8º da Lei n. 8.429/1992).

4. As ações sancionatórias, como no caso, exigem, além das condições genéricas da ação (legitimidade das partes, o interesse e a possibilidade jurídica do pedido), a presença da justa causa, consubstanciada em elementos sólidos que permitem a constatação da tipicidade da conduta e a viabilidade da acusação.

5. *In casu*, o douto Magistrado a quo, apesar de ter analisado e afastado cada uma das preliminares arguídas pelos réus em consonância com a orientação jurisprudencial desta Corte, deixou de demonstrar a existência de indícios da prática do ato ímprobo e de autoria do ilícito, ou seja, a justa causa para a propositura da presente ação civil pública por ato de improbidade administrativa.

6. Recurso Especial provido para determinar o retorno dos autos à instância

de origem a fim de que o Magistrado a quo avalie a presença da justa causa ao emitir o juízo de admissibilidade da petição inicial da presente ação civil pública de improbidade administrativa. **(Recurso Especial nº 952.351-RJ (2007/0113128-6), Primeira Turma,** *RSTJ* **228, 153-160)** 443

– Processual Civil. Ambiental. Ação civil pública. Ocupação e edificação em Área de Preservação Permanente - APP. Margens do Rio Ivinhema. Licença concedida pelo órgão competente (Imasul). Questão relativa à suspensão de ofício e declaração de nulidade da licença e do Termo de Ajustamento de Conduta não considerada pelo aresto recorrido. Questão essencial ao julgamento da lide suscitada oportunamente. Contrariedade ao art. 535, II, do CPC configurada. Cassação do acórdão que rejeitou os embargos de declaração.

1. Trata-se de ação civil pública ambiental por meio do qual o Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul busca a condenação dos ora recorridos: (i) a desocupar, demolir e remover as edificações (ranchos de lazer) erigidas em área de preservação permanente (localizada a menos de 100 metros do Rio Ivinhema); (ii) a abster-se de promover qualquer intervenção ou atividade na área de preservação permanente; (iii) a reflorestar toda a área degradada situada nos limites do lote descrito na petição inicial; e (iv) a pagar indenização por danos ambientais em valor a ser arbitrado pelo juízo.

2. A sentença julgou parcialmente procedentes os pedidos deduzidos na exordial para o fim de condenar os réus a: (i) demolir e remover todas as edificações; (ii) abster-se de promover qualquer intervenção ou atividade na área de preservação permanente; e (iii) reflorestar a área degradada. Um dos fundamentos utilizados pelo *decisum* foi o de que o próprio órgão ambiental Imasul, de ofício, determinou a suspensão da licença ambiental anteriormente concedida, bem como do respectivo Termo de Ajustamento de Conduta.

3. O Tribunal de Justiça, ao reformar a sentença, dando provimento à apelação da parte ré, apesar de concluir que os réus promoveram algumas edificações em área de preservação permanente, causando supressão da vegetação local, o que violaria em tese a legislação ambiental, reconheceu que a situação se encontrava consolidada por prévia licença concedida pelo Instituto de Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul - Imasul, emprestando contornos de legalidade à situação. Concluiu, por fim, ser descabida a aplicação das severas medidas determinadas pela sentença de desocupação, demolição de edificações e reflorestamento da área, sob pena de ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

4. Apesar da oposição dos embargos de declaração pelo Ministério Público, suscitando a questão relativa à suspensão de ofício pelo próprio Imasul e declaração de nulidade da licença ambiental, a Corte *a quo* não se pronunciou a respeito, hipótese que importa em clara infringência do teor do art. 535, II, do CPC.

5. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que é omisso o

julgado que deixa de analisar questão essencial ao julgamento da lide, suscitada oportunamente, cujo acolhimento poderia, em tese, conduzir a resultado diverso do proclamado.

6. Recurso especial provido para cassar o acórdão dos embargos de declaração e determinar que o Tribunal de origem aprecie a questão relativa à suspensão e declaração de nulidade da Licença de Operação n. 12/2008 e do Termo de Ajustamento de Conduta firmado entre o Imasul e a Associação dos Proprietários das Casas de Veraneio do Vale do Rio Ivinhema. **(Recurso Especial nº 1.242.746-MS (2011/0035661-0), Segunda Turma,** *RSTJ* **228, pp. 224 a 232)** 451

Jurisprudência Criminal

– *Habeas corpus*. Maus tratos. Crime de menor potencial ofensivo. Citação pessoal infrutífera. Declínio de competência para a vara criminal. Chamamento ficto. Não esgotamento dos meios disponíveis para localização dos acusados. Constrangimento ilegal configurado.
Ordem concedida.

1. A citação por edital somente deve ser efetuada quando esgotados todos os meios disponíveis para se encontrar pessoalmente o réu.

2. O tema ganha relevo quando se trata de crime de menor potencial ofensivo, mormente porque o rito sumaríssimo não comporta a chamada citação ficta, a qual, afigurando-se necessária, importa na declinação da competência do Juizado Especial Criminal para a Justiça Comum, nos termos do parágrafo único do art. 66 da Lei n. 9.099/1995.

3. Tal circunstância, por representar alteração de competência absoluta, prevista no artigo 98, inciso I, da Constituição Federal, evidencia que a determinação da aludida modificação deve ser precedida do esgotamento dos meios disponíveis para a localização do acusado, sob pena de malferimento ao princípio do juiz natural, também de índole constitucional (art. 5º, inciso LIII, da CF/1988).

4. Embora o mandado citatório tenha sido direcionado para dois possíveis endereços dos pacientes, apenas um foi alvo da diligência infrutífera do meirinho, sendo certo que, depois de declinada a competência absoluta, a citação pessoal foi efetivada no endereço remanescente.

5. Ordem concedida para anular a ação penal deflagrada em desfavor dos pacientes perante a Vara Criminal da comarca de Rio Brilhante-MS, desde o recebimento da denúncia, inclusive. **(***Habeas Corpus* **n. 224.343-MS (2011/0267990-0), Quinta Turma,** *RSTJ* **228, pp. 659 a 664)** 459

Noticiário

- Novos membros tomam posse no Órgão Especial do Colégio de Procuradores..... 467

DOUTRINA

*DESPOLARIZAÇÃO DO PROCESSO E "ZONAS DE INTERESSE": SOBRE A MIGRAÇÃO ENTRE POLOS DA DEMANDA**

ANTONIO DO PASSO CABRAL**

Sumário: 1.O problema: é possível migrar de um polo para outro da demanda? O art.6º §3º da lei da ação popular. 2.A legitimidade ontem e hoje: da legitimidade *ad causam* à legitimidade *ad actum*. 3.Despolarização da demanda. 4.Interesse de agir ontem e hoje: do interesse-necessidade às zonas de interesse. 4.1.Interesse: necessidade, adequação ou utilidade? 4.2.De adversários a cojogadores: soluções cooperativas, requerimentos conjuntos, interesses simultaneamente contrapostos e comuns, sujeitos imparciais. 4.2.1.Interesses dinamicamente cambiantes: soluções cooperativas e requerimentos conjuntos. 4.2.2. Interesses simultaneamente contrapostos e comuns no mesmo polo. 4.2.2.1.Hipóteses de litisconsórcio e intervenção de terceiros. Litisconsórcio necessário no polo ativo. 4.2.2.2. Ações coletivas e as dissidências internas. 4.2.2.3. Procedimentos concursais. 4.2.3. O "interesse jurídico" dos intervenientes e os sujeitos "desinteressados". A atuação imparcial com base no interesse público. 4.3.Os problemas da teoria tradicional sobre o interesse de agir. 4.4.Zonas de interesse. 5.Sugestões para o desenvolvimento do tema. 5.1. Pressupostos para a migração entre polos e a atuação despolarizada. Migrações sucessivas e migrações pendulares. Revogabilidade de atos processuais e admissibilidade. 5.2.Encargos de sucumbência. Remessa necessária. Impossibilidade de migração. 6.Breve conclusão. 7.Bibliografia.

* Texto originalmente publicado na *Revista Forense*, vol.404, 2009, p.3-42

** Professor-Adjunto de Direito Processual Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutor em Direito Processual pela UERJ e pela Universidade de Munique, Alemanha (*Ludwig-Maximilians-Universität*). Mestre em Direito Público pela UERJ. Pós-doutorando pela Universidade de Paris I (*Panthéon-Sorbonne*). Membro da *International Association of Procedural Law*, do Instituto Iberoamericano de Direito Processual, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e da Associação Teuto-Brasileira de Juristas (*Deutsch-Brasilianische Juristenvereinigung*). Procurador da República no Rio de Janeiro.

1. O problema: é possível migrar de um polo para outro da demanda? O art. 6º §3º da lei da ação popular.

O tema que nos ocupa neste pequeno trabalho é o da possibilidade de atuação dos sujeitos processuais independentemente do polo da demanda em que originariamente posicionados, ou seja, verificar se é dado aos atores do processo migrar de um polo para outro ou atuar, em conjunto ou solitariamente, em posições jurídicas típicas do outro polo.

No ordenamento positivo brasileiro, as únicas hipóteses previstas para esse tipo de migração interpolar são aquelas do art.6°§3° da lei da ação popular (4.717/65), estendido pelo art.17 §3°da lei 8.429/92 às ações de improbidade administrativa.[1] Com efeito, a lei da ação popular inicialmente prevê uma hipótese de litisconsórcio necessário no polo passivo, determinando que devem ser citados, na condição de réus, o agente público que praticou o ato, o ente público ao qual vinculado esse agente, e ainda os beneficiários do ato que se aponta ilegal ou lesivo. Em seguida, prevê a possibilidade de o ente público, em concordando com o autor popular, migrar para o polo ativo e passar a atuar em conjunto com o demandante.

A aplicabilidade de um tal instituto ao processo civil em geral teria indiscutíveis repercussões práticas, já que algumas faculdades processuais somente são autorizadas àqueles sujeitos que figuram em determinadas posições, como a exceção de incompetência,[2] os embargos de terceiro, a reconvenção, dentre muitos outros. Além disso, a interpretação e aplicação de outros muitos institutos seria diversa se confirmada a hipótese ora estudada: desde a fixação do interesse em recorrer, passando pela alteração da verba de sucumbência, até a incidência ou não da remessa necessária.

O tema é relevante também para a atuação processual do *amicus curiae* e das agências reguladoras, que possuem faculdades imparciais no interesse público da fiscalização e regulação; bem como para a atuação processual de litisconsortes quando, no âmbito daquela pluralidade de sujeitos, haja interesses contrapostos ou divergências estratégicas.

Inexistem estudos de fôlego, de que tenhamos notícia, sobre a questão proposta. Encontramos apenas referências esparsas aqui e ali, sempre no bojo de estudos circunscritos à análise de outros temas, como a ação popular, a improbidade administrativa, e o *amicus curiae*.[3] Em doutrina, até onde nos consta, foi Rodrigo

1 NEIVA, José Antonio Lisbôa. *Improbidade Administrativa. Estudo sobre a demanda na ação de conhecimento e cautelar*. Niterói: Impetus, 2ª Ed., 2006, p.58-60; RODRIGUES, Geisa de Assis. "Da ação popular", *in* FARIAS, Cristiano Chaves de e DIDIER JR., Fredie (Coords.). *Procedimentos especiais cíveis: legislação estravagante*. São Paulo: Saraiva, 2003, p.262.

2 Assim, p.ex., a doutrina afirma que só o réu pode excepcionar a incompetência relativa, sendo que tal faculdade não existe para o MP, porque reside na esfera de disponibilidade das partes, não sendo matéria de ordem pública; e também não pode ser manejada pelo autor, porque para este a faculdade precluiu na indicação do órgão jurisdicional realizada na petição inicial. Entende-se que o assistente da parte poderia excepcionar. Cf.NERY JR. Nelson. "Legitimidade para argüir a incompetência relativa", *in Revista de Processo*, ano 13, n.52, out-dez, 1988, p.216-218.

3 DIDIER JR., Fredie e ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Podivm, vol.4, 2a

Mazzei aquele que procurou tratar de maneira extensiva desse instituto específico da migração entre polos da demanda, tendendo para uma aplicação ampliativa dos dispositivos da ação popular e da improbidade administrativa para outras ações coletivas.[4] Não obstante, ao indagarmos sobre as premissas básicas da possibilidade da migração entre polos da demanda, tanto a experiência da atuação habitual da administração pública como um exame rápido de jurisprudência fazem aflorar posições mais restritivas.

Sem embargo, na praxe forense, vemos que o Estado (especialmente através de seus diversos entes fiscalizatórios, como as agências reguladoras), quando posicionado no polo passivo, recusa-se a atuar em conjunto com o autor ou mesmo reconhecer o acerto de seus argumentos. Tais órgãos sentem-se "obrigados" a defender o ato impugnado pelo tão só fato de figurarem como réus. De outro lado, parte da jurisprudência afirma, em hipóteses diversas, que um determinado sujeito, quando figura em tal tipo de ação, "somente pode ser réu" ou "sempre atua como assistente litisconsorcial do autor", e por aí em diante.

Uma tal conclusão pelo entendimento restritivo pode ser identificada em função de variadas razões: a) uma concepção estática da relação jurídica processual; b) a legitimidade *ad causam* e o interesse de agir relacionados com o direito material, petrificados e "fotografados" no momento da propositura da demanda; c) o conceito de interesse-necessidade, fulcrado na lide e numa lesão praticada pelo réu; d) a estabilização subjetiva da demanda; e) o litisconsórcio necessário ligado à relação material; f) o conceito de citação como um chamado a "defender-se"; dentre outros.

Imaginemos, por hipótese, que estes argumentos estejam corretos: se a atuação despolarizada não se aplica ao processo em geral, qual então a justificativa para que o ordenamento permita a migração entre os polos na ação popular e na improbidade administrativa? Geralmente se aponta a migração como uma medida salutar às mudanças políticas, facultando, na sucessão de governos, que o poder público tivesse a liberdade de atuar em qualquer polo, não ficando obrigado a defender um ato praticado na administração anterior quando concordante com o autor.[5]

Ed., 2007, p.247 e ss; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular*. São Paulo: RT, 5ª Ed., 2003; GOMES JR., Luiz Manoel. "Ação Popular - alteração do pólo jurídico da relação processual - considerações", *in Revista Dialética de Direito Processual*, vol.10, janeiro, 2004, p.120 e ss; BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva., 2ª Ed., 2008, p.260 e ss; NEIVA, José Antônio Lisboa. "Questões processuais envolvendo propriedade industrial", *in Revista Jurídica Consulex*, ano VI, n.128, maio, 2002, p.22 e ss.

4 Ainda que não o tenha feito para o processo civil em geral, restringindo sua proposta às ações coletivas. Cf.MAZZEI, Rodrigo. "A 'intervenção móvel' da pessoa jurídica de direito público na ação popular e ação de improbidade administrativa (art.6°, §3° da LAP e art.17§3° da LIA)", *in* DIDIER JR., Fredie, ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coords.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2007; *Idem*, "Ação popular e o microssistema da tutela coletiva", *in* DIDIER JR, Fredie e MOUTA, José Henrique (Coord.). *Tutela Jurisdicional Coletiva*. Salvador: Jus Podivm, 2008, p.385-388.

5 Cf.GRINOVER, Ada Pellegrini. "Ação civil pública e ação popular: aproximações e diferenças", *in* SALLES, Carlos Alberto de (Org.). *Processo Civil e interesse público*. São Paulo: RT, 2003, p.140; NEIVA,

Ora, então devemos aceitar que se trata de um instituto processual "partidário"? Assim não pensamos.

Enfrentaremos a questão buscando salientar alguns pontos principais, especialmente no que tange: I) ao dinamismo da relação processual, que nos permite tratar a legitimidade e o interesse em aspectos cambiáveis no tempo e sem uma rigidez absoluta; II) reconhecer que esse dinamismo nos faz identificar situações processuais em que determinados sujeitos, p.ex., tenham, simultaneamente, interesses comuns e contrapostos, ainda que figurem no mesmo polo da demanda, o que demonstra que somente cabe, no processo moderno, uma compreensão dinâmica do interesse e da legitimidade; para tanto, trabalharemos o tema da legitimidade *ad actum* e o conceito, que ora propomos, de "zonas de interesse".[6]

Em seguida, formularemos algumas sugestões para o início do estudo do tema, rascunhando parâmetros que possam guiar a aplicação das ideias anteriormente desenvolvidas.

2.A legitimidade ontem e hoje: da legitimidade *ad causam* à legitimidade *ad actum.*

A razão moderna para que continuemos a trabalhar com "condições da ação" vem sendo relacionada a questões éticas e de economia processual, para evitar a instauração de processos sem qualquer probabilidade de êxito e para inibir ações temerárias que pudessem molestar outros indivíduos sem qualquer limite.

Com a abstração do direito de ação e a consagração da teoria da asserção, o preenchimento das condições da ação passou a ser aferido pelas alegações do próprio litigante. Nesse contexto, os abstratistas buscaram o desenvolvimento das condições da ação como um limite mais objetivo, um filtro para o exercício dos direitos processuais, baseado no direito material e verificado à luz do ordenamento, e não das alegações do sujeito.[7]

Partia-se da ideia de que a norma jurídica é atributiva, conferindo a determinado sujeito uma posição de vantagem e o autorizando a agir, em seu próprio nome, para atingir os efeitos que o ordenamento lhe assegura.[8] Assim, o poder de praticar um ato seria decorrente da norma material e nela deveriam ser buscadas as condições que limitam a prática do ato e o poder jurídico que o justifica. E a legitimidade é a condição da ação que reflete o filtro subjetivo para

---

José Antonio Lisbôa. *Improbidade Administrativa. Op.cit.*, p.58-60.

6 Sobre o tema, confira-se CABRAL, Antonio do Passo. "*Interesse ad agire e zone di interesse*", *in Civil Procedure Review*, v. 1, p. 154-181, 2010, disponível em www.civilprocedurereview.com, acessado em 18.04.2012, também publicado em DIDIER JR., Fredie (Org.). *Teoria do Processo - Panorama Doutrinário Mundial* - 2ª Série, Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 95-116.

7 MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di Diritto Processuale Civile*. Torino: G.Giappichelli, 30ª Ed., 2000, p.53-54; GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2003, p.21-28.

8 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. "Titularidade do direito, legitimação para agir e representação processual", *Op.cit.*, p.93-94

a atuação judicial.

Com efeito, existe um modelo subjetivo abstrato que o ordenamento estabelece como padrão para cada tipo de processo e que deve ser observado para a instalação do contraditório. Esse esquema é definido pelas chamadas situações legitimantes, que correspondem algumas ao autor, outras ao réu, outras aos intervenientes.[9] O exame de legitimidade é, portanto, uma comparação entre a situação de fato de cada sujeito do processo e a situação legitimante a ele correspondente. Se coincidirem, dir-se-á legitimado o sujeito.

De regra, as situações legitimantes são identificadas com a própria relação jurídica material que se submete ao Judiciário como objeto do processo. Este é o formato da legitimidade ordinária, aferida a partir de um juízo comparativo entre o padrão subjetivo do direito material e a situação de fato descrita no processo por cada sujeito.[10]

A ultrapassada apreensão civilista do fenômeno processual identificava as partes com os titulares da relação jurídica de direito material alegada e discutida no processo. Naquele modelo privatista, o autor era o credor e o devedor era réu.[11] Perquirir a quem caberia agir em relação a um determinado direito era buscar saber quem era o titular do próprio direito,[12] sobretudo no parâmetro de então, no qual o direito de ação refletia um aspecto ou elemento do próprio direito material: a ação era o direito material reagindo a lesões, "armado para a guerra".

Com a constatação de que a relação jurídica processual era diversa daquela oriunda do direito material, bem como a teorização sobre as sentenças de improcedência e as ações declaratórias negativas, tal concepção foi abandonada. Hoje, por influência da concepção abstrata da ação, sabemos que não necessariamente coincidem a legitimidade ativa e passiva com as figuras do credor e do devedor.[13] Claro que o titular do direito, ou ao menos quem exerce a pretensão, é aquele que tem as melhores condições para reclamá-lo,[14] mas é

9 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária", *in Revista de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara,* ano III, n.9, set-dez, 1969, p.41-42; FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale.* Padova: CEDAM, 8ª Ed., 1996, p.299; MONACIANI, Luigi. *Azione e legittimazione.* Milano: Giuffré, 1951, especialmente p.310 e ss; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio.* São Paulo: Malheiros, 7ª Ed., 2002, p.23, nota 22, e p.31.

10 ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro.* São Paulo: RT, 1979, p.5-12; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária", *in Revista dos Tribunais,* ano 58, v. 404, junho de 1969, p.9-10; TARUFFO, Michele. *"Some remarks on group litigation in comparative perspective" in Duke Journal of Comparative and International Law,* n.11, 2001, p.415; TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil.* São Paulo: RT, 2a Ed., 2000, p.130-131.

11 WATANABE, Kazuo. "Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir", *in Revista de Processo,* ano IX, n.34, abril-junho, 1984, p.197.

12 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. "Titularidade do direito, legitimação para agir e representação processual", *in Revista dos Tribunais,* ano 89, vol.771, janeiro, 2000, p.93.

13 Tradicionalmente, na execução, as figuras do credor e devedor, que seriam os legitimados, deveriam coincidir com aqueles referidos no título, o que atualmente vê-se não ocorrer em todos os casos. Cf.MEIRELES, Edilton. "Função do título executivo e a legitimidade na execução", in Revista Ltr, vol.64, n.5, maio, 2000, passim; FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale. Op.cit.,* p.332-333.

14 É o "adequado portador" da pretensão. Cf.ZANETI JR. Hermes. "A legitimação conglobante nas ações coletivas: a substituição processual decorrente do ordenamento jurídico", *in* ASSIS, Araken de

igualmente certo que nem sempre aquele que busca o Judiciário para a proteção de um suposto direito tem razão.

Outra prova inegável da superação desse paradigma, já em tempos mais recentes, foram as ações coletivas para a proteção de interesses transindividuais. Em sua disciplina, consagra o legislador a legitimidade extraordinária (através do mecanismo da substituição processual) de associações civis, órgãos públicos e do Ministério Público.[15] Através da substituição processual, o ordenamento autoriza que certos sujeitos, mesmo não posicionados em situações com eficácia legitimante, possam postular em favor de direitos dos quais sequer afirmam ser titulares.[16] Nesses processos, não há coincidência, nem mesmo em tese, entre direito material e situação legitimante.

Por esses e muitos outros exemplos, o direito moderno apresenta situações que não conseguem ser transpostas ao modelo tradicional da legitimidade, um modelo tipicamente privatista do autor-credor contra o réu-devedor, com base num direito subjetivo e em interesses materiais privados contrapostos.[17]

A partir dessas constatações, tiveram os estudiosos que buscar outros critérios para aferir a "pertinência subjetiva" do exercício das faculdades processuais. Nesta tarefa, vêm seguindo caminhos diversos.

Alguns autores têm tentado desvincular as condições da ação do direito material, analisando a legitimidade e o interesse, p.ex., como requisitos pura ou preponderantemente processuais,[18] geralmente a partir da visão geral do processo como participação de sujeitos em contraditório.[19] Semelhante opção acadêmica tem sido seguida pela doutrina alemã, tratando o interesse dentro dos pressupostos processuais e a legitimidade extraordinária como um direito autônomo de condução do processo.[20]

---

et alii (Coords.). *Direito Civil e Processo. Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim.* São Paulo: RT, 2008, p.863.

15 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. "Legitimidade processual e legitimidade política", *in* SALLES, Carlos Alberto de (Org.). *Processo Civil e interesse público.* São Paulo: RT, 2003, p.104-106.
BEDAQUE, José Roberto dos Santos. "Legitimidade processual e legitimidade política", *in* SALLES, Carlos Alberto de (Org.). *Processo Civil e interesse público.* São Paulo: RT, 2003, p.104-106.

16 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária", *Op.cit.*, p.42-43.

17 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. "Titularidade do direito, legitimação para agir e representação processual", *Op.cit.*, p.91.

18 GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. "Existem legitimações puramente processuais?", *in Revista Dialética de Direito Processual*, n.65, agosto, 2008, p.113; FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale. Op.cit.*, p.316; DIDIER JR., Fredie. "Um réquiem às condições da ação. Estudo analítico sobre a existência do instituto", *in Revista Forense*, ano 96, vol.351, jul-set, 2000, p.74-75.

19 FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale. Op.cit.*, p.306-307.

20 Os alemães simplesmente desconsideram, no exame do que conhecemos como legitimidade extraordinária, o cotejo com a situação legitimante, bastando o direito ou capacidade autônomos de condução do processo (*Prozessführungsrecht*), que a lei pode atribuir a quem não tem ligação com o direito material. Cf. LEIPOLD, Dieter. "*Die Verbandsklage zum Schutz allgemeiner und breitgestreuter Interessen in der Bundesrepublik Deutschland*", *in* GILLES, Peter (Hrsg). *Effektivität des Rechtsschutzes und verfassungsmäßige Ordnung*. Berlin: Carl Heymanns, 1983, p.66, que afirma que a postulação em nome da coletividade não se coaduna com conceitos clássicos, sendo mais próxima da legitimação do autor

Abrir mão totalmente das situações extraprocessuais, em especial dos interesses materiais existentes fora do processo, não nos parece a solução mais adequada.[21] É que o processo não se constrói em torno de si mesmo, nem seus institutos são vazios de significado substancial, mas antes deve haver uma relação de funcionalidade intrínseca entre processo e norma material.

No que tange à legitimidade, nossa proposta é manter o filtro subjetivo, porém reduzindo o espectro de análise para a prática de cada ato processual isoladamente.

Como pertine ao exercício de um poder jurídico, o ordenamento remete a legitimidade à específica situação concreta onde tal poder será exercido.[22] Se a legitimidade é um atributo transitivo,[23] verificado em relação a um determinado estado de fato, pensamos que, a partir do conceito de situação legitimante, enquadrado no pano de fundo da relação processual dinâmica, é possível reduzir a análise da legitimidade a certos momentos processuais específicos, vale dizer, não mais um juízo de pertinência subjetiva da demanda (a *legitimatio ad causam*), mas referente ao ato processual específico (a *legitimatio ad actum*).[24]

Em razão do dinamismo da relação processual, é só na sua verificação casuística que a legitimidade encontra sua completa e mais pura finalidade. Se a função desse limite subjetivo ao exercício de funções processuais é analisar a correspondência entre o modelo legal e a situação de fato, a legitimidade só pode ser precisa em cada caso concreto e para cada ato processual.

Como afirma Fazzalari, a par das discussões sobre a abstração ou concretude da ação, devemos reputar que a situação material pretérita deve ser abstraída quando da análise dos atos processuais, e esses não pressupõem necessariamente a relação material.[25] A situação substancial é relevante como pressuposto de alguns atos processuais, mas não todos, e a ela se juntam outros requisitos processuais

---

popular: "*Der Verband nimmt Interessen der Allgemeinheit wahr, wenn er – außerprozessual oder prozessual – gegen den Verwender oder Empfehler vorgeht. Da jeder Bürger auch Verbraucher ist, leuchtet es übrigens auch nicht ein, von einem 'Gruppeninteresse' zu sprechen. Die Wahrnehmung von Interessen der Allgemeinheit ist nicht gut mit der Figur der Prozeßstandschaft zu erfassen; denn dann müßte es sich um ein fremdes, einem anderen zustehendes materielles Recht handeln. Eher ließe sich von einer selbständigen Prozeßführungsberechtigung oder einer (personell) 'eingeschränkten Popularklage' sprechen (...)*"; GREGER, Reinhard. "*Verbandsklage und Prozeßrechtsdogmatik – Neue Entwicklungen in einer schwierigen Beziehung*", *in Zeitschrift für Zivilprozeß*, 113.Band, Heft 4, 2000, p.400, nota n.5, e p.402, onde diz que o BGH, tribunal alemão similar ao STJ brasileiro, prefere falar numa dupla natureza da substituição processual (*Doppelnatur*), ao mesmo tempo ligada à pretensão (ao direito material) e ao *Prozeßführungsbefugnis*. Na doutrina brasileira, Cf.ZANETI JR. Hermes. "A legitimação conglobante nas ações coletivas: a substituição processual decorrente do ordenamento jurídico", *Op.cit.*, p.860-862; ARMELIN, Donaldo. "Ação Civil Pública: legitimidade processual e legitimidade política", *in* SALLES, Carlos Alberto de (Org). *Processo Civil e Interesse Público*. São Paulo: RT, 2003, p.120.

21 Ao menos no modelo abstrato de ação, que é dominante na doutrina brasileira.

22 Cf.MORAES, Maurício Zanoide de. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2000, p.202-203.

23 PINTO, Nelso Luiz. "A legitimidade ativa e passiva nas ações de usucapião", *in Revista de Processo*, ano 16, n.64, out-dez, 1991, p.24; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. "Existem legitimações puramente processuais?", *Op.cit.*, p.110.

24 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio. Op.cit.*, p.127.

25 FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale. Op.cit.*, p.275.

definidores de situações legitimantes não necessariamente vinculadas a um direito subjetivo ou a uma relação jurídica material.

Na verdade, a colocação dos atos em sequência faz com que, com exclusão do primeiro ato da série, cada ato processual dependa, para ser praticado, de requisitos e pressupostos que somente poderão ser corretamente compreendidos a partir da análise da cadeia formativa dos atos anteriores e da múltipla e difusa implicação entre eles.[26] Além disso, as situações legitimantes são todas cambiantes ao longo do processo, e o controle da legitimidade não pode se dar senão na dinâmica do contraditório.[27]

3. Despolarização da demanda.

Não obstante, inúmeros ordenamentos e muitos autores sempre estiveram apegados a uma polarização da demanda, vinculando estaticamente a atuação dos sujeitos do processo à correlata posição que aquele sujeito ocupa na relação jurídica material. Na doutrina de origem germânica, consagrou-se um princípio ou sistema de dualidade de partes (*Zweiparteienprinzip*), pois, se ninguém pode litigar consigo mesmo, o processo só seria possível no âmbito de uma plurissubjetividade direcionada àqueles indivíduos que conflitam em torno de uma relação jurídica material.[28]

Ainda que a pluralidade de sujeitos seja nota característica do processo, parece-nos ser necessária uma análise da relação processual mais dinâmica, desprendida da rigidez bipolar.[29]

A situação legitimante, nesse dinamismo, poderia ser analisada sob o prisma das funções e das específicas posições processuais em que praticados atos no processo (ônus, direito, poder, faculdade, etc.), ou do complexo de alternativas que estejam abertas para o sujeito numa determinada fase processual.[30] Tradicionalmente, o complexo desses poderes era descrito como "ação", o que dificulta a correta compreensão de um fenômeno dinâmico como a relação processual. Fazzalari sugere, portanto, renunciar ao "velho conceito" de ação para uma acertada abordagem do tema.

É que o poder de ação é o mesmo poder de praticar um ato jurídico processual,[31]

26 *Idem*,, p.271, 276 e 422.

27 *Idem*, p.277 e 308.

28 BLOMEYER, Arwed. *Zivilprozessrecht. Erkenntnisverfahren*. Berlin: Duncker & Humblot, 2ª Ed., 1985, p.65; HABSCHEID, Walther J. *Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht*. Basel und Frankfurt am Main: Helbing und Lichtenhahn, 2a Ed., 1990, p.7.

29 GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no processo civil*. *Op.cit.*, p.52.

30 FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. *Op.cit.*, p.422-423; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. *Op.cit.*, p.127.

31 Já fazia observação semelhante BÜLOW, Oskar von. *"Die neue Prozessrechtswissenschaft und das System des Civilprozessrechts", in Zeitschrift für deutschen Cvilprozeß*, XXVII, 1900, p.242. Na literatura moderna, FAZZALARI, Elio. *"La dottrina processualistica italiana: dall''azione' al 'processo' (1864-1994)", in Rivista di Diritto Processuale*, n.4, 1994, p.912 ss, e, no Brasil, a sempre esclarecedora pena de DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. *Op.cit.*, p.127-128.

apenas considerados a partir de momentos distintos e atos diversos. Portanto, existem "ações" de vários sujeitos, intrincadas e descontinuamente exercidas, umas reagindo às posições dos demais, sem contar aquelas "ações" que são exercidas em formato reduzido, como ocorre com os intervenientes ulteriores, muitos dos quais detentores de menos poderes que as partes.[32]

Nesse contexto, falar em legitimidade ativa e passiva é retomar institutos pandectísticos ou ainda recordar a superada visão da ação como direito potestativo do autor contra o réu.[33] Se a legitimidade está ligada à prática de atos processuais e aos poderes que os sujeitos possuem para praticá-los, só pode ser considerada "ativa",[34] e nos parece de todo incorreto polarizar o conceito.

Note-se que é variável a força legitimante de uma situação subjetiva para habilitar o sujeito a assumir posição ativa ou passiva. Por vezes uma mesma situação pode ser considerada legitimante para ajuizar uma ação mas não para figurar como réu. É a hipótese mais comum na legitimidade extraordinária.[35]

Ademais, por vezes a norma não permite ao sujeito deflagrar o processo, iniciando-o, mas lhe faculta prosseguir ou suceder o sujeito que formulou a demanda inicial, ou ainda intervir ulteriormente no curso do mesmo procedimento. Sobre o tema, veja-se a súmula 365 do STF, que afirma, baseada na ideia de que se trata de direito inerente à cidadania, que pessoa jurídica não pode propor ação popular. Mas a lei admite que a pessoa jurídica de direito público, inicialmente citada como ré, possa mudar de polo e atuar como autora.[36] O mesmo ocorre com o Ministério Público, que não é legitimado para deflagrar a ação popular, mas pode prosseguir na sua condução caso haja desistência da ação pelo autor.[37]

Impende, então, haver uma evolução da relação processual para além da polarização autor-réu, credor-devedor, Caio-Tício, ativo-passivo, analisando-se o filtro das condições da ação para cada ato processual por praticar.

É evidente que, esquecendo a dogmática, veremos que a polarização tem algumas vantagens do ponto de vista prático. Em primeiro lugar, ressalta o formato dialético do processo, cujo caráter argumentativo pressiona à contraposição de teses e alegações. Ademais, facilita a aplicação e o controle a respeito do correto e isonômico exercício do contraditório, permitindo que se dê vista a todos sucessivamente, verificando mais facilmente a contagem de prazos, etc.

A par dessas vantagens, que são, friso, eminentemente práticas e não teóricas,

32 GRECO, Leonardo. "Ações na execução reformada", *in* SANTOS, Ernani Fidelis dos, *et alii* (Coords.). *Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Jr.* São Paulo: RT, 2007, p.850-85; FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale. Op.cit.*, p.425-426.

33 É a opinião também de FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale. Op.cit.*, p.428-429.

34 Com razão, CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, vol.I, 2ª ed., 1999, p.105.

35 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária", *Op.cit.*, p.50-51.

36 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. "Titularidade do direito, legitimação para agir e representação processual", *Op.cit.*, p.92.

37 RODRIGUES, Geisa de Assis. "Da ação popular", *Op.cit.*, p.256-257.

penso que uma pequena mudança cultural e da praxe judiciária resolveria, sem maiores problemas, qualquer empecilho que a despolarização da demanda trouxesse ao cotidiano forense.

Resta ainda a discussão sobre a estabilidade da demanda, que poderia, a depende do momento da migração, ser rompida ou excepcionada pela migração.[38] Além disso, discute-se se haveria liberdade para o sujeito "escolher" de que lado ou em que polo atuará.

A estabilização da demanda, objetiva ou subjetiva, tem a finalidade de assegurar o adequado exercício do contraditório e da ampla defesa, evitando surpresas às partes e possibilitando um planejamento estratégico de cada um.[39] Porém, penso que, respeitadas as avaliações já feitas e as expectativas criadas aos sujeitos do processo, pode haver uma flexibilização dessa estabilidade para viabilizar a migração de polo. O juiz procederá à análise sobre a conveniência e admissibilidade da alteração subjetiva da demanda, valorando os potenciais prejuízos às partes e ao andamento do processo.

Nesse sentido, foi a evolução legal alemã no que tange ao juízo de admissibilidade de alteração da demanda pelo autor, mesmo depois da citação do réu. Primeiramente, a ZPO vinculava ao consentimento do réu a possibilidade de alteração, à semelhança do atual sistema brasileiro (arts.42, 264, 294 do CPC); posterior alteração legal dava ao juiz o poder de autorizar a mudança, mesmo sem o consentimento do demandado, mas desde que não houvesse prejuízo à sua defesa; hoje há ainda mais poderes de direção ao juiz para realizar um verdadeiro juízo de "conveniência", vedando a *mutatio libelli* se o magistrado verificar, com base na economia processual, que pode resultar em morosidade do processo, por exemplo.[40]

Mais adiante veremos como a combinação da despolarização da demanda com uma abordagem modernizada do interesse processual pode auxiliar na análise de admissibilidade, conveniência e oportunidade da migração.

4.Interesse de agir ontem e hoje: do interesse-necessidade às zonas de interesse.

Numa demanda despolarizada, e num processo em que seja possível a migração entre polos, como fica o interesse de agir? Cabe aqui fazermos alguma referência ao interesse de agir na acepção clássica, as dificuldades de enquadrar esta perspectiva tradicional no processo da atualidade e, finalmente, verificar se o interesse de agir é um obstáculo à migração interpolar.

38 Como defendem DIDIER JR., Fredie e ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil. Op.cit.*, p.248.

39 TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil. Op.cit.*, p.191 e ss.

40 Sobre o tema, veja-se, em língua italiana, o preciso relato de COMOGLIO, Luigi Paolo. "*Premesse ad uno studio sul principio di economia processuale*", *Op.cit.*, p.614 e 616-617.

Antes de iniciar o tópico, cabe destacar que é patentemente diferente o conceito de interesse material (a relação entre uma necessidade humana e os bens aptos a satisfazê-las[41], que reside nas normas do direito substantivo e cuja proteção ou reparação é a finalidade da demanda), e outro conceito, o interesse processual ou interesse de agir, que é mais ligado ao provimento que se pede ao juiz para a satisfação dos interesses materiais. O interesse processual ou interesse de agir, nesse sentido, é frequentemente descrito como um "interesse de segundo grau", um "interesse instrumentalizado" em função do interesse primário de proteção da situação jurídica de direito material. [42]

4.1.Interesse: necessidade, adequação ou utilidade?

Embora lembre o adágio romano *de minimis non curat praetor*, a origem do interesse de agir é francesa, onde a figura surgiu historicamente nos brocardos *"pas d'intérêt pas d'action"* e *"l'intérêt est la mesure des actions"*,[43] uma máxima que pretendia impedir que questões ociosas ou que poderiam ser resolvidas no corpo social fossem trazidas ao Judiciário, degradando a função judicial ao papel de um mero consultor das partes privadas.[44]

No âmbito da doutrina processual do último meio século, o debate sobre o interesse de agir girou entre duas concepções e orientações diversas. Aquela do interesse de agir como "estado de lesão" do direito alegado, que produziu o conceito de interesse-necessidade (*Rechtsschutzbedürfnis*, *"bisogno di tutela"*); e aquela que entende o interesse como utilidade do processo para o autor, seja como meio, seja como resultado (interesse-adequação e interesse-utilidade).[45]

A concepção do interesse-necessidade nasceu de uma visão do processo como *ultima ou extrema ratio* para o autor:[46] a demanda só deveria ser admissível se o

41 É célebre a abordagem de CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di diritto processuale civile.* Padova: CEDAM, ristampa, volume I, 1930, p.3 ss.

42 Em sentido semelhante, LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil.* Trad..Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p.154-155; MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di Diritto Processuale Civile. Op.cit.*, p.51; FABIANI, Ernesto. *"Interesse ad agire, mero accertamento e limiti oggettivi del giudicato", in Rivista di Diritto Processuale*, 1998, p.548.

43 MOREL, René. *Traité Élémentaire de Procédure Civile.* Paris: Sirey, 10ª Ed., 1949, p.31; GARSONNET, E., e CÉZAR-BRU, Ch. *Précis de Procédure Civile.* Paris: Sirey, 9ª Ed., 1923, p.92-93; BERRIAT SAINT-PRIX, M. *Cours de Procédure Civile e Criminelle.* Bruxelles: Stapleau, 5ª Ed., tomo I, 1823, p.172 e ss; LANFRANCHI, Lucio. *"Note sull'interesse ad agire", in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile,* ano XXVI, n.3, 1972, p.1119; MARINELLI, Marino. *La claosola generale dell'art.100 C.P.C. Op.cit.*, p.22; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Forense, tomo I, 2ª Ed., 1979, p.169-170.

44 SATTA, Salvatore. *"A proposito dell'accertamento preventivo", in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile,* ano XIV, 1960, p.1400-1401; DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação. Op.cit.*, p.283; MARINELLI, Marino. *La claosola generale dell'art.100 C.P.C. Op.cit.*, p.25.

45 MARINELLI, Marino. *La claosola generale dell'art.100 C.P.C. Origini, metamorfosi e nuovi ruoli.* Trento: Alcione, 2005, p.5.

46 GRUNSKY, Wolfgang. *Grundlagen des Verfahrensrechts.* Bielefeld: Gieseking, 2ª Ed., 1974, p.390; FABIANI, Ernesto. *"Interesse ad agire, mero accertamento e limiti oggettivi del giudicato", Op.cit.*, p.553-554, especialmente interessante no que tange à jurisprudência da *Cassazione* italiana.

autor não tivesse outros meios próprios para satisfazer seu direito material sem a intervenção estatal pelo processo.[47] Exigia-se uma efetiva lesão ao direito do autor para que a causa fosse levada ao juiz. Vê-se, portanto, que o interesse era classicamente ligado ao inadimplemento ou incumprimento.[48]

Aos poucos, o conceito foi evoluindo e hoje prevalece a noção, de influência tedesca,[49] do interesse de agir como um filtro de eficiência através do qual o legislador deseja evitar o dispêndio de atividade jurisdicional inútil.[50] Trata-se de uma perspectiva utilitária do interesse de agir, fulcrada nos binômios "interesse-utilidade" e "interesse-adequação", que residem na relação entre o provimento requerido e a situação de fato alegada.[51]

No Brasil, coube a Dinamarco a popularização da ideia de interesse-adequação,[52] largamente abraçada pela doutrina[53] e que corresponderia à análise da pertinência da utilização daquele meio procedimental se comparado com outros mais econômicos ou eficazes. Nesse sentido, é comum a utilização do interesse-adequação na hipótese de o autor formular pedido declaratório se já houve inadimplemento ou quando se requer condenação se já existente título executivo.[54]

Vê-se que existe um grande divisor de águas entre as concepções do interesse como necessidade ou como utilidade. Trata-se de interpretações diversas, consideradas por muitos até mesmo "desomogêneas"[55]: uma perspectiva focada na inevitabilidade do processo, um extremo remédio acessível apenas quando o sujeito não tenha um meio extrajudicial para a satisfação do direito;[56] e a opinião

47 WACH, Adolf. *"Der Rechtsschutzanspruch", in Zeitschrift für deutschen Cvilprozeß*, XXXII, 1904, p.30; GRASSO, Eduardo. *"Note per un rinnovato discorso sull'interesse ad agire", in Studi in onore di Gioacchino Scaduto*. Padova: CEDAM, Diritto Pubblico, IV, 1970, p.335-336; BLOMEYER, Arwed. *Zivilprozessrecht. Erkenntnisverfahren. Op.cit.*, p.201; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil. Op.cit.*, p.169.

48 Inicialmente, ligava-se a um dano, geralmente pecuniário. Posterioremente, até o séc.XX, a ênfase foi sendo dada à necessidade jurídica da tutela. Cf.GARSONNET, E., e CÉZAR-BRU, Ch. *Précis de Procédure Civile. Op.cit.*, p.92; JAUERNIG, Othmar. *Zivilprozessrecht*. München: C.H.Beck Verlag, 28ª Ed., 2003, p.144; MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di Diritto Processuale Civile. Op.cit.*, p.52; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil. Op.cit.*, p.155.

49 É também a visão prevalente na doutrina italiana, na interpretação do art.100 do *Codice*. Cf.MARINELLI, Marino. *La claosola generale dell'art.100 C.P.C. Op.cit.*, p.115.

50 POHLE, Rudolf. *"Zur Lehre vom Rechtsschutzbedürfnis", in Festschrift für Friedrich Lent zum 75. Geburtstag*. Müenchen: CH Beck, 1957, p.197 ss; JAUERNIG, Othmar. *Zivilprozessrecht. Op.cit.*, p.143.

51 ATTARDI, Aldo. *"Interesse ad agire", in Digesto delle discipline privatistiche*. Sezione Civile, IX, Torino, 1993, p.517-518; RICCI, Edoardo F. *"Sull'accertamento della nullità e della simulazione dei contratti come situazioni preliminari", in Rivista di Diritto Processuale*, 1994, p.661.

52 Cf.DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, vol. II, 3ª Ed., 2003, p.305.

53 Cf.ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro. Op.cit.*, p.59; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da ação. Enfoque sobre o interesse de agir*. São Paulo: RT, 3ª Ed., 2005, p.154-155.

54 Ainda que não com a denominação de "interesse-adequação", Cf.ATTARDI, Aldo. *L'interesse ad agire*. Padova: CEDAM, 1958, p.24-25; SCHÖNKE, Adolf. *Lehrbuch des Zivilprozessrechts*. Karlsruhe: C.F. Müller, 7ª Ed., 1951, p.167; MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 10ª Ed., 2005, p.446; NIKISCH, Arthur. *Zivilprozeßrecht*. Tübingen: Mohr, 1950, p.142.

55 MARINELLI, Marino. *La claosola generale dell'art.100 C.P.C. Op.cit.*, p.9.

56 MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao Código de Processo Civil. Op.cit.*, p.446; DIDIER

que põe relevo nos efeitos que o processo poderia produzir para o requerente.[57]

O interesse-necessidade retratava uma visão individualista, inspirado sobre o ideal liberal que ressalta a relação de direito material deduzida em juízo, ao afirmar-se uma lesão a direito de titularidade do sujeito, num contexto conflituoso próprio da "lide" no sentido carneluttiano.[58] Nesta perspectiva, o processo era visto como unicamente direcionado à proteção do direito material dos litigantes, e a ação só poderia ser abstrata, desvinculada dos direitos afirmados no processo, os direitos subjetivos pré-existentes à sentença.[59]

Posteriormente, passou-se a teorizar o interesse a partir da visão do juízo, como um meio de gestão processual para economizar tempo e energia dos serviços judiciários.[60] O interesse-utilidade passou a regrar a atividade estatal, evitando povoar as prateleiras dos juízos com processos "sem sentido" e que poderiam ser solucionados, se não espontaneamente, pelo menos com menor empenho de energia e custos financeiros.[61]

Esse caminho foi trilhado como um consectário do princípio de economia processual, reputando inadmissíveis requerimentos inúteis ou antieconômicos.[62] O requerente não poderia pretender uma providência que, mesmo se acolhida, colocasse-o na mesma posição processual em que se encontrava *ante litem*. Nem se poderia acionar o Judiciário para a apreciação de uma questão se houver um meio judicial ou extrajudicial mais barato, simples ou rápido para resolver a questão.[63]

No mesmo diapasão, o desenvolvimento do conceito de interesse-adequação permitiria uma verificação pelo juízo da efetividade do mecanismo manejado, sempre que existisse uma pluralidade de meios à disposição do sujeito.[64]

JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação. Op.cit.*, p.284.

57 Moniz de Aragão diz que qualquer das concepções do interesse são defensáveis à luz do CPC brasileiro, sobretudo pela redação do art.4º. Não obstante, alinha-se pela teoria que adota a concepção utilitária do interesse Cf.MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao Código de Processo Civil. Op.cit.*, p.446-448.

58 CARNELUTTI, Francesco. *Istituizioni del nuovo processo civile italiano*. Roma: Foro Italiano, 2ª Ed., 1941, p.8.

59 LANFRANCHI, Lucio. *"Note sull'interesse ad agire", Op.cit.*, p.1127.

60 SCHÖNKE, Adolf. *Lehrbuch des Zivilprozessrechts. Op.cit.*, p.167.

61 MERLIN, Elena. *"Mero accertamento di una questione preliminare?", in Rivista di Diritto Processuale*, 1995, p.207; MOREL, René. *Traité Élémentaire de Procédure Civile. Op.cit.*, p.31; TESHEINER, José Maria Rosa. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*. São Paulo: RT, 2001, p.25; GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no processo civil. Op.cit.*, p.39-40.

62 COMOGLIO, Luigi Paolo. *"Premesse ad uno studio sul principio di economia processuale", in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno XXXII, n.2, junho, 1978, p.608 e ss; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil. Op.cit.*, p.168-169.

63 LÜKE, Wolfgang. *Zivilprozessrecht*. München: C.H.Beck, 9ª Ed., 2006, p.154-155; BAUMBACH, Adolf. *Elementarbuch des Zivilprozesses*. München: C.H.Beck, 2ª Ed., 1941, p.26; JAUERNIG, Othmar. *Zivilprozessrecht. Op.cit.*, p.144; BLOMEYER, Arwed. *Zivilprozessrecht. Erkenntnisverfahren. Op.cit.*, p.201; GRUNSKY, Wolfgang. *Grundlagen des Verfahrensrechts. Op.cit.*, p.394.

64 Deve-se ter cuidado, não obstante, em não ferir a estratégia processual do litigante: em muitos casos, sobretudo no processo civil, onde estamos freqüentemente diante de interesses disponíveis, o sujeito pode escolher livremente sua linha defensiva sem que o Estado-juiz possa nela se intrometer. Assim, há um espaço de liberdade na escolha, p.ex., entre ação monitória e ação de cobrança, sem que se possa autoritariamente tolher a alternativa do sujeito requerente. Cf.MARINELLI, Marino. *La claosola*

4.2.De adversários a cojogadores: soluções cooperativas, requerimentos conjuntos, interesses simultaneamente contrapostos e comuns, sujeitos imparciais.

Antes de apontarmos os desacertos teóricos que a clássica compreensão do interesse apresenta para o direito processual, queremos destacar algumas situações práticas em que não conseguimos aplicar, com total precisão, o conceito de interesse de agir. Trata-se de situações processuais em que a atuação do sujeito é permitida sem que estejamos presos à lide, à lesão ou à utilidade do processo necessariamente ligada ao direito material do litigante.

4.2.1.Interesses dinamicamente cambiantes: soluções cooperativas e requerimentos conjuntos.

Com o desenvolvimento de postulados de cooperação e boa-fé, genericamente aplicáveis aos sujeitos do processo,[65] repercutiu a ideia colaborativa do contraditório que norteia a moderna compreensão do princípio, impondo a coparticipação dos sujeitos processuais.[66] Assim, hoje o processo não é mais teorizado em torno do conflito ou da lide, mas a partir da agregação, da boa-fé, da conjugação entre interesses privados e interesses públicos.[67]

Paralelamente, começaram a ser fomentadas, no Brasil e no estrangeiro, a adoção de soluções processuais cooperativas, como a arbitragem, as convenções sobre a prova, acordos sobre as suspensões do processo e de prazos, etc.

Nesse sentido, a jurisprudência francesa desenvolveu o *contrat de procédure*, um acordo entre os sujeitos processuais em que todos deliberam sobre as regras que disciplinarão aquele processo específico, fixando prazos para alegações e julgamento, dispensa de recursos, meios de prova que serão utilizados, etc.[68]

Trata-se de instituto através do qual os sujeitos do processo, a despeito dos

generale dell'art.100 C.P.C. Op.cit., p.126.

65 BAUMGÄRTEL, Gottfried. "*Treu und Glauben im Zivilprozeß*", *in Zeitschrift für Zivilprozeß*, 86.Band, Heft 3, 1973; LENT, Friedrich. "*Zur Unterscheidung von Lasten und Pflichten der Parteien im Zivilprozeß*", *in Zeitschrift für Zivilprozeß*, 67.Band, Heft 5, 1954, p.344-345; LÜKE, Gerhard. "*Betrachtungen zum Prozeßrechtsverhältnis*", *in Zeitschrift für Zivilprozeß*, 108 Band, Heft 4, 1995, p.443; MÜLLER, Thomas M. *Gesetzliche und prozessuale Parteipflichten*. Zürich: Schultess, 2001, p.35 e ss; CABRAL, Antonio do Passo. "O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva", *in Revista de Processo*, Ano 30, vol.126, agosto de 2005; DIDIER JR. Fredie, "O princípio da cooperação: uma apresentação", *in Revista de Processo*, ano 30, n.127, set.2005; MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e colaboração*. Tese de doutorado apresentada à UFRGS, 2007,no prelo.

66 NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008, p.212 e ss, onde fala em "comparticipação".

67 BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro. Op.cit.*, p.55-58.

68 Cf.FERRAND, Frédérique. "*The respective role of the judge and the parties in the preparation of the case in France*",*in* TROCKER, Nicolò e VARANO, Vicenzo (Ed.). *The reforms of civil procedure in comparative perspective*. Torino: G.Giappichelli, 2005, p.21; CADIET, Loïc. "*Conventions relatives au procès en droit français*", *in Revista de Processo*, ano 33, n.160, junho, 2008, p.74; CAPONI, Remo. "*Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*", *in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno LXII, n.3, supplemento, 2008, p.99 ss.

interesses materiais que os movem, atuam em conjunto para específicas finalidades processuais que a todos aproveitem.

Na mesma senda, os ordenamentos francês e belga, já de algum tempo, e o regime processual experimental português, recentemente implementado, admitem, p.ex., a formulação de requerimentos conjuntos pelas partes.[69] Hipótese similar ocorre com a recente disposição do art.114 §2° da Constituição da República de 1988, na redação da emenda constitucional 45/2004, no que se refere a requerimento conjunto de instalação de dissídios coletivos de natureza econômica na Justiça do Trabalho.

Ora, em todas estas hipóteses, estamos diante de casos em que, ainda que possuam interesses materiais contrapostos, para aqueles fins específicos e naquele momento processual, a atuação conjunta pareceu a alternativa estratégica mais adequada para os sujeitos do processo. É visível que uma apreensão estática do interesse-necessidade não é possível aqui.

Devemos lembrar, com Brüggemann, que há casos no processo, como estes, em que não se observa uma efetiva contraposição de interesses, mas apenas uma "rivalidade formal", casos em que os sujeitos do processo não são oponentes *(Gegenspieler)*, mas cojogadores *(Mitspieler)*.[70]

4.2.2. Interesses simultaneamente contrapostos e comuns no mesmo polo.

O segundo grupo de situações que pensamos ser interessante para demonstrar a insuficiência do conceito de interesse de agir no processo moderno, é aquele que põe em evidência a existência simultânea, em um mesmo polo da demanda, de interesses materiais comuns e contrapostos entre certos sujeitos.

Vale dizer, mesmo quando componham o polo ativo ou passivo (por conta da polarização inicial), diversos sujeitos podem ter simultâneas pretensões e áreas de interesses materiais comuns, bem como outras esferas de discordância, o que, como se verá, justificará, para a prática de um determinado ato, a migração de polo ou atuação processual despolarizada como se no polo oposto figurassem.

Isso ocorre em várias hipóteses: em litisconsórcio e intervenção de terceiros; quando há atuação de sujeitos formais que representam uma comunidade de indivíduos, como cooperativas, condomínios,[71] sociedades empresariais por ações; nas ações coletivas e nas ações de grupo; ou ainda nos procedimentos concursais,

---

69 Cf. SILVA, Paula Costa e. "A ordem do juízo de D.João III e o regime processual experimental", *in Revista de Processo*, n.156, fevereiro, 2008, p.246; CADIET, Loïc. "*Conventions relatives au procès en droit français*", *Op.cit.*, p.72.

70 BRÜGGEMANN, Dieter. "*Unausgebildete Gegnerschaftsverhältnisse*", *in Zeitschrift für Zivilprozeß*, 81.Band, 1969, p.458-459, 466 e 471-473.

71 Com efeito, nas relações condominiais é frequente a existência de pretensões comuns e dissidências entre condomínio (a comunidade) e algum condômino ou terceiro. Sobre o tema, Cf.BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "Condomínio de edifício de apartamentos: capacidade para ser parte e legitimação para agir. Caução", *in Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1977, p.185.

como a falência, a insolvência civil, etc.

Vejamos, sem pretensão exaustiva, alguns desses aspectos.

4.2.2.1.Hipóteses de litisconsórcio e intervenção de terceiros. Litisconsórcio necessário no polo ativo.

Muitas hipóteses de intervenção de terceiros posicionam os sujeitos em situações processuais inusitadas em que, simultaneamente, possuem interesses contrapostos e comuns.

Pense-se na oposição, cujo direcionamento "bifronte"[72] forma uma segunda demanda, *in simultaneus processus*, do opoente contra autor e réu (os opostos), os quais têm interesses comuns na oposição, embora na demanda principal sejam adversários.[73]

Veja-se a denunciação da lide, que tem uma dupla finalidade ao integrar o terceiro ao processo: com ela, o denunciante exerce um direito de regresso contra o terceiro, instaurando um segundo litígio; mas, ao mesmo tempo, o denunciante traz o terceiro ao processo para colaborar, contra um adversário comum, para a defesa de seu direito na ação principal.[74] Denunciante e denunciado terão, ao mesmo tempo, áreas de interesse comuns, nas quais estarão processualmente aliados (inclusive em termos argumentativos) e outras esferas conflituosas.

Pense-se ainda a hipótese de denunciação da lide simultânea, por autor e réu, a um mesmo sujeito na condição de litisdenunciado. Por exemplo, numa demanda acerca de um acidente automobilístico, a denunciação feita por ambas as partes a uma mesma seguradora. Este sujeito (no caso, a seguradora), estará posicionado na estranha situação de ser confrontado por dois interesses materiais incompatíveis; e tem, ao menos em tese, interesse jurídico para atuar como assistente de ambas as partes na ação principal.

Mas essas situações não ocorrem apenas nas intervenções de terceiros. Vários casos de litisconsórcio denotam a simultânea existência de interesses comuns e contrapostos dentro do grupo, frisando-se que tais situações são mutáveis no tempo ao longo de todo o processo.

Cândido Dinamarco foi pioneiro, no direito nacional, em identificar casos de grande litigiosidade interna entre os próprios litisconsortes.[75] Ocorre nas consignações em pagamento, quando há dúvida sobre quem é o credor e os vários supostos credores, citados como réus, vêm, ao mesmo tempo, contestar o valor do crédito e a qualidade de credor que os demais réus ostentam. No mesmo polo, interesses comuns e contrapostos. Mas a situação é alterável: aparecendo mais de um suposto credor, e se nenhum deles impugnar o *quantum* mas apenas

72 Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Intervenção de terceiros*. São Paulo: Malheiros, 4ª Ed., 2006, p.55.
73 *Idem*, p.91.
74 CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. São Paulo: Saraiva, 17ª Ed., 2008, p.102.
75 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. *Op.cit.*, p.34 e 397-398.

a condição de credor, declara-se extinta a obrigação e o processo segue entre os supostos credores, agora adversários únicos.[76]

Outro caso curioso é do litisconsórcio ativo necessário. Imaginemos uma ação de rescisão de contrato entre três pessoas, com a iniciativa de apenas um dos contratantes, que posiciona os outros dois como litisconsortes, ainda que um deles, por hipótese, concordasse com o autor mas não desejasse litigar. Pense-se ainda no caso de herdeiros de um imóvel terem que ajuizar ação possessória ou a hipótese de atuação processual de um cônjuge sem a presença do outro.[77]

Como o exercício da ação é uma posição de vantagem (descrita como um direito ou um poder), geralmente entende a doutrina ser impossível a imposição de um litisconsórcio necessário no polo ativo: a ação só pode ser movida por quem espontaneamente deseja exercê-la. Mas como solucionar a divergência caso um dos litisconsortes necessários, cuja ausência pode nulificar o processo, recuse-se a propor a demanda junto aos demais? Tem-se aventado a solução de citar o litisconsorte relutante no polo passivo.[78]

Nesse caso, o litisconsorte figura no polo passivo apenas formalmente, pois seus interesses materiais estão alinhados com o polo oposto. Observe-se que não há nem mesmo pedido formulado contra o litisconsorte renitente, mas apenas sua integração na relação processual para que a participação (forçada) evite a invalidação ou ineficácia da sentença.

Parece-nos que a faculdade de migrar para o polo ativo deve ser-lhe aberta. Leonardo Greco expressamente admite a possibilidade de mudança de polo. No exemplo da rescisão contratual, afirma que "um deles, citado, pode aderir ao pedido do autor e atuar de fato como seu litisconsorte contra o terceiro contratante causador da rescisão, não sendo justo submetê-lo aos direitos, deveres e ônus de réu (sucumbência, interesse em recorrer, por exemplo). O fato de não ter subscrito a inicial juntamente com o autor não pode forçá-lo a receber o tratamento de réu, se não deu causa à rescisão e não podia sozinho satisfazer a pretensão rescindente do autor".[79]

Esses casos evidenciam a incorreção do conceito legal de citação (art.213 do CPC). O réu, aqui, não é citado para defender-se, mas para participar, pouco importando a posição processual em que o fará.[80]

76 ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Coisa julgada progressiva e resolução parcial do mérito. Instrumentos de brevidade da prestação jurisdicional.* Curitiba: Juruá, 2008, p.406-407.

77 PINTO, Nelso Luiz. "A legitimidade ativa e passiva nas ações de usucapião", *Op.cit.*, p.26. Em verdade, como notou Greco, são múltiplas as posições processuais do cônjuge, sem que o ordenamento regule claramente e com precisão cada uma delas. Cf.GRECO, Leonardo. *Processo de Execução.* Rio de Janeiro: Renovar, vol.I, 1999, p.339-340; DONOSO, Dênis. "Alienação de bens do cônjuge alheio à execução: análise crítica ao novo art.655-B do CPC, sua (in)constitucionalidade e instrumentos de defesa", *in Revista Dialética de Direito Processual*, n.68, novembro, 2008, p.30-31.

78 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio. Op.cit.*, p.222 e ss, com críticas ao uso da *adcitatio* para estes fins.

79 GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no processo civil. Op.cit.*, p.52.

80 Sobre este tema, especialmente na citação na ação popular, Cf.RODRIGUES, Geisa de Assis. "Da ação popular", *Op.cit.*, p.286.

4.2.2.2. Ações coletivas e as dissidências internas.

Rodolfo de Camargo Mancuso já salientou a peculiaridade dos direitos coletivos de serem foco de grande litigiosidade interna, em razão da pluralidade de indivíduos a que tocam e pelas diferenças no impacto que a violação aos direitos de cada qual pode gerar.[81]

Nas ações coletivas, as dissidências internas, diante do mecanismo de substituição processual, tornam-se um problema ainda mais sensível. Isso porque a diferença de formato da legitimidade ordinária para a extraordinária distancia enormemente a estratégia processual da vontade da coletividade substituída. A análise da legitimidade extraordinária é aferida na lei, sem uma necessária ligação do litigante com o direito material ou afinidade de seus interesses próprios com aqueles da parte substituída.[82]

Nosso modelo é frontalmente oposto ao modelo do *common law*, em que a legitimidade é verificada pelo juiz no caso concreto.[83] Lá, um dos requisitos apreciados pelo julgador ao verificar a *adequacy of representation* é a proximidade entre o autor e a coletividade substituída. Na fase inicial do processo, denominada de *certification*, se as alegações e atos do autor não refletirem os interesses de toda a classe, o juízo, verificando o dissenso, pode dividir a coletividade em subclasses, que atuarão com independência para vindicar seus específicos interesses.[84]

No Brasil, e em qualquer sistema onde a legitimidade extraordinária é dada pela lei, sem requisitos rígidos de afinidade de interesses dentro da classe e desta com o condutor do processo, sempre haverá possibilidade de dissenso e conflitos internos na coletividade.

Trata-se de uma situação tão normal que muitos procedimentos coletivos modernos vêm tentando solucionar o problema das divergências internas, como ocorre nas chamadas "ações de grupo" de formato não representativo.[85] Nesses

81 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. São Paulo: RT, 6ª Ed., 2004, p.100.

82 Não desconsideramos que uma certa proximidade deva existir entre o substituto processual e a coletividade. Os requisitos do ordenamento nacional em certa medida levam este dado em consideração, como no caso das associações. Não obstante, outras considerações, em função da eficiência da tutela, da hipossuficiência dos substituídos e da relevância dos direitos a serem protegidos fazem com que a legitimidade extraordinária, que no Brasil é dada pela lei, seja freqüentemente atribuída a órgãos sem uma necessária relação de proximidade com a coletividade substituída, como o Ministério Público e a Defensoria Pública. Claro que, *de lege ferenda*, somos favoráveis a um exame casuístico e judicial da legitimidade, nos moldes do modelo norte-americano das *class actions*, mas não enxergamos espaço para restrições de legitimação à luz de nosso direito positivo.

83 Sobre o papel do juiz no sistema norte-americano, Cf.GRINOVER, Ada Pellegrini. "Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre legitimação e coisa julgada", *in Revista Forense*, ano 98, vol.361, maio-junho, 2002.

84 MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: RT, 2002, p.82.

85 Como a *Group Litigation* inglesa e o *Musterverfahren* alemão. Sobre o tema, confira-se o nosso "O novo Procedimento-Modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas", *in Revista de Processo*, vol.147, maio de 2007. Na literatura posterior, GOTTWALD, Peter. "*About the extension of collective legal protection in Germany*", in Revista de Processo, v.32, n.154, dezembro, 2007, p.89-93.

procedimentos, existe a nomeação de líderes do grupo, que conduzirão o processo como uma espécie de porta-voz da classe. Não obstante, ao mesmo tempo, o procedimento admite que os indivíduos que compõem a classe acrescentem argumentos à atuação do líder, franqueando uma participação que é tanto mais necessária quanto maior a existência de conflito interno.[86]

4.2.2.3. Procedimentos concursais.

Certamente é nos procedimentos concursais que vemos a maior quantidade de interesses que simultaneamente podem se mostrar contrapostos e comuns.

É que, de um lado, o grupo tem o objetivo comum de obter a satisfação de seus interesses pelo adversário. Porém, ao mesmo tempo, como a consecução de seus interesses se dá pela comunhão de uma massa única de bens, à qual só podem acessar na ordem dos créditos e de acordo com as preferências legais, existem evidentes interesses contrapostos.[87]

Assim, ao impugnar o crédito de outro cocredor, o que pretende o impugnante é diminuir o valor que o outro tem a receber, assegurando ativos maiores para suportar o pagamento a si mesmo. É uma situação, já denominada de "plúrima impugnação",[88] que ocorre comumente nos procedimentos de falência e insolvência civil.[89]

Todas essas situações mostram que merece haver nova reflexão sobre o interesse de agir nestes procedimentos. Isso sem contar a curiosa hipótese de "autofalência" e "autoinsolvência", que são procedimentos contenciosos em que o próprio devedor requer e deflagra o procedimento concursal para satisfação de créditos alheios (art.753 do CPC e arts.97 e 105 da Lei 11.101/05), onde o formato clássico da necessidade-utilidade é insuficiente.[90]

4.2.3. O "interesse jurídico" dos intervenientes e os sujeitos "desinteressados". A atuação imparcial com base no interesse público.

Tradicionalmente, como visto, a atuação dos sujeitos do processo sempre foi vinculada ao direito material. Assim, historicamente houve uma ligação necessária entre o exercício de posições processuais e o comprometimento do sujeito com a vitória de um dos interesses materiais em disputa.

Nesse sentido, foi consagrada a compreensão do requisito do interesse de agir para a intervenção de um terceiro no processo. O interveniente deveria demonstrar

86 CABRAL, Antonio do Passo. "O novo Procedimento-Modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas", *Op.cit.*, p.135 e ss.
87 ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. São Paulo: RT, 11ª Ed., 2007, p.829.
88 FUX, Luiz. *O novo processo de execução: o cumprimento de sentença e a execução extra-judicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.461.
89 GRECO, Leonardo. *Processo de Execução*. *Op.cit.*, p.574-575; REIS, José Alberto dos. *Processo de Execução*. Coimbra: Coimbra Ed., 1985, reimpressão.
90 GRECO, Leonardo. *Processo de Execução*. *Op.cit.*, p.562.

seu *interesse jurídico* na demanda, ou seja, deve comprovar a repercussão que a discussão do processo poderá ter sobre uma relação jurídica titularizada por ele.

Assim, o interesse jurídico sempre foi concebido como um "interesse fundado em uma relação jurídica" de direito material (*Rechtsbeziehung begründetes Interesse*).[91] Não caberia um mero interesse econômico ou altruístico, tampouco a intenção de esclarecer matéria de fato ou de direito.[92]

Modernamente, contudo, a atuação de muitos entes, seja na condição de parte ou de terceiro interveniente, vem desmistificando a conceituação tradicional do interesse jurídico. De fato a atuação do *amicus curiae* pode ser indicada, atualmente, como um exemplo interessante de sujeito desinteressado, pois sua participação não é vinculada a uma relação material.[93] Trata-se, como já percebeu Athos Gusmão Carneiro, de uma intervenção com base no interesse público.[94]

É similar a posição da Administração Pública nas ações populares e de improbidade administrativa, que motivou a previsão legal expressa de possibilidade de mudança de polo na demanda.[95] Nessas ações, o interesse geral na boa gestão pública, na legalidade, na moralidade administrativa, exige uma postura processual que possa ser convencida imparcialmente, com neutralidade sem comprometimento necessário com um interesse material que não a mais eficiente realização do interesse público.[96]

O mesmo pode ser sustentado para a atuação judicial das agências reguladoras. Por serem órgãos fiscalizadores, que devem compor interesses variados em prol

91 JAUERNIG, Othmar. *Zivilprozessrecht. Op.cit.*, p.344-345. Veja-se o art.50 do CPC.

92 CARNEIRO, Athos Gusmão. "Mandado de Segurança - Assistência e *amicus curiae*", *in Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n.24, jul-ago, 2003, p.36; BAUR, Fritz e GRUNSKY, Wolfgang. *Zivilprozeßrecht*. Kriftel: Luchterhand, 10. Auflage, 2000, p.102: "Ein nur wirtschaftliches oder ideelles Interesse genügt nicht. Ein rechtliches Interesse ist vor allem anzunehmen in den Fällen der Rechtskrafterstreckung einer Regreßforderung oder Regreßverbindlichkeit". Cf.HIRTE, Heribert. "*Der* amicus-curiae-brief - *das amerikanische Modell und die deutschen Parallelen*", *in Zeitschrift für Zivilprozeâ*, 104. Band, Heft 1, 1991, p.43; ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro. Op.cit.*, p.59.

93 Contra a qualidade de assistente ao *amicus curiae*, CARNEIRO. Athos Gusmão. "Da intervenção da União Federal como *amicus curiae*. Ilegitimidade para, nesta qualidade, requerer a suspensão dos efeitos da decisão jurisdicional. Leis n.8.437/92, art.4º e n. 9.469/97, art.5º", *in Revista Forense*, vol.363, setembro-outubro, 2002, p.183.

94 CARNEIRO, Athos Gusmão. "Mandado de Segurança - Assistência e *amicus curiae*", *Op.cit.*, p.41; CABRAL, Antonio do Passo. "Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial", *in Revista de Direito Administrativo*, vol.234, dezembro de 2003, também publicado na *Revista de Processo*, vol.117, setembro-outubro de 2004, p.25.

95 No mesmo sentido, DIDIER JR., Fredie e ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil. Op.cit.*, p.248.Percebeu Cássio Scarpinella Bueno, com propriedade, a similitude, no ponto, da atuação da administração pública com o *amicus curiae*. Cf.BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro. Op.cit.*, p.268. Sobre os imperativos éticos na administração pública moderna, confira-se OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, eficiência*. São Paulo: RT, 2007, p.43 e ss.

96 Já tivemos oportunidade de ligar a imparcialidade à neutralidade do sujeito, ou seja, seu distanciamento ou alheação dos interesses em jogo, sem considerações sobre se tal sujeito efetivamente pratica um ato processual na condição de parte. Sobre o tema, Cf. CABRAL, Antonio do Passo. "Imparcialidade e impartialidade. Por uma teoria sobre a repartição e incompatibilidade de funções no processo civil e penal", *in Revista de* Processo, vol.149, julho, 2007, p.341 e ss.

do bem comum, não podemos imaginar que atuem vinculadas ou presas a um determinado interesse material polarizado. Qualquer que seja a posição processual em que se encontrem no processo, as agências atuam inspiradas no interesse público da regulação e fiscalização, e exercem suas faculdades processuais com imparcialidade.

Por esse motivo, alguns autores chegam a aproximar a atuação das agências àquela do *amicus curiae*, como faz Kazuo Watanabe a respeito da Comissão de Valores Mobiliários (CVM). Segundo o autor, por proteger interesses de toda a coletividade no campo do mercado de capitais, sua atuação é sempre desvinculada de um específico interesse material.[97] Cássio Scarpinella Bueno e Osvaldo Hamilton Tavares sustentam, com propriedade, tratar-se de intervenção na qualidade de *amicus curiae*, orientada à interpretação dos fatos em causa e esclarecimento ao juiz, pelo órgão técnico que é a CVM, das repercussões jurídicas no mercado de capitais.[98]

Fredie Didier Jr., a nosso entender com razão, afirma que, assim como a CVM, a intervenção judicial do Cade (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) também se dá na condição de *amicus curiae*.[99] Assim também já nos manifestamos, apesar da redação do art.89 da Lei 8.884/94, que menciona ser caso de assistência.[100] Parece-nos evidente que a autarquia intervém sem estar vinculada a um determinado interesse material de qualquer das partes, mas sim no interesse público, social, geral,[101] devendo atuar imparcialmente.[102]

O mesmo pode ser dito de outras agências e órgãos fiscalizatórios, como o Instituto Nacional de Propriedade Industrial nas ações de nulidade de marcas e patentes. Aqui a situação é ainda mais curiosa porque a lei, ao mesmo tempo, permite o ajuizamento da ação pelo INPI (arts.56 e 173 da Lei 9.279/96), mas também afirma que, quando não for autor, o INPI "intervirá no processo" (arts.57 e 175), divergindo a doutrina[103] e a jurisprudência sobre se essa intervenção se dá

97 WATANABE, Kazuo. "Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir", *Op.cit.*, p.202-203.

98 BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro. Op.cit.*, p.272 e ss; TAVARES, Osvaldo Hamilton. "A CVM como 'amicus curiae'", *in Revista dos Tribunais*, n.690, abril, 1993, p.287 e ss.

99 DIDIER JR., Fredie. "A intervenção judicial do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (art.89 da Lei Federal 8.884/1994) e da Comissão de Valores Mobiliários (art.31 da Lei Federal 6.385/1976)", *in Revista de Processo*, n.115, maio-junho, 2004, p.151 e 156-158. É verdade que o autor admite que, em algumas hipóteses de litígios coletivos, as agências e autarquias, por serem co-legitimadas para o ajuizamento das ações, interviriam na qualidade de assistente litisconsorcial. Discordamos, apenas nesta parte, do ilustre autor. Em nosso sentir, quando a atuação do sujeito processual for imparcial, pouco importa a natureza dos interesses materiais discutidos no processo, pois sua intervenção será sempre a título de *amicus curiae*.

100 CABRAL, Antonio do Passo. "Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial", *Op.cit.*

101 Sobre as diferenças de conceitos de interesse público, geral, social, etc., Cf.MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir. Op.cit.*, p.35 e ss.

102 BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro. Op.cit.*, p.327-329.

103 NEIVA, José Antônio Lisboa. "Questões processuais envolvendo propriedade industrial", *Op.cit.*, p.23.

na qualidade de litisconsorte,[104] assistente[105] ou *amicus curiae*.[106]

Não podemos concordar com parcela da doutrina que afirma que o INPI "só poderia ser réu" (litisconsorte passivo) nas ações de nulidade, ao argumento de que a disponibilidade ou escolha a respeito da qualidade em que participará do processo não é facultada ao ente, sob pena de gerar uma "indesejada subjetividade".[107]

Discordamos, com todas as vênias, dessas opiniões. À administração pública, direta ou indireta, é dado rever seus atos, desde que o faça fundamentadamente e respeitando interesses de terceiros. Não se trata de uma escolha arbitrária, mas uma opção discricionária que, como qualquer ato administrativo, deve ser motivada. Ademais, se atuam com base no interesse público, alheias e distantes dos interesses materiais em disputa, não faz sentido afirmar que "só podem ser réus" ou "só podem ser assistentes" em qualquer processo, até porque, seja autor ou réu, o INPI não defende um interesse material próprio.[108] Se o conceito legal de citação não impõe a defesa, mas apenas infunde participação, a atuação despolarizada aqui também se impõe.

Portanto, é plenamente cabível, para as agências e os órgãos públicos fiscalizatórios, a troca de polo ou o exercício provisório de posições processuais do polo oposto ao que posicionadas as agências, sem que haja qualquer óbice processual para tanto. Aliás, foi essa a *ratio* dos dispositivos da lei da ação popular e da improbidade administrativa.[109]

E deve haver nova concepção do interesse de agir para os terceiros intervenientes, não mais presa à relação jurídica material como no formato do "interesse jurídico".

---

104 Confira-se jurisprudência em SCHMIDT, Lélio Denicoli. "O INPI nas ações de nulidade de marca ou patente: assistente ou litisconsorte?", *in Revista de Processo*, ano 24, n.94, abril-junho, 1999, p.202.
105 TRF da 2ª Região, 3ª Turma - AC 89.02.01119-4, Rel.Des.Fed.Castro Aguiar, DJ 13.07.1995; 4ª Turma - AC 2001.02.01.040801-0, Rel.Des.Fed.Benedito Gonçalves, DJ 25.09.2003; 1ª Turma - AI 89.02.03047-4, Rel. Des.Fed.Célio Erthal, DJ 18.04.1991; 1ª Turma - AC 93.02.06442-5, Rel.Des.Julio Martins, DJ 07.10.1993.
106 Cf.BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro. Op.cit.*, p.294 e ss.
107 ABRANTES, Guilherme de Mattos. "A legitimidade ativa e passiva nas ações de nulidade de marcas e patentes", *in Revista dos Tribunais*, ano 94, vol.842, dezembro, 2005, p.68-69.
108 Não podemos concordar com SCHMIDT, Lélio Denicoli. "O INPI nas ações de nulidade de marca ou patente: assistente ou litisconsorte?", *Op.cit.*, p.212-213. Pensamos, com André Muniz de Souza e Cássio Scarpinella Bueno, que o INPI, como ente fiscalizatório que é, deve atuar impessoalmente, ou seja com neutralidade. O fato de impugnar-se ato administrativo oriundo do INPI não faz com que possamos identificar qualquer interesse material da autarquia. Com razão, BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro. Op.cit.*, p.296 e ss; SOUZA, André Muniz de. "O INPI como interveniente especial nas ações de nulidade: nova interpretação conforme a Lei de Propriedade Industrial", *in Revista de Processo*, n.119, 2005,p.142-143. Concordamos apenas parcialmente, no ponto, com Scarpinella Bueno, que defende, em alguns casos, a participação do INPI a título de parte.
109 Embora prevendo *de lege ferenda* a aplicabilidade da migração, nos moldes da lei da ação popular e da lei de improbidade administrativa, afirma Neiva, para o INPI, que a migração não seria possível porque a lei 9.279/96 usou a expressão "intervirá", o que excluiria a atuação como parte. NEIVA, José Antônio Lisboa. "Questões processuais envolvendo propriedade industrial", *Op.cit.*, p.27. Discordamos do argumento *de lege lata*, que consideramos apegado em demasia à literalidade da lei.

4.3.Os problemas da teoria tradicional sobre o interesse de agir.

Os problemas apresentados pela teorização tradicional do interesse de agir são muitos e não é nossa intenção, em estudo de pequenas proporções como esse, apontá-los todos. Alguns, entretanto, são dignos de nota, sobretudo porque as situações apresentadas no item 4.2. são ilustrativas em demonstrar a insuficiência da caracterização do interesse de agir na atualidade.

Inicialmente, vê-se que o conceito de lesão ou estado de lesão como critério para o interesse-necessidade retratava uma visão civilista do direito de ação, que só surgiria como reação à violação ao direito material (*actio nata*).[110]

Era um conceito forjado na teoria do processo de conhecimento e voltado unicamente para a ação condenatória. A lesão era evidentemente um dado que não cabia bem na teorização da ação declaratória, por exemplo.[111] Além disso, desconsideraram-se outros tipos de processo, como os processos cautelar e de execução.

De outro lado, a relação do interesse-necessidade com a lesão tem o grande defeito de permitir a confusão entre o mérito e as condições da ação. Embora comumente, em respeito à abstração do direito de ação, muitos autores se esforcem em diferenciar a existência da lesão (que toca o mérito) e a afirmação da ocorrência da lesão (que seria suficiente para preencher o interesse),[112] ainda se veem constantes contradições doutrinárias.[113] Afinal, podemos realmente diferenciar a "lesão ocorrida" da "lesão afirmada"? Será que a lesão existe *in rerum natura* ou reside apenas no plano das qualificações jurídicas?[114]

Outrossim, o interesse-necessidade prende-se ao conceito de lide, a um conflito

110 Cf.FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da ação. Op.cit.*, p.147.

111 Por isso, Chiovenda prefere, em vez de falar em "lesão", mencionar que o interesse na ação declaratória decorre de um "estado de fato contrário ao direito", imputável ao réu por uma relação de causalidade e que, caso não seja definido por sentença, poderá gerar um prejuízo ao autor. CHIOVENDA, Giuseppe. "*L'azione nel sistema dei diritti*", in *Saggi di Diritto Processuale*. Milano: Giuffré, Reedição de 1993, vol.I, nota 68, p.81-82. Sobre o tema, Cf.TRZASKALIK, Christoph. *Die Rechtsschutzzone der Feststellungsklage im Zivil- und Verwaltungsprozeß. Op.cit.*, p.21 e 100 e ss, 128; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil. Op.cit.*, p.228. O problema já foi percebido na doutrina brasileira, como se vê na excelente obra de CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Interesse de agir na ação declaratória*. Curitiba: Juruá, 2002.

112 SCHÖNKE, Adolf. *Lehrbuch des Zivilprozessrechts. Op.cit.*, p.168; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil. Op.cit.*, p.155-156; MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di Diritto Processuale Civile. Op.cit.*, p.52.

113 Dificuldade que começou com o próprio Bülow, quando estudou os requisitos formais da ação como condições de sua existência. Cf.BÜLOW, Oskar von. "*Die neue Prozessrechtswissenschaft und das System des Civilprozessrechts*", *Op.cit.*, p.236 e ss. Confira-se a dificuldade em diferenciar a afirmação das condições da efetiva existência delas em JAUERNIG, Othmar. *Zivilprozessrecht. Op.cit.*, p.143-144; REIS, José Alberto dos. "Legitimidade das partes", *in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, ano IX, 1925-1926, p.109, 112-113, 125; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. "Existem legitimações puramente processuais?", *Op.cit.*, p.114. Sobre o tema, Cf.GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no processo civil. Op.cit.*, p.18-19; ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro. Op.cit.*, p.57-58.

114 Como Satta já chamara atenção: SATTA, Salvatore. "*A proposito dell'accertamento preventivo*", *Op.cit.*, p.1397.

de interesses pré-existente e que confrontaria as partes, e se sabe que a lide não é essencial à jurisdição e que, ainda que se verifique, não precisa subsistir em todos os momentos do processo.[115] Ora, se por vezes os litigantes têm simultaneamente interesses materiais comuns e contrapostos; se os litigantes podem ter interesses contrapostos em um momento, e posteriormente terem interesses comuns; se existem sujeitos do processo, como as agências reguladoras e o *amicus curiae*, que atuam imparcialmente sem qualquer comprometimento com o direito material em disputa; por todas essas razões, vê-se que a existência de um conflito de interesses com outro sujeito não pode ser um requisito para a atuação processual.

O apego à contraposição de direitos, própria do conceito de interesse-necessidade, dificulta, p.ex., a compreensão de faculdades processuais das agências e órgãos públicos quando atuam em juízo. É realmente difícil, na compreensão privatista do interesse de agir (e com ela, do interesse em recorrer), admitir que a intervenção da CVM como *amicus curiae* permita à agência recorrer das decisões judiciais (art.31 §3° da Lei 6.385/76).[116] E é esse apego que opõe resistência à ampliação das possibilidades de migração de polo na demanda. Sigamos em frente.

A "necessidade de tutela" não se adapta também aos estudos sobre a legitimidade passiva, ligada ao interesse-necessidade pelo conceito de lesão.[117] Diz-se, a esse respeito, que o "interesse em contestar", previsto no art.4°do CPC brasileiro e na segunda parte do art.100 do *Codice* peninsular não possui significado próprio, porque o réu teria interesse pelo tão só fato de ter sido colocado na posição de réu, e com isso se acaba resumindo o interesse na legitimidade.[118]

No que se refere ao interesse-adequação, parece-nos evidente que a adequação do procedimento não pode ser indicativa de interesse. O equívoco já foi apontado pela doutrina: se um sujeito usou o meio inadequado, isso não significa que não tenha interesse; pode até ter atuado com excesso, mas pelo tão só fato de ter

115 Já há muito tempo se verificou que existem processos sem lide. Cf.CHIOVENDA, Giuseppe. "*L'azione nel sistema dei diritti*", *Op.cit.*, p.34, nota 6.

116 Note-se a perplexidade de DIDIER JR., Fredie. "A intervenção judicial do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (art.89 da Lei Federal 8.884/1994) e da Comissão de Valores Mobiliários (art.31 da Lei Federal 6.385/1976)", *Op.cit.*, p.159-160, que chega a indagar-se "para quê" e "para quem" recorreria a CVM.

117 REIS, José Alberto dos. "Legitimidade das partes", *Op.cit.*, p.113. Chiovenda tenta abordar a legitimidade passiva a partir dos efeitos próprios da coisa julgada que o autor, pela ação declaratória, deseja obter. Cf.CHIOVENDA, Giuseppe. "*L'azione nel sistema dei diritti*", *Op.cit.*, nota 68, p.83.

118 Como faz, p.ex., SATTA, Salvatore e PUNZI, Carmine. *Diritto Processuale Civile*. Padova: CEDAM, 30ª Ed., 2000, p.99-100. Sobre o tema, cf.MARINELLI, Marino. *La claosola generale dell'art.100 C.P.C. Op.cit.*, p.165-166; GRASSO, Eduardo. "*Note per un rinnovato discorso sull'interesse ad agire*", *Op.cit.*, p.345-346. Note-se que a preocupação de não legitimar o réu pelo tão só fato de ser réu não passou despercebida a Fredie Didier Jr. Mas o autor também não apresentou critérios claros para definirmos a legitimidade passiva. Cf.DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação. Op.cit.*, p.288-289. De fato, por vezes ocorre o contrário, e alguns autores resumem a legitimidade no interesse (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil. Op.cit.*, p.306 e ss; *Idem, Litisconsórcio. Op.cit.*, p.129; DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação. Op.cit.*, p.278; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil. Op.cit.*, p.157; MOREL, René. *Traité Élémentaire de Procédure Civile. Op.cit.*, p.30-31) ou ainda fazem decorrer um do outro, por vezes até por meio de presunções. Cf.GRASSO, Eduardo. "*Note per un rinnovato discorso sull'interesse ad agire*", *Op.cit.*, p.341-342.

manejado um instrumento mais custoso, demorado ou incisivo, não podemos afirmar que atuou sem interesse processual.[119]

Aliás, o conceito de interesse-adequação parece estar na "contramão da história" quanto à instrumentalidade das formas. Sem embargo, quando o sistema permite e estimula a aplicação da fungibilidade de meios e conversão de procedimentos, perde em importância qualquer filtro ou restrição à prática de atos processuais pela inadequação formal.[120]

O problema dessa visão publicista do interesse de agir é acabar justificando qualquer decisão, ainda que arbitrária, fundamentada na economia de atividade processual. Lembremos que deve haver respeito às estratégias legítimas e aos espaços de liberdade válidos para que o sujeito faça escolhas procedimentais sem que o Estado possa retirar-lhe as opções. Como afirma Fredie Didier Jr., "o pior dessa concepção é o incentivo (ou, posto de modo politicamente mais correto, a válvula de escape) que se dá ao magistrado para não admitir o processamento de demandas sob o fundamento de equívoco na escolha do procedimento".[121] Isso ocorre frequentemente com a extinção por inadequação de mandados de segurança, processos cautelares, ações monitórias e outros, quando entende o Tribunal, a seu próprio juízo, que outro seria o mecanismo mais adequado.

Além disso, temos que também o interesse-utilidade não responde às características do moderno direito processual. Hoje é até comum a referência que une ou reconduz a necessidade à utilidade ou vice-versa,[122]confundindo, até certo ponto, a causa do interesse (seu elemento genético), e o escopo ou resultado a que pretende o interessado.[123] Enfim, parece não haver clareza a respeito de qual a diferença do interesse-necessidade para o interesse-utilidade.

No mais, a fronteira entre o útil e o inútil não é um *quid* pré-existente ao qual o juiz possa se agarrar,[124] mas é um dado desenvolvido no curso do procedimento, dinamicamente delineado no contraditório. Se as dinâmicas interações da relação processual fazem de cada contexto situacional um específico ponto de interesses materiais diversos e cambiantes, devemos também no estudo do interesse de agir reduzir a esfera de análise para cada ato ou para "módulos" e momentos processuais precisos, desvinculando a abordagem do interesse-utilidade de uma

119 Com razão DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação. Op.cit.*, p.286; GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no processo civil. Op.cit.*, p.36.

120 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. "Fungibilidade de meios: uma outra dimensão do princípio da fungibilidade", *in* NERY JR., Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2001, p.1090-1094; *Idem*, "O óbvio que não se vê: a nova forma do princípio da fungibilidade", *in Revista de Processo*, ano 31, n.136, julho de 2006, p.135; JAUERNIG, Othmar. *Zivilprozessrecht. Op.cit.*, p.126; LAMY, Eduardo Avelar de. *Princípio da fungibilidade no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2007.

121 DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação. Op.cit.*, p.287.

122 Cf.FABIANI, Ernesto. "*Interesse ad agire, mero accertamento e limiti oggettivi del giudicato*", *Op.cit.*, p.563; GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no processo civil. Op.cit.*, p.40.

123 Com razão, no ponto, GRASSO, Eduardo. "*Note per un rinnovato discorso sull'interesse ad agire*", *Op.cit.*, p.325-326.

124 MERLIN, Elena. "*Mero accertamento di una questione preliminare?*", *Op.cit.*, p.208.

imutável relação jurídica material, retratando uma realidade pré-processual que pode ter sido, em outro momento e no curso do processo, completamente alterada.

As condições da ação foram historicamente ligadas à relação de direito material do momento da propositura, porque a situação material deve ser afirmada no primeiro ato do processo como causa de pedir (as "alegações de fato e de direito").[125] Não obstante, a vinculação aos "direitos subjetivos" ou a "relações jurídicas" limita inadequadamente o que entendemos ser, hoje, a correta apreensão das condições da ação, sobretudo legitimidade e interesse.[126]

Não é possível prender a realidade da vida, rica e em constante alteração, ao "marco zero" do momento em que a ação foi ajuizada. Deve-se atentar, paulatinamente, para as mutações por que pode sofrer a relação jurídica material, bem como as múltiplas pretensões e situações jurídicas correlatas que surgem no curso do processo.

O raciocínio utilitário da verificação do interesse de agir, portanto, deve atentar para cada módulo ou zona de interesse pertinente ao ato ou conjunto de atos que o sujeito deseja praticar. Impõe-se que o julgador se desprenda da narrativa inicial, porque a ação é individuada num momento mas o interesse se verifica como um *posterius*, caracterizado pelo resultado útil do efetivo exercício da ação e da defesa em outra posição temporal.[127]

Por fim, a teoria sobre o interesse de agir no que tange aos terceiros é inadequada ao processo moderno, limitando o contraditório e a participação à exigência privatista de um prejuízo que o sujeito possa sofrer em relações jurídicas materiais próprias.

Ao expurgar o interesse econômico, ou qualquer outra utilidade jurídica que não remeta ao conceito de "relação jurídica material", o conceito de interesse jurídico segrega do acesso à Justiça um sem número de situações em que interesses materiais colaterais surgem em decorrência do processo e aos indivíduos envolvidos não é aberta a porta do Judiciário.

Na execução, p.ex., existem múltiplos interesses de vários sujeitos, como os remidores, credores-adjudicadores, arrematantes, licitantes, todos titulares de interesses materiais decididos no processo.[128] Muitas vezes, estes indivíduos possuem interesses materiais e/ou econômicos na execução, e que pretendem ver protegidos, sem que o ordenamento, nos moldes da teoria tradicional, permita sua atuação processual.

Araken de Assis identifica a existência de interesses materiais a serem

125 DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação. O juízo de admissibilidade do processo.*
126 É o que transparece na mais inovadora contribuição em tema de interesse de agir na ação declaratória, proposta por TRZASKALIK, Christoph. *Die Rechtsschutzzone der Feststellungsklage im Zivil- und Verwaltungsprozeß.* Studien zur Fortentwicklung des Rechtsschutzverständnisses. Berlin: Duncker & Humblot, 1978, p.12-15.
127 Assim também LANFRANCHI, Lucio. *"Note sull'interesse ad agire", Op.cit.*, p.1134.
128 GRECO, Leonardo. *Processo de Execução.Op.cit.*, p.341.

tutelados em execução sem que pudessem ser encaixados na disciplina tradicional das intervenções de terceiros. Isso fica evidente na leitura das regras sobre a responsabilidade patrimonial, que submete interesses materiais de terceiros à atividade executiva, sem necessariamente assegurar-lhes legitimidade e interesse de agir.[129]

Ora, urge haver também uma nova concepção do interesse processual para os terceiros intervenientes, quando se vê, na jurisprudência de outros países, uma tendência de abrandamento do conceito de interesse jurídico para reputar suficiente o interesse econômico.[130]

4.4. Zonas de interesse.

Por todo o exposto, é manifestamente insatisfatória a consideração clássica do interesse de agir, seja aquela fulcrada na premissa egoísta do interesse jurídico para os terceiros, na premissa privatista e polarizada do interesse-necessidade, no autoritarismo contrário à instrumentalidade do interesse-adequação.

Devemos ampliar a compreensão do interesse processual, conciliando com a abordagem proposta da *legitimatio ad actum*, autorizando uma apreensão dos filtros das condições da ação a partir de visão mais dinâmica da relação processual e voltada para cada um dos atos processuais.[131]

Por isso, não podemos concordar com a ideia de que o interesse processual é "único e imutável", somente podendo assumir um formato no curso do processo.[132] Em nosso modesto entender, o interesse processual reflete a utilidade cambiante da tutela jurisdicional na vida dos litigantes, uma realidade constantemente sujeita a alterações às quais o processo deve estar apto a responder, facultando a atuação que o litigante repute como a mais adequada para a satisfação de suas situações de vantagem.

É fato que o interesse está sempre ligado a um resultado, porque o raciocínio empreendido é utilitário. Como observou Maurício Zanóide de Moraes, o ato interessado é sempre teleologicamente orientado, até porque a causa do ato e

---

129 ASSIS, Araken de. *Manual da Execução. Op.cit.*, p.398-399.

130 Assim a referência de Blomeyer para o interesse na ação declaratória. Cf.BLOMEYER, Arwed. *Zivilprozessrecht. Erkenntnisverfahren. Op.cit.*, p.214. Confira-se a crítica à teoria tradicional do interesse de agir em TRZASKALIK, Christoph. *Die Rechtsschutzzone der Feststellungsklage im Zivil- und Verwaltungsprozeß. Op.cit.*, p.17-19.-

131 Dinamarco já percebera que o interesse de agir deve ser aferido para cada ato do processo. Cf.DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio. Op.cit.*, p.128 e nota 23. Como afirma Maurício Zanóide de Moraes, em lição para o processo penal, mas aplicável também ao processo civil, "hodiernamente, no processo penal, o estudo das várias espécies de interesse está crescendo como forma de verificação da utilidade e pertinência não só do processo como um todo, mas também de cada ato do *iter* procedimental". MORAES, Maurício Zanoide de. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro. Op.cit.*, p.73.

132 Como afirma FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da ação. Op.cit.*, p.199-200, junto com Rocco, ainda que considere que o interesse processual possa desaparecer até o fim da litigância.

o resultado projetado surgem logicamente no mesmo momento,[133] ainda que o resultado não venha a ser produzido. Não obstante, a utilidade do interesse processual não é aquela definida e propagada tradicionalmente, ligada à relação jurídica, ao direito subjetivo, ou qualquer outro formato privatista. A utilidade que deve nortear o estudo do interesse de agir é uma utilidade processualmente relevante, na óptica do litigante, não do Estado, para atingir um resultado que entende favorável ao seu complexo de situações jurídicas, processuais ou substanciais.

Devemos estudar o interesse de agir, tanto para as partes quanto para os terceiros, num contexto mais amplo do que atualmente vem considerado, compreendendo todo o complexo de atividades que são permitidas aos sujeitos ao longo de todo o curso do procedimento, franqueando sua atuação desde que o ato específico tenha atual e concreta utilidade para o requerente.[134] Se dinamicamente analisado, e verificado para cada ato ou posição processual, o conceito de "zona de interesse" pode ser fecundamente aplicado em diversas hipóteses.

Essa aplicação dinâmica do interesse de agir parece ser adotada pela jurisprudência norte-americana no que tange ao requisito de *"standing to sue"*, similar ao nosso interesse processual. Algumas decisões têm verificado o *standing* para diversos aspectos de um mesmo caso. Assim, uma parte pode ter interesse em contestar alguns aspectos de um ato administrativo, mas não outros.[135]

O mesmo tem sido observado na admissibilidade de litigância conjunta (*joinder*) com base em juízos de eficiência e conveniência da atuação em multiplicidade subjetiva.[136] Eis aqui a necessidade que temos de reestudar ou aprimorar a teoria do litisconsórcio, cujas linhas tradicionais não se conseguem aplicar com justeza à migração entre os polos da demanda, p.ex.[137] Ao pensarmos nas finalidades específicas de cada ato, e dos múltiplos interesses e zonas de interesses existentes para as partes e para os terceiros, podemos consentir numa maior flexbilização da estabilização subjetiva da demanda, ampliando, em algumas hipóteses, os poderes do litisconsorte em migrar para outro polo.[138]

É claro que o princípio dispositivo e a liberdade do autor em formular a demanda devem ser principiologicamente preservados, mas abrir o conceito de interesse processual para admitir a migração de polo nem sempre interfere

133 MORAES, Maurício Zanoide de. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro. Op.cit.*, p.64-67.

134 MARINELLI, Marino. *La claosola generale dell'art.100 C.P.C. Op.cit.*, p.167-168.

135 Cf.FRIEDENTHAL, Jack.H., KANE, Mary Kay e MILLER, Arthur R. *Civil procedure*. St.Paul: West, 3ª Ed., 1999, p.336.

136 *Idem*, p.339-339.

137 Como notaram DIDIER JR., Fredie e ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil. Op.cit.*, p.248.

138 Sobre o litisconsórcio nas ações populares e nas ações de improbidade administrativa, e a discussão sobre se o litisconsorte pode ou não "escolher" de que lado vai participar, Cf.MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular. Op.cit.*, p.174; GOMES JR., Luiz Manoel. "Ação Popular - alteração do pólo jurídico da relação processual - considerações", *Op.cit.*, p.122-126; BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro. Op.cit.*, p.261-262.

substancialmente na demanda e talvez tenha muito menos efeitos processuais que as alterações objetivas da demanda.

De outro lado, as zonas de interesse, ao analisarem um ou alguns atos processuais, permitem a segmentação da participação processual, permitindo a atuação e a intervenção para finalidades específicas no processo, desde que úteis ao postulante. A abordagem pode servir para a solução dos chamados "temas de decisão", parcelas de uma situação jurídica substancial[139] ou pré-questões (*Vorfragen*), ou seja, situações jurídicas prévias, premissas para a questão principal[140] e que são diversas daquela ligação quase sagrada que a doutrina tradicional faz entre o direito subjetivo (ou a relação jurídica) e as condições da ação.[141]

A partir dessa "desrelacionalização" do interesse de agir, podemos enxergar inúmeras situações em que haveria zona de interesse a permitir a atuação de um sujeito desvinculada da lide, da lesão a um direito subjetivo e da polarização da demanda.

Isso é especialmente defendido, na literatura italiana e alemã, para a tutela declaratória, onde há realmente maior dificuldade para identificar a "zona de tutela" que permite o ordenamento.[142] Especialmente na ação declaratória, o interesse de agir não pode ficar ligado ao direito subjetivo, e deve ter seus pressupostos estudados em outra perspectiva que não aquelas criadas historicamente para a ação condenatória.[143] Com a ampliação do interesse processual pelas zonas de interesse, a tutela declaratória ganha novos contornos e grande utilidade que a tutela condenatória não tem, perdendo-se a pecha de ser uma tutela "suplente" à condenatória.[144]

Pensamos que o desenvolvimento dessas ideias pode ser útil, na tutela declaratória, também para os direitos submetidos a condição ou termo, que existem e podem ser declarados judicialmente mesmo na inexistência de qualquer lesão.[145] Também podem servir para nortear o interesse processual no modelo de

---

139 Edoardo Ricci fornece o exemplo da nulidade de cláusula contratual, que pode ser premissa para outros direitos, como p.ex., ao ressarcimento. Cf.RICCI, Edoardo F. "*Sull'accertamento della nullità e della simulazione dei contratti come situazioni preliminari*", *Op.cit.*, p.655 e nota 8, onde aborda a controvérsia sobre a natureza declaratória ou constitutiva sobre a ação de nulidade contratual.

140 TRZASKALIK, Christoph. *Die Rechtsschutzzone der Feststellungsklage im Zivil- und Verwaltungsprozeß. Op.cit.*, p.130-132.

141 CHIOVENDA, Giuseppe. "*Azioni e sentenze di mero accertamento*", in *Saggi di Diritto Processuale.* Milano: Giuffré, Reedição de 1993, vol.III, p.26-27.

142 LÜKE, Wolfgang. *Zivilprozessrecht. Op.cit.*, p.155; MERLIN, Elena. "*Mero accertamento di una questione preliminare?*", *Op.cit.*, p.209-210. A discussão se trava, p.ex., em matéria de direito laboral e previdenciário, como em pedidos de declaração de um estado de fato (uma doença, p.ex.), que se entende que só pode ser certificado se em face de um requerimento final de concessão de licença ou adicional de insalubridade, etc. Cf.MARINELLI, Marino. *La claosola generale dell'art.100 C.P.C. Op.cit.*, p.145. A jurisprudência destes dois países já admitiu o fracionamento de questões de mérito em julgamentos, o que pode ser observado em certos arestos do *Bundesarbeitsgericht* e da *Cassazione.*

143 TRZASKALIK, Christoph. *Die Rechtsschutzzone der Feststellungsklage im Zivil- und Verwaltungsprozeß. Op.cit.*, p.12-13.

144 MERLIN, Elena. "*Mero accertamento di una questione preliminare?*", *Op.cit.*, p.210.

145 WACH, Adolf. "*Der Rechtsschutzanspruch*", *Op.cit.*, p.15.

fracionamento da resolução do mérito, admitindo-se a cognição e decisão, com força de coisa julgada, para um singular aspecto ou uma específica pré-questão de uma relação jurídica material. Porém, deve-se observar que a utilidade do provimento deve ser atual e concreta, proibindo a solução de uma questão abstrata, imaginariamente projetada como um problema distante. Para autorizar a legítima atuação judicial deve haver um interesse "concreto, efetivo e atual" na tutela jurídica,[146] ou seja, se o requerente tiver alguma utilidade prática no requerimento, ainda que toque apenas parcela da relação material.[147]

O conceito mais amplo de zona de interesse pode ser útil também, para além da tutela declaratória, para ampliar a esfera de aplicação do interesse de agir para os procedimentos de certificação fática,[148] ou ainda nos casos em que a *fattispecie* constitutiva do direito material é de formação progressiva, e que não poderia, como óbvio, ser analisada estaticamente.[149] Nessa hipótese, pode haver interesse em resolver uma controvérsia em torno de uma determinada parcela da situação material, que somente surgirá em sua integralidade no futuro justamente porque ainda em desenvolvimento.

As zonas de interesse podem servir ainda para os casos, em que não seja tão simples identificar com precisão todas as posições subjetivas correlatas que estejam em jogo ou que possam sofrer interferências da discussão no processo.

Nesses casos, como não há uma referência subjetiva clara que permita um juízo de comparação direto com algum sujeito determinado (o que ocorre no direito subjetivo ou na relação jurídica), não se pode trabalhar a legitimidade e o interesse de agir nos mesmos moldes clássicos.[150] Assim, como afirma Merlin, devemos

---

146 WACH, Adolf. *Der Feststellungsanspruch. Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch.* Reimpressão do original, 1888, p.15, 52-54; BÜLOW, Oskar von. *"Die neue Prozessrechtswissenschaft und das System des Civilprozessrechts", Op.cit.*, p.216: "Das wird denn auch sowohl durch das, was Wach (Handbuch, s.21) über die Abhängigkeit des Rechtsschutzanspruchs von der 'Rechtsposition' der Partei und (s.19 u.22) über das zum Rechtsschutzanspruch erforderliche, den Anspruch auf prozessualischen Rechtsschutz begründende 'wirkliche, nicht eingebildete Rechsschutzinteresse' bemerkt, bestätigt, wie durch seine Erklärung (Feststellungsanspruch,s.15), der Rechtsschutzanspruch sei 'geknüpft an konkrete ausserprozessualische Thatbestände". Cf.VERDE, Giovanni. *"Sulla 'minima unità strutturale' azionabile nel processo (a proposito di giudicato e di emergenti dottrine)", in Rivista di Diritto Processuale*, 1989, p.577.

147 GRUNSKY, Wolfgang. *Grundlagen des Verfahrensrechts. Op.cit.*, p.371-372; MARINELLI, Marino. *La claosola generale dell'art.100 C.P.C. Op.cit.*, p.142, 147.

148 MONTESANO, Liugi. *"Questioni preliminari e sentenze parziali di merito", in Rivista di Diritto Processuale*, vol.XXIV, II, 1969, p.597-600; TRZASKALIK, Christoph. *Die Rechtsschutzzone der Feststellungsklage im Zivil- und Verwaltungsprozeß. Op.cit.*, p.13.

149 MERLIN, Elena. *"Mero accertamento di una questione preliminare?", Op.cit.*, p.203.

150 RICCI, Edoardo F. *"Sull'accertamento della nullità e della simulazione dei contratti come situazioni preliminari", Op.cit.*, p.657-658: "Come è noto, si contendono qui il campo due tesi: quella che identifica il legittimato attivo e il legittimato passivo negli effettivi titolari (attivo e passivo) del *thema decidendum;* e quella che preferisce valorizzare la prospettazione contenuta nella domanda, considerando legittimato attivo chi si afferma titolare attivo della situazione controversa (anche se non lo è), e titolare passivo chi è presentato nell'atto introduttivo del processo come titolare passivo della stessa situazione (anche se non lo è). Ma si può parlare di titolarità attiva o passiva (effettiva o semplicemente affermata) della situazione giuridica dedotta nel processo, solo a patto che tale situazione giuridica possa essere riferita a soggetti determinati; e quando si discute della nullità e della inefficacia per simulazione come situazioni giuridiche meramente preliminari, la constatata non riferibilità ad alcun soggetto rende improponibile

recorrer à dinâmica jurídica para solucionar a possibilidade de formulação de pretensões multilaterais.[151]

Para casos como esses, os ordenamentos do *common law* acenam com um procedimento próprio de litigância plurissubjetiva, denominado *interpleader*, que pode ser utilizado quando os "contrainteressados" são indefinidos,[152] e que permite atuações dinâmicas, ingressando no processo ou se retirando da litigância de acordo com as circunstâncias e a estratégia do momento.[153]

Dinamarco, no Brasil, chamou atenção para o raro tratamento dado para a figura do litisconsórcio alternativo ou eventual, que poderia servir a esses casos.[154] Em sentido semelhante, Luiz Fux menciona a relevância do estudo da participação de terceiros no processo de execução, quando as obrigações têm "titulares ocultos", quando entram em cena a teoria da aparência e a desconsideração da personalidade jurídica.[155]

Por fim, o conceito de zonas de interesse pode servir para uma maior compreensão do interesse processual nas ações populares, nas ações de improbidade, e em todas as atuações processuais desvinculadas de um interesse material específico. Nessas, o interesse de agir deve continuar ligado a premissas de utilidade, embora voltados para o interesse público ou cívico.[156] A "utilidade para o interesse público", prevista no art.6º §3º da lei da ação popular, é a positivação desta concepção ampliativa de interesse processual.

E é a zona de interesse, ao lado da legitimidade para o ato, que permite a aplicação ampliativa da migração interpolar.

5.Sugestões para o desenvolvimento do tema.

Não pretendemos, nesse momento em que nos encaminhamos ao fim da exposição, ampliar o tratamento das possibilidades de migração entre polos ou

l'intera costruzione".

151 WATANABE, Kazuo. "Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir", *Op.cit.*, p.202; MERLIN, Elena. "*Mero accertamento di una questione preliminare?*", *Op.cit.*, p.213-215. Isso ocorre também nos interesses coletivos *lato sensu*. Cf.GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no processo civil. Op.cit.*, p.52. A jurisprudência brasileira já afirmou que, nesses casos, a ação pode ser dirigida contra qualquer indivíduo, seja proprietário, possuidor, promissário comprador, qualquer um que tenha "relação jurídica próxima" ao imóvel, que depois poderá regredir, se for o caso, contra quem deve suportar em caráter final a condenação. Confira-se, STJ - REsp n.194.481-SP, Rel.Min.Ruy Rosado de Aguiar.

152 FRIEDENTHAL, Jack.H., KANE, Mary Kay e MILLER, Arthur R. *Civil procedure.*, *Op.cit.*, p.779 e ss.

153 Confira-se maiores detalhes e exemplos em FRIEDENTHAL, Jack.H., KANE, Mary Kay e MILLER, Arthur R. *Civil procedure, Op.cit.*, p.782-785.

154 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio. Op.cit.*, p.390 e ss.

155 FUX, Luiz. *O novo processo de execução: o cumprimento de sentença e a execução extra-judicial.Op.cit.*, p.110-111.

156 Assim, ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. "O conteúdo eficacial da sentença da ação popular: sobrevive uma ação de direito material coletiva?", *in* DIDIER JR, Fredie e MOUTA, José Henrique (Coord.). *Tutela Jurisdicional Coletiva*. Salvador: Jus Podivm, 2008, p.402. Em sentido diverso, GRINOVER, Ada Pellegrini. "Ação civil pública e ação popular: aproximações e diferenças", *Op.cit.*, p.142, considerando que os objetivos da ação popular são similares aos da ação civil pública ajuizada pelo MP, onde evidentemente este aspecto cívico não se observa.

atuação despolarizada. Não obstante, algumas consequências e hipóteses podem e devem ser colocadas como ponto de partida para ulterior análise.

Como dissemos anteriormente, ainda que a polarização tenha uma função dialética de formalizar o debate e facilitar a aplicação cotidiana do contraditório, não podem os sujeitos do processo, em determinadas situações, ficarem presos à polaridade inicial. Entendemos que as migrações serão permitidas se alguns requisitos se demonstrarem presentes.

5.1. Pressupostos para a migração entre polos e a atuação despolarizada. Migrações sucessivas e migrações pendulares. Revogabilidade de atos processuais e admissibilidade.

Os primeiros pressupostos que devem ser preenchidos para que seja autorizada a alteração de polo são, como vimos anteriormente, a *legitimatio ad actum* e a zona de interesse do requerente.

A esses requisitos, somam-se outros. O tema mereceria uma reflexão mais aprofundada, mas já podemos adiantar alguns pontos que pensamos poderem nortear a aplicação prática das ideias expostas.

A depender da condição do sujeito, a migração entre polos pode ser sucessiva, ou seja, se e quando o sujeito processual convencer-se do acerto das razões de outros sujeitos e decidir pela atuação conjunta consigo. Essa é a situação dos sujeitos desinteressados, como o *amicus curiae* e os órgãos da administração pública. Tais entes não ficam presos a um polo, podendo migrar novamente se assim se convencerem em prol do interesse público. Por essa razão, Mazzei denomina a hipótese da lei da ação popular como sendo de uma intervenção "móvel", em que a alteração de polo é permitida mais de uma vez e em qualquer sentido.[157]

Quando estivermos diante de soluções cooperativas na condução do processo, como os acordos de procedimento e requerimentos conjuntos, os sujeitos do processo poderão unir-se temporariamente para a prática de atos processuais, devendo ser-lhes reconhecida zona de interesse para tanto. Esta migração pode ser chamada de "pendular", já que, após a prática do(s) ato(s) em conjunto, os sujeitos retornam à polaridade inicial, retomando o formato clássico de contraposição de posições.

Por outro lado, a atuação despolarizada, independentemente de qualquer referência à lide, ao direito subjetivo ou à pretensão, é o caminho a ser seguido nos casos de fracionamento do mérito, já que todas as partes e terceiros podem ter interesse e legitimidade para impugnar um elemento da relação jurídica *sub judice*, desde que respeitada a utilidade atual e concreta para a esfera jurídica do interessado.

---

157 MAZZEI, Rodrigo. "A 'intervenção móvel' da pessoa jurídica de direito público na ação popular e ação de improbidade administrativa (art.6°, §3° da LAP e art.17§3° da LIA)", *Op.cit., loc.cit.*

Em todas essas categorias ou espécies de migração, muitas outras questões seriam dignas de análise. A moldura apresentada é apenas uma referência genérica.

Não obstante, haverá muitos casos em que, apesar da possibilidade geral de migração, diante de específicas situações processuais, a mudança de polo não será autorizada. A vedação geralmente observar-se-á para a proteção de direitos de terceiros ou para a preservação da confiança legítima das partes na manutenção de comportamentos anteriores. Entram em jogo as preclusões, não só as temporais, como também as lógicas e consumativas. Assim, pensamos que a troca de governos não permite uma desmedida, sucessiva e incompatível troca de polos pelo ente público, se tiver sido criada expectativa legítima, aos demais sujeitos, de manutenção de condutas processuais já tomadas.[158]

Teríamos que analisar também a revogabilidade dos atos processuais, e se, ao mudar de polo, as condutas processuais tomadas pelo sujeito a partir de então seriam compatíveis com atos anteriormente praticados. Lembremos que o exercício da defesa, p.ex., torna litigiosa a coisa, impõe ônus probatórios, exige programação e avaliações que passam desde a coleta de documentos até a formulação de alegações para a linha argumentativa do litigante. Deve haver preservação, não só do contraditório e ampla defesa, dos direitos de terceiros, como também se impõe um juízo de eficiência, evitando que o processo, por conta da migração, tenha que retornar a etapas anteriores.

5.2.Encargos de sucumbência. Remessa necessária. Impossibilidade de migração.

No que se refere às consequências da aplicação desse formato despolarizado, algumas linhas introdutórias também podem ser desenvolvidas aqui.

Em nosso entender, a transferência de polo faz escapar dos encargos de sucumbência em sua totalidade. A atuação conjunta pela satisfação de um mesmo interesse material corrói a ideia vetora da causalidade para a condenação nas despesas processuais e permite, se não a exclusão total do migrante do pagamento das despesas, ao menos sua redução.

É claro que, se a migração ocorrer em momento muito precoce do processo, pode-se sustentar a redução substancial da condenação nas despesas (art.21,

158 Luiz Manoel Gomes Jr., que afirma que o ente pode passar do pólo passivo para o pólo ativo, mas não o inverso. Mancuso e Bueno entendem ser possível a migração para que o amadurecimento da questão, ao longo do processo, possibilite uma melhor tomada de posição da administração pública em torno da melhor realização do interesse público. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular. Op.cit.*, p.174-176; BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro. Op.cit.*, p.263-264. Concordamos com os ilustres professores. Desde que a questão não seja uma mera divergência político-partidária, o dinamismo da relação processual impõe que a migração seja possível durante o processo. Porém, como afirmamos no texto, deve haver respeito aos direitos de terceiro, como também pode ser que, à luz das preclusões e da irrevogabilidade de atos processuais, não seja mais possível a troca de pólo em um dado momento do procedimento.

parágrafo único, CPC); se ocorrer num marco temporal adiantado, próximo da decisão definitiva, a migração deve ser desconsiderada para esses fins, caso contrário poderia ser usada como um subterfúgio para eximir-se do pagamento diante da iminente derrota. Aplicável aqui é a disciplina de condenação proporcional nos encargos da sucumbência prevista em lei para partes e terceiros, a depender da intensidade de sua atuação em favor do interesse material derrotado (arts.19 §1°, 20 §1°, 21, 23, 32, todos do CPC).

Impõe-se diferenciar ainda se estamos diante da migração num quadro de litisconsórcio. Isso porque, quando não há pluralidade de partes, existe necessidade de impor a um dos litigantes os custos do processo e vemos com dificuldade a redução, mesmo proporcional, desses custos. No entanto, quando houver litisconsórcio, a migração pode reduzir proporcionalmente a condenação do migrante, sem deixar de impor aos demais litisconsortes o custo econômico da litigância, aplicável a esses o princípio da causalidade.

No que tange à remessa necessária, também esse instituto pode sofrer repercussões da migração entre polos. Isso porque, ao migrar da posição de réu para juntar-se ao autor, a atuação conjunta da administração pública com o autor faz entender que a função protetiva[159] que o duplo grau obrigatório possui em relação à sucumbência estatal não se observa mais.

Por fim, cabe destacar que, na exata medida em que houver pedidos formulados contra o sujeito do processo, não pode este pretender migrar para outro polo para escapar da responsabilidade ou de uma sentença de procedência favorável ao requerente. Seria inimaginável que estivesse no âmbito da vontade do requerido a disposição sobre o pedido de outrem. Se sua migração pode reduzir-lhe os encargos de sucumbência, não apaga o pedido formulado, a não ser que dele disponha o próprio requerente.

6.Breve conclusão.

Nosso objetivo, no presente estudo, foi identificar se existe a possibilidade de migração interpolar na demanda, ou ainda se seria defensável uma atuação dos sujeitos do processo que poderia ser definida como "despolarizada". Parece-nos, como já antecipado, que a resposta é afirmativa.

Ao indagarmos quais seriam as dificuldades para imaginar a prática de atos processuais sem uma referência polar ou bipolar, identificamos uma situação doutrinária de desenvolvimento insuficiente da legitimidade *ad causam* e do interesse de agir, conceitos jurídico-processuais construídos sob premissas antigas e que não conseguem responder aos contornos modernos do processo civil. Essas condições da ação não se adéquam a procedimentos executivos e de certificação fática, bem aos acordos procedimentais e soluções cooperativas. Além disso, são

159 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, vol IV, 3ª Ed., 2008, p.332.

institutos que limitam por demais a intervenção de terceiros e que não se coadunam com as técnicas declaratória e de fracionamento da resolução do mérito.

Na impossibilidade de estendermos, nessa sede, todos os temas correlatos, as objeções à tese e suas infindáveis aplicações práticas, deixaremos para outra oportunidade um tratamento mais abrangente. Esperamos, contudo, que de todo o exposto possamos ter despertado a atenção dos leitores não só para este tema quase inexplorado das migrações entre polos da demanda, mas também para a constatação de que o estudo das condições da ação ainda não está superado. Muito ainda há para desenvolver.

As novas e futuras gerações são e serão chamadas a estudar a ação à luz da multiplicidade de mecanismos de tutela hoje existentes, e diante das realidades processuais cambiantes, que refletem, no processo, o dinamismo da vida moderna.

7. Bibliografia.

ABRANTES, Guilherme de Mattos. "A legitimidade ativa e passiva nas ações de nulidade de marcas e patentes", *in Revista dos Tribunais*, ano 94, vol.842, dezembro, 2005.

ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. "O conteúdo eficacial da sentença da ação popular: sobrevive uma ação de direito material coletiva?", *in* DIDIER JR, Fredie e MOUTA, José Henrique (Coord.). *Tutela Jurisdicional Coletiva.* Salvador: Jus Podivm, 2008.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Coisa julgada progressiva e resolução parcial do mérito. Instrumentos de brevidade da prestação jurisdicional.* Curitiba: Juruá, 2008.

ARMELIN, Donaldo. "Ação Civil Pública: legitimidade processual e legitimidade política", *in* SALLES, Carlos Alberto de (Org). *Processo Civil e Interesse Público.* São Paulo: RT, 2003.

_____. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro.* São Paulo: RT, 1979.

ASSIS, Araken de. *Manual da Execução.* São Paulo: RT, 11ª Ed., 2007.

ATTARDI, Aldo. *"Interesse ad agire", in Digesto delle discipline privatistiche.* Sezione Civile, IX, Torino, 1993.

_____. *L'interesse ad agire.* Padova: CEDAM, 1958.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária", *in Revista de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara,* ano III, n.9, set-dez, 1969.

_____. "Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária", *in Revista dos Tribunais,* ano 58, v. 404, junho de 1969.

_____. "Condomínio de edifício de apartamentos: capacidade para ser parte e legitimação para agir. Caução", *in Temas de Direito Processual.* São

Paulo: Saraiva, 1977.

BAUMBACH, Adolf. *Elementarbuch des Zivilprozesses.* München: C.H.Beck, 2ª Ed., 1941.

BAUMGÄRTEL, Gottfried. "*Treu und Glauben im Zivilprozeß*", *in Zeitschrift für Zivilprozeß*, 86.Band, Heft 3, 1973.

BAUR, Fritz e GRUNSKY, Wolfgang. *Zivilprozeârecht.* Kriftel: Luchterhand, 10. Auflage, 2000.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. "Legitimidade processual e legitimidade política", *in* SALLES, Carlos Alberto de (Org.). *Processo Civil e interesse público.* São Paulo: RT, 2003.

BERRIAT SAINT-PRIX, M. *Cours de Procédure Civile e Criminelle.* Bruxelles: Stapleau, 5ª Ed., tomo I, 1823.

BLOMEYER, Arwed. *Zivilprozessrecht. Erkenntnisverfahren.* Berlin: Duncker & Humblot, 2ª Ed., 1985.

BRÜGGEMANN, Dieter. "*Unausgebildete Gegnerschaftsverhältnisse*", *in Zeitschrift für Zivilprozeß*, 81.Band, 1969.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro.* São Paulo: Saraiva., 2ª Ed., 2008.

BÜLOW, Oskar von. "*Die neue Prozessrechtswissenschaft und das System des Civilprozessrechts*", *in Zeitschrift für deutschen Cvilprozeß*, XXVII, 1900.

CABRAL, Antonio do Passo. "*Interesse ad agire e zone di interesse*", *in Civil Procedure Review*, v. 1, p. 154-181, 2010, disponível em www.civilprocedurereview.com, acessado em 18.04.2012, também publicado em DIDIER JR., Fredie (Org.). *Teoria do Processo - Panorama Doutrinário Mundial* - 2ª Série, Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 95-116.

_____. "Imparcialidade e impartialidade. Por uma teoria sobre a repartição e incompatibilidade de funções no processo civil e penal", *in Revista de* Processo, vol.149, julho, 2007.

_____. "O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva", *in Revista de Processo*, Ano 30, vol.126, agosto de 2005.

_____. "O novo Procedimento-Modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas", *in Revista de Processo*, vol.147, maio de 2007.

_____. "Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial", *in Revista de Direito Administrativo*, vol.234, dezembro de 2003, também publicado na *Revista de Processo*, vol.117, setembro-outubro de 2004.

CADIET, Loïc. "*Conventions relatives au procès en droit français*", *in Revista de Processo*, ano 33, n.160, junho, 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, vol.I, 2ª ed., 1999.

CAPONI, Remo. "*Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*", *in*

Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, anno LXII, n.3, supplemento, 2008.

CARNEIRO, Athos Gusmão. "Mandado de Segurança - Assistência e *amicus curiae*", *in Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n.24, jul-ago, 2003.

_____. *Intervenção de terceiros*. São Paulo: Saraiva, 17ª Ed., 2008.

_____. "Da intervenção da União Federal como *amicus curiae*. Ilegitimidade para, nesta qualidade, requerer a suspensão dos efeitos da decisão jurisdicional. Leis n.8.437/92, art.4º e n. 9.469/97, art.5º", *in Revista Forense*, vol.363, setembro-outubro, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. *Istituizioni del nuovo processo civile italiano*. Roma: Foro Italiano, 2ª Ed., 1941.

_____. *Lezioni di diritto processuale civile*. Padova: CEDAM, ristampa, volume I, 1930.

CHIOVENDA, Giuseppe. "*Azioni e sentenze di mero accertamento*", in *Saggi di Diritto Processuale*. Milano: Giuffré, Reedição de 1993, vol.III.

_____. "*L'azione nel sistema dei diritti*", in *Saggi di Diritto Processuale*. Milano: Giuffré, Reedição de 1993, vol.I.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, vol IV, 3ª Ed., 2008.

COMOGLIO, Luigi Paolo. "*Premesse ad uno studio sul principio di economia processuale*", *in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno XXXII, n.2, junho, 1978.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Interesse de agir na ação declaratória*. Curitiba: Juruá, 2002.

DIDIER JR. Fredie. "A intervenção judicial do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (art.89 da Lei Federal 8.884/1994) e da Comissão de Valores Mobiliários (art.31 da Lei Federal 6.385/1976)", *in Revista de Processo*, n.115, maio-junho, 2004.

_____. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. "O princípio da cooperação: uma apresentação", *in Revista de Processo*, ano 30, n.127, set.2005.

_____. "Um réquiem às condições da ação. Estudo analítico sobre a existência do instituto", *in Revista Forense*, ano 96, vol.351, jul-set, 2000.

DIDIER JR., Fredie e ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Podivm, vol.4, 2a Ed., 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, vol.II, 3ª Ed., 2003.

_____. *Intervenção de terceiros*. São Paulo: Malheiros, 4ª Ed., 2006.

_____. *Litisconsórcio*. São Paulo: Malheiros, 7ª Ed., 2002

DONOSO, Dênis. "Alienação de bens do cônjuge alheio à execução: análise

crítica ao novo art.655-B do CPC, sua (in)constitucionalidade e instrumentos de defesa", *in Revista Dialética de Direito Processual*, n.68, novembro, 2008.

FABIANI, Ernesto. "*Interesse ad agire, mero accertamento e limiti oggettivi del giudicato*", *in Rivista di Diritto Processuale*, 1998.

FAZZALARI, Elio. "*La dottrina processualistica italiana: dall''azione' al 'processo' (1864-1994)*", *in Rivista di Diritto Processuale*, n.4, 1994.

_____. *Istituzioni di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 8ª Ed., 1996.

FERRAND, Frédérique. "*The respective role of the judge and the parties in the preparation of the case in France*", *in* TROCKER, Nicolò e VARANO, Vicenzo (Ed.). *The reforms of civil procedure in comparative perspective*. Torino: G.Giappichelli, 2005.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da ação. Enfoque sobre o interesse de agir*. São Paulo: RT, 3ª Ed., 2005.

FRIEDENTHAL, Jack.H., KANE, Mary Kay e MILLER, Arthur R. *Civil procedure*. St.Paul: West, 3ª Ed., 1999.

FUX, Luiz. *O novo processo de execução: o cumprimento de sentença e a execução extrajudicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GARSONNET, E., e CÉZAR-BRU, Ch. *Précis de Procédure Civile*. Paris: Sirey, 9ª Ed., 1923.

GOMES JR., Luiz Manoel. "Ação Popular - alteração do polo jurídico da relação processual - considerações", *in Revista Dialética de Direito Processual*, vol.10, janeiro, 2004.

GOTTWALD, Peter. "*About the extension of collective legal protection in Germany*", in Revista de Processo, v.32, n.154, dezembro, 2007.

GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. "Existem legitimações puramente processuais?", *in Revista Dialética de Direito Processual*, n.65, agosto, 2008.

GRASSO, Eduardo. "*Note per un rinnovato discorso sull'interesse ad agire*", *in Studi in onore di Gioacchino Scaduto*. Padova: CEDAM, Diritto Pubblico, IV, 1970.

GRECO, Leonardo. "Ações na execução reformada", *in* SANTOS, Ernani Fidelis dos, *et alii* (Coords.). *Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Jr.* São Paulo: RT, 2007.

_____. *A teoria da ação no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. *Processo de Execução*. Rio de Janeiro: Renovar, vol.I, 1999.

GREGER, Reinhard. "*Verbandsklage und Prozeßrechtsdogmatik - Neue Entwicklungen in einer schwierigen Beziehung*", *in Zeitschrift für Zivilprozeß*, 113. Band, Heft 4, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. "Ação civil pública e ação popular: aproximações e diferenças", *in* SALLES, Carlos Alberto de (Org.). *Processo Civil e interesse público*. São Paulo: RT, 2003.

_____. "Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre legitimação e coisa julgada", *in Revista Forense*, ano 98, vol.361, maio-junho, 2002.

GRUNSKY, Wolfgang. *Grundlagen des Verfahrensrechts.* Bielefeld: Gieseking, 2ª Ed., 1974.

HABSCHEID, Walther J. *Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht.* Basel und Frankfurt am Main: Helbing und Lichtenhahn, 2a Ed., 1990.

HIRTE, Heribert. "*Der* amicus-curiae-brief - *das amerikanische Modell und die deutschen Parallelen*", *in Zeitschrift für Zivilprozeâ*, 104. Band, Heft 1, 1991.

JAUERNIG, Othmar. *Zivilprozessrecht.* München: C.H.Beck, 28ª Ed., 2003.

LAMY, Eduardo Avelar de. *Princípio da fungibilidade no processo civil.* São Paulo: Dialética, 2007.

LANFRANCHI, Lucio. "*Note sull'interesse ad agire*", *in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile,* ano XXVI, n.3, 1972.

LEIPOLD, Dieter. "*Die Verbandsklage zum Schutz allgemeiner und breitgestreuter Interessen in der Bundesrepublik Deutschland*", *in* GILLES, Peter (Hrsg). *Effektivität des Rechtsschutzes und verfassungsmäßige Ordnung.* Berlin: Carl Heymanns, 1983

LENT, Friedrich. "*Zur Unterscheidung von Lasten und Pflichten der Parteien im Zivilprozeß*", *in Zeitschrift für Zivilprozeß,* 67.Band, Heft 5, 1954

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil.* Trad..Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LÜKE, Gerhard. "*Betrachtungen zum Prozeßrechtsverhältnis*", *in Zeitschrift für Zivilprozeß,* 108 Band, Heft 4, 1995.

LÜKE, Wolfgang. *Zivilprozessrecht.* München: C.H.Beck, 9ª Ed., 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular.* São Paulo: RT, 5ª Ed., 2003.

_____. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir.* São Paulo: RT, 6ª Ed., 2004.

_____. "Titularidade do direito, legitimação para agir e representação processual", *in Revista dos Tribunais,* ano 89, vol.771, janeiro, 2000.

MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di Diritto Processuale Civile.* Torino: G.Giappichelli, 30ª Ed., 2000.

MARINELLI, Marino. *La claosola generale dell'art.100 C.P.C. Origini, metamorfosi e nuovi ruoli.* Trento: Alcione, 2005.

MAZZEI, Rodrigo. "Ação popular e o microssistema da tutela coletiva", *in* DIDIER JR, Fredie e MOUTA, José Henrique (Coord.). *Tutela Jurisdicional Coletiva.* Salvador: Jus Podivm, 2008.

_____. "A 'intervenção móvel' da pessoa jurídica de direito público na ação popular e ação de improbidade administrativa (art.6°, §3° da LAP e art.17§3° da LIA)", *in* DIDIER JR., Fredie, ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coords.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre terceiros no processo civil e assuntos afins.* São Paulo: RT, 2007

MEIRELES, Edilton. "Função do título executivo e a legitimidade na execução",

in Revista Ltr, vol.64, n.5, maio, 2000.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: RT, 2002.

MERLIN, Elena. "*Mero accertamento di una questione preliminare?*", *in Rivista di Diritto Processuale*, 1995.

MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e colaboração*. Tese de doutorado apresentada à UFRGS, 2007,no prelo.

MONACIANI, Luigi. *Azione e legittimazione*. Milano: Giuffré, 1951.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 10ª Ed., 2005.

MONTESANO, Liugi. "*Questioni preliminari e sentenze parziali di merito*", *in Rivista di Diritto Processuale*, vol.XXIV, II, 1969.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2000.

MOREL, René. *Traité Élémentaire de Procédure Civile*. Paris: Sirey, 10ª Ed., 1949.

MÜLLER, Thomas M. *Gesetzliche und prozessuale Parteipflichten*. Zürich: Schultess, 2001.

NEIVA, José Antônio Lisboa. "Questões processuais envolvendo propriedade industrial", *in Revista Jurídica Consulex*, ano VI, n.128, maio, 2002.

_____. *Improbidade Administrativa. Estudo sobre a demanda na ação de conhecimento e cautelar*. Niterói: Impetus, 2ª Ed., 2006

NERY JR. Nelson. "Legitimidade para argüir a incompetência relativa", *in Revista de Processo*, ano 13, n.52, out-dez, 1988.

NIKISCH, Arthur. *Zivilprozeßrecht*. Tübingen: Mohr, 1950.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, eficiência*. São Paulo: RT, 2007.

PINTO, Nelso Luiz. "A legitimidade ativa e passiva nas ações de usucapião", *in Revista de Processo*, ano 16, n.64, out-dez, 1991.

POHLE, Rudolf. "*Zur Lehre vom Rechtsschutzbedürfnis*", *in Festschrift für Friedrich Lent zum 75. Geburtstag*. Müenchen: CH Beck, 1957.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, tomo I, 2ª Ed., 1979.

REIS, José Alberto dos. "Legitimidade das partes", *in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, ano IX, 1925-1926.

_____. *Processo de Execução*. Coimbra: Coimbra Ed., 1985, reimpressão.

RICCI, Edoardo F. "*Sull'accertamento della nullità e della simulazione dei contratti come situazioni preliminari*", *in Rivista di Diritto Processuale*, 1994.

RODRIGUES, Geisa de Assis. "Da ação popular", *in* FARIAS, Cristiano Chaves de e DIDIER JR., Fredie (Coords.). *Procedimentos especiais cíveis: legislação extravagante.* São Paulo: Saraiva, 2003.

SATTA, Salvatore e PUNZI, Carmine. *Diritto Processuale Civile.* Padova: CEDAM, 30ª Ed., 2000.

SATTA, Salvatore. *"A proposito dell'accertamento preventivo", in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile,* ano XIV, 1960.

SCHMIDT, Lélio Denicoli. "O INPI nas ações de nulidade de marca ou patente: assistente ou litisconsorte?", *in Revista de Processo,* ano 24, n.94, abril-junho, 1999.

SCHÖNKE, Adolf. *Lehrbuch des Zivilprozessrechts.* Karlsruhe: C.F. Müller, 7ª Ed., 1951.

SILVA, Paula Costa e. "A ordem do juízo de D.João III e o regime processual experimental", *in Revista de Processo,* n.156, fevereiro, 2008.

SOUZA, André Muniz de. "O INPI como interveniente especial nas ações de nulidade: nova interpretação conforme a Lei de Propriedade Industrial", *in Revista de Processo,* n.119, 2005.

TARUFFO, Michele. *"Some remarks on group litigation in comparative perspective" in Duke Journal of Comparative and International Law,* n.11, 2001.

TAVARES, Osvaldo Hamilton. "A CVM como 'amicus curiae'", *in Revista dos Tribunais,* n.690, abril, 1993.

TESHEINER, José Maria Rosa. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil.* São Paulo: RT, 2001.

TRZASKALIK, Christoph. *Die Rechtsschutzzone der Feststellungsklage im Zivil- und Verwaltungsprozeß.* Studien zur Fortentwicklung des Rechtsschutzverständnisses. Berlin: Duncker & Humblot, 1978.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *A* causa petendi *no processo civil.* São Paulo: RT, 2a Ed., 2000.

VERDE, Giovanni. *"Sulla 'minima unità strutturale' azionabile nel processo (a proposito di giudicato e di emergenti dottrine)", in Rivista di Diritto Processuale,* 1989.

WACH, Adolf. *"Der Rechtsschutzanspruch", in Zeitschrift für deutschen Cvilprozeß,* XXXII, 1904.

_____. *Der Feststellungsanspruch. Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch.* Reimpressão do original, 1888

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. "Fungibilidade de meios: uma outra dimensão do princípio da fungibilidade", *in* NERY JR., Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais.* São Paulo: RT, 2001.

_____. "O óbvio que não se vê: a nova forma do princípio da

fungibilidade", *in Revista de Processo*, ano 31, n.136, julho de 2006.

WATANABE, Kazuo. "Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir", *in Revista de Processo*, ano IX, n.34, abril-junho, 1984.

ZANETI JR. Hermes. "A legitimação conglobante nas ações coletivas: a substituição processual decorrente do ordenamento jurídico", *in* ASSIS, Araken de *et alii* (Coords.). *Direito Civil e Processo. Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. São Paulo: RT, 2008.

ALIENAÇÃO PARENTAL: DIAGNOSTICAR, PREVENIR E TRATAR

BEATRICE MARINHO PAULO*

1 - Introdução e conceito:

No início do mês de julho de 2010, jornais e noticiários televisivos anunciaram a aprovação, pelo Senado, do Projeto de Lei da Câmara 20/2010 (1), que dispõe sobre a Alienação Parental, considerando-a uma forma de ferir o direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, eis que prejudica a realização do afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar, constituindo abuso moral contra a criança ou adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda. O PLC prevê que a guarda do filho deve ser atribuída ou alterada, nas hipóteses em que a guarda compartilhada for inviável, dando-se preferência ao genitor que viabilizar a efetiva convivência dele com o outro genitor, e que, caracterizados, em ação autônoma ou incidental, atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência da criança ou adolescente com o genitor, o juiz poderá aplicar diversas medidas processuais, a fim de inibir ou atenuar seus efeitos, sem prejuízo de eventual responsabilização civil ou criminal. Entre as medidas previstas para serem aplicadas pelo juiz, segundo a gravidade de cada caso, estão: advertência, ampliação do regime de convivência, multa, acompanhamento psicológico, fixação cautelar de domicílio, inversão da guarda e suspensão da autoridade parental.

Alienação Parental é um termo criado na década de 80, pelo Dr. Richard Gardner, um psiquiatra americano. Infelizmente, trata-se de um fenômeno tão comum e corriqueiro que dificilmente deixou de ser observado por uma pessoa em nossa sociedade, mesmo que essa pessoa não trabalhe diretamente com famílias e seus conflitos, nem tenha ouvido antes a expressão. Consiste em uma forma de abuso emocional, geralmente iniciado após a separação conjugal, no qual um genitor (o

* Psicóloga-Perita do Grupo de Apoio Técnico Especializado do Ministério Público/RJ. Autora e Coordenadora do livro "Psicologia na Prática Jurídica: a Criança em Foco". Doutoranda e Mestre em Psicologia pela PUC-Rio e Mestre em Direito pela UGF. Professora de Psicologia Aplicada ao Direito, na Universidade Estácio de Sá. Especialista em Psicologia Jurídica, pela Universidade Estácio de Sá. Especializanda em Direito Especial da Criança e do Adolescente, pela UERJ.

guardião)[1] passa a fazer uma campanha desqualificadora e desmoralizadora do outro genitor, visando afastar dele a criança e destruir o vínculo afetivo existente entre os dois, utilizando diversas manobras e artifícios para dificultar ou impedir o contato entre eles e para "programar" a criança para rejeitar ou mesmo odiar o outro genitor. No dizer de Mônica Jardim Rocha (2), "é uma maldade discreta disfarçada pelo sentimento de amor e dos cuidados parentais", na qual o genitor alienador esquece-se de sua principal função, em relação ao outro - respeitar e promover o relacionamento dele com o filho, incentivando a convivência dos dois -, e também descumpre o dever de proteger a criança, causando, ao invés disso, danos em sua estrutura emocional. Como todo abuso emocional, é uma violência difícil de ser detectada. Acontece dentro dos lares, sem evidências imediatas.

O processo de alienação se inicia quando o genitor alienador, utilizando o filho como instrumento de vingança contra o genitor alienado, busca monitorar não apenas o tempo, como também os sentimentos da criança para com o outro, tentando controlar inteiramente os dois fatores. Caprichoso, o alienador faz de tudo para silenciar toda e qualquer expressão de afeto da criança em relação ao outro genitor, chegando alguns a cometer algo ainda mais grave, ao acusar falsamente o outro de ter cometido maus tratos ou mesmo abuso sexual incestogênico contra o filho de ambos. A criança, desconsiderada inteiramente enquanto sujeito e reduzida a objeto do desejo do genitor alienador, afastada do outro genitor, acaba desenvolvendo uma relação simbiótica com o genitor patológico, tornando-se una, inseparável dele, e aceitando tudo o que este afirma como sendo correto e verdadeiro. A verdade do alienador passa a ser a verdade da criança, que, acreditando nas falsas assertivas ditas pelo guardião, vive, muitas vezes, uma falsa existência, repleta de falsas memórias, geradas pela repetição sistemática que ela é levada a fazer. Sem discernir as manipulações que sofre, ela desenvolve afetos negativos pelo genitor alienado, a quem passa a perceber como um intruso, invasor, convencida de que deve se manter afastada dele, como quer o alienador.

Conforme salienta Rosana Barbosa Cipriano Simão (3), o pai ou a mãe que, autoritariamente, inviabiliza ou dificulta o contato do filho com o outro genitor exerce abusivamente seu poder parental, especialmente, quando há prévia regulamentação de visitas. Da mesma forma, continua a autora, o pai ou mãe que frustra no filho a justa expectativa de conviver com o outro genitor, com o qual não reside, viola e desrespeita os direitos da personalidade do menor em formação, cabendo aos operadores de direito coibir tais procedimentos e dar efetividade às garantias constitucionais, protegendo os direitos de crianças e adolescentes, prioridades absolutas do Estado Democrático de Direito. Por estas razões, Rosana Cipriano defende que o combate à Alienação Parental é questão de interesse público, ante ao interesse social na formação de indivíduos plenos, providos em suas necessidades psíquicas e a salvo de abusos morais, para o que se faz necessário exigir uma paternidade / maternidade responsável, compromissada com as imposições constitucionais, e com a higidez mental das crianças.

1 No PLC 20/2010, há previsão de que o alienador pode ser não apenas um dos genitores, como também avós ou qualquer pessoa que tenha a criança ou o adolescente sob sua guarda, autoridade ou vigilância.

2 - Fundamentos da Alienação:

Décadas atrás, a ocorrência do fenômeno era impensável, pois vivíamos em uma sociedade com conceitos estanques sobre o casamento - indissolúvel! - e os papéis que homens e mulheres desempenhavam nele - a mulher cuidava da casa e dos filhos e o homem era, antes de tudo, o provedor, além de impor ordem e limites, quando necessário. Assim, cabia naturalmente à mulher, quando havia a separação, ainda que de fato, a guarda dos filhos, e o pai ficava restrito ao pagamento dos alimentos e a visitas quinzenais, em dias predeterminados, que, no dizer de Maria Berenice Dias (3), acabavam se tornando "encontros protocolares": uma "obrigação para o pai" e um "suplício para o filho". O vínculo afetivo tornava-se cada vez mais frouxo com aquele contato tarifado e a cumplicidade, que apenas a convivência traz, ficava perdida, acabando o pai e a criança por se tornarem distantes.

Estamos hoje vivendo em outra era. Mudou o conceito de família. Mudaram os papéis da mulher e do homem, da mãe e do pai. Por um lado, a evolução dos costumes arrancou a mulher de dentro de casa, levando-a a estudar, a trabalhar, a ter projetos de carreira. Por outro, arremessou o homem para dentro do ambiente doméstico, convocando-o a participar das tarefas do lar. Recriou-se a paternidade. Surgiu um pai mais próximo, capaz de cuidar dos filhos e de construir com eles relação de afeto e intimidade. Isto fez com que se questionasse a até então vista como natural exclusividade feminina na 'maternagem'. Os homens passaram a reivindicar a guarda dos filhos, quando separados, ou ao menos uma intensificação das visitas.

A lei, ao prever que a guarda dos filhos será dada ao genitor que tiver melhores condições de exercê-la, fomenta ainda mais o conflito surgido, pois, para obtê-la, cada um se esforça para demonstrar que o outro é um mau genitor, o que se degenera em uma "guerra" onde todos saem feridos - as crianças inclusive. A interdisciplinaridade faz com que o Direito preste mais atenção a questões de ordem afetiva, apontando para os danos emocionais causados pela ausência de convívio. É nesse contexto social que surgem fenômenos tais como a Alienação Parental e a Guarda Compartilhada.

Em relação ao contexto mais particular, ele é, em geral, marcado pela ruptura da vida conjugal de um casal, não aceita por um deles, que se sente abandonado, rejeitado ou traído pelo outro e, sem conseguir elaborar adequadamente o luto da separação, desencadeia uma tendência vingativa, que o leva a querer punir o outro, tirando dele o que tem de mais precioso: a convivência com o filho. Cego pelo ciúme - principalmente quando o outro já está em uma nova relação amorosa -, pela dor ou pela cólera, e, às vezes, também por sentimentos gerados por questões econômicas -, sentindo-se injusta e cruelmente tratado pelo outro, que pôs fim à relação ou aceitou com facilidade o término proposto, o genitor

alienador, emocionalmente frágil, chega a mudar repentinamente de cidade ou mesmo de país, sob o pretexto de um encontro amoroso ou uma oportunidade de trabalho, para afastar o filho da vida do outro, em quem só enxerga defeitos. Muitas vezes faz isso com o apoio de sua família, também disfuncional, o que reforça seu sentimento de estar com a verdade.

Algumas vezes, a alienação parental ocorre por superproteção do genitor alienador. É natural haver certa preocupação por parte do guardião quando o filho vai, pelas primeiras vezes, visitar o outro. Em pessoas saudáveis, essa ansiedade inicial diminui com o passar do tempo, mas em pessoas psicologicamente frágeis, ela pode aumentar cada vez mais, desencadeando o processo de alienação. Esses pais alienadores veem o mundo como perigoso e o outro genitor como uma ameaça em potencial. Desejam afastar a criança dele e de todas as pessoas que possam apresentar a ela versões diferentes das que o próprio alienador lhe conta.

3 - Consequências da Alienação:

Como consequência da alienação parental, o filho pode desenvolver problemas psicológicos e até transtornos psiquiátricos para o resto da vida. Alguns dos efeitos devastadores sobre a saúde emocional, já percebidos pelos estudiosos, em vítimas de alienação parental, são: vida polarizada e sem nuances; depressão crônica; doenças psicossomáticas; ansiedade ou nervosismo sem razão aparente; transtornos de identidade ou de imagem; dificuldade de adaptação em ambiente psicossocial normal; insegurança; baixa auto-estima; sentimento de rejeição, isolamento e mal estar; falta de organização mental; comportamento hostil ou agressivo; transtornos de conduta; inclinação para o uso abusivo de álcool e drogas e para o suicídio; dificuldade no estabelecimento de relações interpessoais, por ter sido traído e usado pela pessoa em quem mais confiava; sentimento incontrolável de culpa, por ter sido cúmplice inconsciente das injustiças praticadas contra o genitor alienado.

Além disso, existem também consequências na relação desse filho com os genitores: inicialmente, uma crise de lealdade entre ambos, na qual o afeto por um é entendido como uma traição pelo outro, o que faz com que o filho, muitas vezes, comece a contribuir para a campanha de desmoralização do genitor alienado. Com o tempo, o genitor alienado passa a ser rejeitado ou odiado pelo filho, tornando-se um forasteiro para ele, e tendo o vínculo que os une irremediavelmente destruído, caso tenha ocorrido o hiato de alguns anos sem convivência, principalmente quando esses anos foram os primordiais para a constituição do filho enquanto sujeito. Já o genitor alienador, patológico, torna-se o principal – às vezes único – modelo do filho, o que gera uma grande tendência de a criança reproduzir a patologia psicológica, no futuro. A relação estabelecida com o alienador é, em geral, simbiótica e com enorme grau de dependência, percebendo o filho como agressão qualquer coisa que a ameace, e se submetendo a constantes provas de lealdade ao genitor guardião.

Devido ao conflito de lealdade, o filho se sente pressionado a escolher um dos pais e, conforme nos ensina Lacan (4), é justamente essa escolha forçada que implica em alienação. Françoise Dolto (5), também assegura que a exclusão de um dos genitores da vida do filho constitui a anulação de uma parte dele, enquanto pessoa, representando a promessa de uma insegurança futura, já que somente a presença de ambos permitiria que ele vivenciasse de forma natural os processos de identificação e diferenciação, sem desequilíbrios ou prejuízos emocionais na constituição de sua personalidade. O filho precisa ter a chance de construir sua versão de cada genitor, a partir de seus próprios referenciais, e não a partir da interpretação do outro.

4 – A identificação do fenômeno:

Por todas as nefastas consequências, é importante que os profissionais de saúde mental que trabalham fazendo avaliações para subsidiar decisões nas Varas de Família estejam bem informados e preparados para realizar uma coleta de dados adequada, que, ao invés de beneficiar um genitor, promova a reestruturação dos vínculos parento-filiais, viabilizando o desenvolvimento emocional harmonioso e o bem-estar psicológico das crianças e adolescentes por eles avaliados. É primordial que psicólogos, psiquiatras e assistentes sociais conheçam os critérios de identificação da Alienação Parental, para poder diferenciar o ódio exacerbado que leva a um sentimento de vingança e à programação do filho para afastar-se do outro genitor, reproduzindo falsas denúncias contra ele, de situações em que o genitor rejeitado ou odiado realmente tenha comportamentos depreciáveis, que justifiquem a reação do filho. Somente o diagnóstico correto permite apontar o tratamento adequado, capaz de evitar uma sobreposição de traumas psicológicos para todas as pessoas envolvidas.

O mencionado PLC 20/2010, buscando dar ao Judiciário ferramentas mais adequadas para lidar com o tema, prevê que a perícia psicossocial deverá ser realizada por uma equipe interdisciplinar habilitada para diagnosticar o fenômeno. Tal habilitação, segundo o PL, deverá ser comprovada através do histórico profissional e/ou acadêmico de cada um dos profissionais membros da equipe. Richard Gardner (6), o psiquiatra que primeiro nomeou e sistematizou a alienação parental, apresentou uma descrição detalhada dos comportamentos das crianças e genitores alienadores, a fim de orientar os profissionais das diversas áreas nesta tarefa.

4.1 – Características da criança vítima de alienação:

Segundo a sistematização de Gardner, uma criança vítima de alienação parental, à primeira vista, pode não apresentar nenhum sintoma psicopatológico,

estando bem adaptada à escola e integrada socialmente. Geralmente, ela apresenta dificuldades no momento da visita do genitor alienado, recusando-se a sair com ele, sem nenhuma razão ou por razões inteiramente fantasiosas, como o medo infundado de ser maltratada pelo genitor[2]. Quando concorda com a visita, costuma apresentar justificativas que sabe que agradarão ao genitor alienador, como a obtenção de dinheiro, que coloca como único motivo para o "sacrifício"; e, na volta, relata apenas o que não lhe foi aprazível.

Ele manifesta ódio pelo genitor alienado, fazendo-lhe falsas acusações, pelas quais não demonstra remorso, e faz questão de não ser cooperativo ou amigável durante toda a visita, ou, quando é, tem crise de cólera ou raiva em algum momento, sem razão aparente. Mente, exagera ou disfarça a verdade, tentando manipular o interlocutor, e trata o genitor alienado como um verdadeiro inimigo ou um simples desconhecido cuja proximidade é percebida como agressão. O vínculo entre o genitor alienado e ele parece estar irremediavelmente perdido. Em geral, quando há irmãos sendo alienados, cada um deles se encontra em um estágio diferente do processo de alienação. Irmãos mais velhos vigiam os irmãos mais novos durante as visitas, tomando para si o encargo da manutenção da programação feita pelo genitor alienador. Quando o genitor alienado é taxado de incompetente, os mais velhos creem que devem assumir o seu papel, perante os mais novos; quando são apresentados como perigosos, sentem que devem proteger os irmãos. Os primogênitos podem relevar ou acentuar o discurso difamante do alienador, influenciando bastante os mais jovens. Algumas vezes, quando a campanha de desmoralização tem efeito sobre apenas uma parte dos filhos - ou quando há campanhas de desmoralização simultaneamente cruzadas -, a família se divide nitidamente em duas.

Outra pista bastante comum da existência de alienação parental é que o sentimento de repulsa ou animosidade desenvolvido contra o genitor alienado atinge também toda a sua família e amigos. O ódio demonstrado pelo filho é um sentimento maquinal e sem ambivalência, pois é constituído como uma formação reativa, numa tentativa de disfarçar o amor que sente pelo genitor alienado, não lhe sendo possível lidar com a mistura de sentimentos contraditórios, em razão do medo de desagradar o alienador. Por esta mesma razão, ele não demonstra culpa ou remorso nessa fase de intolerância a ambivalências geradas pelo conflito do amor que sente e do ódio que "deveria sentir". Tem um discurso pronto, com termos inadequados para sua faixa etária, e no qual os genitores são descritos de modo maniqueísta: um é inteiramente bom e o outro inteiramente mau. Apesar disso, afirma que ninguém o influencia e que chegou sozinho a todas as suas conclusões. Ele aprende cedo a manipular, falando apenas meias verdades, enredando-se em mentiras e emoções falsas, e torna-se prematuramente apto a decifrar o ambiente emocional.

2 Importante não ignorar que há casos em que abuso, negligência e maus-tratos estão realmente presentes, justificando a aversão e rejeição da criança, sem que esta esteja sendo vítima de Alienação Parental.

4.2 - Características do Genitor Alienador:

Segundo Gardner, o genitor alienador parece orientar todo o seu ser para a destruição da relação do filho com o outro genitor, fazendo tudo para corroê-la e para que os filhos deixem de ver o outro como um membro-chave da família, excluindo-o de suas vidas. Ele simplesmente é incapaz de reconhecer o filho como ser humano separado de si mesmo e busca desesperadamente controlar seu tempo e seu afeto pelo outro genitor. Além de insultar e desvalorizar o outro genitor na presença dos filhos, envolvendo todos que o cercam na "lavagem cerebral" dos filhos, e apontando-o sempre como alguém incapaz de tomar conta deles e não conveniente para o convívio, o genitor alienador costuma confidenciar aos filhos, com riquezas de detalhes, todas as más experiências e sentimentos negativos que tem, em relação ao outro genitor. Isto faz com que a criança absorva toda a negatividade em relação ao outro e se sinta no dever de proteger o alienador, que reforça de todas as maneiras que pode a ideia de que o filho não é mais amado pelo outro genitor.

Também é comum que o alienador: tome decisões importantes sobre os filhos, sem consultar o outro genitor; se recuse a chamar o filho ao telefone, para falar com o outro; intercepte as cartas e presentes que o outro genitor manda para os filhos; faça ameaças aos filhos de abandoná-los ou mandá-los viver com o outro genitor, caso eles busquem se comunicar de alguma forma com ele; desqualifique e proíba que os filhos usem os presentes dados pelo outro genitor; organize atividades para o filho no horário da visita do outro; saia de férias sem os filhos, mas deixe-os com qualquer outra pessoa que não o outro genitor, mesmo que ele esteja disponível e deseje o contato com eles; "esqueça-se" ou se recuse a dar informações importantes sobre os filhos para o outro, como informações sobre circunstâncias médicas ou escolares ou sobre atividades esportivas, artísticas, religiosas ou intelectuais de que os filhos participem; apresente seu novo companheiro como novo pai ou nova mãe das crianças, ao passo que se refere ao novo parceiro do outro genitor sempre de modo descortês; culpe o outro genitor por todos os maus comportamentos do filho, etc.

Apesar de simular, às vezes, certo esforço para convencer os filhos a visitar o outro, e uma falsa surpresa quando os filhos demonstram oposição ao genitor ausente, para o alienador, deixar que eles fiquem com o outro genitor é como arrancar uma parte de seu corpo. O alienador, entretanto, insiste que são os filhos que não se sentem bem quando são obrigados a ir visitar o outro genitor e que lhes é muito desagradável vê-lo. Ele não é cooperativo e qualquer pequena alteração nos planos de visita serve de pretexto para anulá-la, em geral, não respeita regras, considerando-as válidas somente para os outros, e desobedecendo reiteradamente sentenças. Ele se mostra incapaz de ver as situações por outro ângulo, que não o seu próprio, bem como de diferenciar verdade e mentira,

fazendo declarações inverossímeis, absurdas e inacreditáveis, mas sendo bastante hábil em convencer as pessoas do seu desamparo. Ele mostra, às vezes, grande resistência para ser examinado por profissionais independentes, que possam descobrir suas manipulações.

5 - Os três estágios da Alienação Parental e a sugestão de tratamento Prevenção de sua evolução para estágios mais graves:

Gardner estabeleceu três estágios de desenvolvimento da Alienação Parental, de acordo com o êxito que os esforços do alienador tiveram sobre o filho, sugerindo a forma de tratamento adequada para cada um deles. As características acima descritas podem estar ou não presentes, com maior ou menor intensidade, de acordo com o estágio em que a criança ou adolescente esteja. Segundo Gardner, no primeiro estágio, leve, apesar de haver, às vezes, alguma dificuldade no momento da visita, quando há a entrega do filho ao outro genitor, ela ainda acontece com tranquilidade e, uma vez distante do alienador, o filho cessa ou torna bem raras e discretas as manifestações de desmoralização do outro, mantendo sua ambivalência e sentimentos de culpa ou remorso normais, e não generalizando sua animosidade para a família e amigos do genitor alienado, nem fingindo situações e sentimentos inexistentes. Os laços do filho com ambos os genitores são ainda fortes e sadios e seu comportamento durante a visita é bom. Uma vez detectada a alienação parental, mister se faz que os profissionais intervenham de forma rápida, impedindo que chegue a causar danos irreversíveis. Sem intervenção externa ou ajuda psicológica, é improvável que o filho perceba sozinho a alienação de que é vítima. Entretanto, Gardner afirma que a terapia de nada adianta se a ação nefasta do alienador não for neutralizada. Caso a avaliação em separado de cada membro da família demonstre que a alienação ainda se encontra no estágio mais leve e que nenhum dos genitores oferece perigo real para os filhos, pode-se tentar a mediação extrajudicial, como forma de encontrar entendimento, evitando a judicialização do conflito familiar, que pode deteriorar dramaticamente a relação entre os genitores. Segundo Gardner, a simples confirmação da alienação, no estágio leve, pode ser suficiente para fazer cessar a campanha de desmoralização.

Entretanto, quando a alienação já atingiu outros estágios, não se pode mais contar com a boa vontade do alienador. Por não ter consciência de seu problema e não buscar a cura, o alienador não é, a princípio, candidato à terapia. Também para os filhos, a terapia tradicional se mostra ineficaz, tendo em vista que durante todo o resto do tempo, o alienador continua a doutriná-los. Para Gardner, a mera submissão a uma terapia só dá vantagem ao alienador, que se beneficia pelo decurso do tempo. Ele postula que qualquer intervenção terapêutica, nestes estágios, precisa estar apoiada em procedimento judicial, para ser eficaz. É necessária uma atuação interdisciplinar de profissionais das áreas jurídica, psicológica e social, para que se dê conta de tal demanda.

Em verdade, a criança que vivencia o processo de alienação parental tem violados e desrespeitados, direta e intencionalmente, os seus direitos, garantidos pela Convenção Internacional do Direito da Criança e do Adolescente, pela Constituição Federal Brasileira e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Ela deixa de ser percebida como sujeito de desejo para se tornar objeto de satisfação dos desejos do alienador, que a trata como propriedade sua, não restando ao genitor alienado outra alternativa a não ser recorrer ao Judiciário para ver garantido seu lugar na vida do filho. O Judiciário torna-se, então, uma metáfora paterna, colocando limites à atuação do alienador.

Glícia Barboza de Mattos Brazil (7) defende que reaproximar pais e filhos vítimas da alienação é um dos maiores desafios do Judiciário na atualidade, e que, embora não haja uma resposta fácil e nem mesmo comum entre todas as histórias, sendo necessário haver muita reflexão e sensibilidade por parte dos profissionais envolvidos, o certo é que todos, na Justiça, reconhecem a importância de manter o vínculo afetivo, ainda que não saibam como fazê-lo, e sabem que o tempo é inimigo do afeto. Segundo ela, o poder de coerção da lei e das decisões judiciais é de suma importância para que o alienador não continue exercendo de forma abusiva o seu poder sobre a criança. Ela sugere, como decisão judicial ideal, o restabelecimento imediato do convívio da criança com o alienado, paralelamente ao acompanhamento psicológico da família. Afirma que, na prática, a multa cominatória para o caso de inadimplemento, a configuração do crime de desobediência e a ameaça de inverter a guarda são as medidas judiciais que mais têm contribuído para a efetividade da determinação de retorno do convívio com o alienado, de nada adiantando a decisão sem tais sanções, muitas vezes tidas por leigos como radicais, mas que, segundo ela, são eficazes e efetivas no atendimento ao interesse da criança de se ver livre para expressar seu amor por quem quer que seja. Ela informa que a inversão de guarda muitas vezes põe fim ao sofrimento psíquico da criança, ainda que ela tenha uma dificuldade inicial de adaptação à nova situação.

5.1 - Descrição e tratamento proposto para o estágio médio:

O segundo estágio descrito por Gardner, o estágio médio, é marcado pela utilização de variadas táticas e estratégias, por parte do alienador, para excluir o outro genitor da vida da criança, que logo percebe o que agrada o alienador e passa a colaborar na campanha de desmoralização do outro, intensificando as manifestações de animosidade contra ele, principalmente no momento da visita, quando é feita a entrega. O filho, sem nenhuma culpa ou ambivalência, e negando qualquer influência externa, recusa-se a ir com o genitor alienado, usando argumentos numerosos e absurdos. Ele vê os dois genitores de forma maniqueísta; generaliza sua animosidade para todos os membros da família do outro, bem como para seus amigos; finge situações e sentimentos inexistentes; e

mantém um comportamento hostil e provocador durante as visitas, embora, depois de algum tempo afastado do alienador, possa ir se tornando mais cooperativo. Os laços com ambos os cônjuges ainda permanecem fortes, embora já patológicos.

Nesse estágio médio, Gardner recomenda que a guarda do filho permaneça com o alienador, pois, segundo ele, a campanha de desmoralização muitas vezes cessa e o filho consegue passar momentos tranqüilos na companhia do outro genitor, quando a guarda é estabelecida e o filho e o alienador não sentem mais sua relação ameaçada. Mas destaca a importância de que sejam estabelecidas sanções para o descumprimento das regras estabelecidas para as visitas ao genitor alienado, tais como o pagamento de multas, a redução da pensão alimentícia, a reversão da guarda ou prisão temporária. Segundo ele, tais penalidades teriam a dupla função de fazer o alienador corrigir sua conduta e servir como desculpa para os filhos realizarem as visitas, sem se sentirem, por isso, traindo ou decepcionando o guardião. Ele aponta também para a necessidade de o Judiciário realmente aplicar as sanções previstas, em caso de descumprimento das regras estabelecidas, sem restrições, e sugere que seja nomeado um terapeuta que conheça bem o fenômeno da Alienação Parental e esteja familiarizado com os métodos impositivos e constrangedores que a caracterizam, para aplicar um programa terapêutico preciso e intermediar os encontros entre o filho e o genitor alienado, relatando os descumprimentos ao Juiz.

Este terapeuta, que deve entrevistar e tratar todos os membros da família, para estabelecer ligações entre o que cada um diz, precisa ter uma comunicação fácil e direta com o Juiz, para reportar todas as obstruções que forem feitas ao tratamento e todas as formas de desrespeito aos direitos das crianças. Nessas circunstâncias, obviamente, o sigilo tradicional estaria modificado, pois o repasse dessas informações ao Juízo seria parte essencial do combate à alienação parental, sem o qual seria impossível debelá-la. Gardner ressalta a importância de o terapeuta conhecer bem as sanções previstas na sentença, bem como que elas sejam aplicadas sem dificuldades pelo Judiciário, preservando a credibilidade do Tribunal. Salienta também a necessidade de o alienador sentir o risco de perder, inclusive, a guarda do filho, como punição para sua conduta alienadora. Segundo Gardner, apesar da compreensível resistência do Judiciário em determinar a reversão da guarda - o que parece às vezes realmente impossível de ser feito, diante da relação simbiótica do filho com o alienador e da pouca cooperação que demonstra em relação ao genitor alienado -, é esta, muitas vezes, a única esperança de salvação para o filho e para o vínculo parento-filial.

5.2 – Descrição e tratamento proposto para o estágio grave:

Finalmente, o terceiro estágio, que Gardner denominou grave, é marcado pela intensificação de todos os sintomas até aqui existentes, e o aparecimento de uma

espécie de pânico, acompanhado de gritos e explosões de violência, diante da mera idéia da visita ao outro genitor, com quem o filho, perturbado por fantasmas paranóicos compartilhados com o alienador, tenta evitar qualquer contato. Esse fanatismo dificulta enormemente as visitas ao alienado, tornando-as praticamente impossíveis. Quando obrigado a ir, o filho pode fugir, manter-se paralisado por um terror mórbido ou comportar-se de maneira tão provocativa e destruidora que obriga o genitor alienado a levá-lo de volta para casa. Mesmo após algum tempo afastado do alienador, seu medo e sua cólera permanecem intactos, reforçando o laço que mantém com o alienador. Ele próprio faz forte campanha de desmoralização do genitor alienado, sem demonstrar culpa ou ambivalência; finge situações e sentimentos inexistentes; recusa-se a fazer qualquer coisa com o genitor alienado, usando justificativas múltiplas e fúteis; nega veementemente qualquer influência do alienador em suas opiniões e reações; generaliza a animosidade para qualquer pessoa que tenha alguma relação com o genitor alienado. O laço com o alienador permanece forte, embora patológico, mas o que havia com o alienado parece desfeito, em meio à patologia e à paranóia.

No estágio grave, Gardner recomenda que haja o completo afastamento do alienador, por um período, e se proceda, gradativamente, a reversão da guarda para o genitor alienado, com o objetivo de que o filho tenha uma experiência real deste genitor, percebendo que ele não é a pessoa perigosa ou desprezível que lhe descreveram. Para isso, Gardner idealizou um programa de intervenção terapêutica em crianças vítimas de alienação parental, no qual, acompanhado por um psicoterapeuta nomeado pela Justiça e com livre acesso ao Judiciário, o filho é levado para um local de transição para a efetivação da troca de guardião. De acordo com esse programa, a transição entre os genitores se faria em seis fases diferentes. Na primeira, o filho seria levado para o local de transição e teria todo contato com o alienador cortado, recebendo visitas cada vez mais longas e freqüentes do genitor alienado. Na segunda, o contato com o alienador permaneceria cortado, e as visitas passariam a ocorrer na casa do genitor alienado, tornando-se mais longas e frequentes, à medida que o filho se adapte à situação. Na terceira fase, ainda tendo o contato com o alienador cortado, o filho passaria a residir na casa do genitor alienado. Na quarta fase, o contato telefônico com o alienador seria aos poucos retomado, tornando-se mais frequente na medida em que ele demonstrasse total controle de sua obsessão em manipular o filho. Na quinta fase, o alienador passaria a visitar o filho na casa do outro genitor, na condição de controlar sua animosidade com relação e ele e a seus familiares. Finalmente, na sexta e última fase, o filho poderia fazer visitas breves e controladas à casa do alienador. À medida que as manifestações de programação desaparecessem, a criança poderia ir voltando a ter convivência normal com ambos os genitores.

Gardner sugere, como possíveis locais de transição: a casa de algum amigo ou conhecido que tenha ótima relação com a criança e que tenha consciência da gravidade da situação do alienador, com poder de proibir todo tipo de contato dele com o filho, durante a fase de separação, e dever de relatar ao Juízo toda

desobediência à sentença; um centro de acolhimento ou residência coletiva de crianças, com a vigilância mais organizada e controle maior do comportamento do filho - embora longe de ser o ideal, Gardner afirma que esse tipo de local tem a vantagem de tornar o filho mais cooperativo; ou um hospital psiquiátrico, cuja equipe tenha familiaridade com a alienação parental e contato fácil com o Juízo. Ele também afirma que seria interessante se o terapeuta encarregado do acompanhamento do caso tivesse ampla liberdade para modificar o tempo das visitas e decidir sobre sua frequência e extensão, o que tornaria mais prática a condução do programa.

6 - O trabalho terapêutico em casos de Alienação Parental:

Gardner estabelece algumas diretrizes a serem adotadas no trabalho terapêutico com cada genitor e com o filho submetido à alienação parental.

6.1 - O trabalho terapêutico com o genitor alienador:

Em relação ao alienador, Gardner alerta que, muitas vezes, ele comprova que já está fazendo terapia, tentando, assim, eximir-se da que foi imposta pelo Juízo, o que, segundo ele, não deve ser aceito pelo Magistrado, tendo em vista que o terapeuta do alienador é geralmente envolvido em uma relação patológica do tipo "loucura a dois" e usado para sustentar os interesses do seu paciente. Assim sendo, Gardner recomenda que o Juiz determine que o alienador siga o tratamento indicado paralelamente ao que faz em particular. Ele alerta ainda que, ao invés de recusar expressamente a terapia imposta pelo Judiciário, o alienador pode externar grande interesse, mas fazer todo o possível para sabotá-la, não sendo nada cooperativo.

Sugere Gardner que o terapeuta busque encontrar um aliado próximo ao alienador, de preferência de sua própria família. Alguém que identifique o exagero dele e tente convencê-lo do quão prejudicial aos filhos é sua conduta. Afirma o psiquiatra, entretanto, que encontrar esse aliado é tarefa difícil, já que todos parecem ter medo de se tornar alvo do alienador. A função do terapeuta, em relação ao alienador, então, segundo Gardner, é de tentar fazê-lo entender a importância do outro genitor na educação do filho e a possibilidade de desenvolvimento de diversas patologias no filho, caso ele insista na campanha desmoralizadora do outro. Além disso, considerando que essa campanha é, às vezes, apenas uma forma de o alienador continuar mantendo a relação com o outro, o terapeuta deve estimulá-lo a retomar a sua própria vida, encontrando novos interesses e até mesmo uma nova relação amorosa.

Devem ser investigadas as fontes da cólera manifestada pelo alienador, tratando-as terapeuticamente e, quando considerar que as questões financeiras não estão resolvidas de forma justa, contribuindo para o aumento dessa ira, o terapeuta deve levar a questão aos especialistas, comunicando-a ao juiz, sem no entanto manifestar às partes suas conclusões a este respeito, para não alimentar a revolta existente. Caso o alienador surja com a proposta de mudança do local de residência ou de cidade, alegando uma oportunidade de emprego ou um encontro amoroso, o terapeuta deve averiguar se não se trata de nova manobra para exclusão do outro genitor da vida dos filhos, comunicando ao juiz, caso seja esta a hipótese. Para Gardner, em caso de mudança de residência, a guarda do filho deve ser revertida para o outro genitor, de modo a manter a criança no local de origem.

6.2 - O tratamento terapêutico com a criança, vítima da alienação:

O tratamento dos filhos submetidos à alienação consiste, sobretudo, no fornecimento de informações e na desprogramação deles, conscientizando-os de terem sido vítimas de uma lavagem cerebral. Para isso, Gardner recomenda que o terapeuta tenha sempre em mente que a animosidade apresentada por eles contra o genitor alienado é algo fabricado para obter as boas graças do alienador, que descarrega seu ódio pelo ex-companheiro programando os filhos para serem desrespeitosos, desobedientes e turbulentos durante as visitas. Assim sendo, ele não deve dar crédito às alegações desses acerca do genitor alienado, focando-se, sobretudo, na realidade de suas experiências concretas e estimulando os filhos a tirarem conclusões baseadas em suas próprias observações e reflexões durante as visitas, ao invés de fundamentadas no que lhes é dito pelo alienador, bem como a formarem opiniões sobre a ocorrência ou não das terríveis previsões feitas por eles próprios ou pelo alienador, na visita, de acordo com o que viram e sentiram na ocasião.

Também deve o terapeuta compreender que, para não perder a afeição do guardião, os filhos, muitas vezes, necessitam de uma desculpa, tal como evitar a sanção prevista na sentença, para sair com o genitor alienado, podendo, assim, manter sua posição de odiá-lo. Por este motivo, é importante que eles estejam convencidos de que o Juiz realmente vá aplicar as sanções previstas na sentença, em caso de descumprimento. Sugeriu Gardner que o terapeuta procure lembrar aos filhos como era boa e profunda a relação que tinham com o genitor alienado antes da separação dos pais, e tente dissuadi-los da necessidade de agradar sempre os genitores, incentivando-os a dizer o que pensam e sentem verdadeiramente.

Gardner sugere que o momento da entrega dos filhos ao outro genitor, para a visita, fosse conduzido pelo terapeuta, no consultório dele. De acordo com a proposta de Gardner, o guardião e os filhos ficariam, primeiro, algum tempo com o

terapeuta; em um segundo momento, os filhos ficariam sozinhos, com o terapeuta; e, finalmente, o outro genitor entraria e ficaria um pouco ali, com os filhos e o terapeuta, antes de sair com eles. Quando fossem vários os filhos, em estágios diferentes de alienação, Gardner recomendou que as visitas fossem organizadas separadamente, para que cada um deles tivesse oportunidade de experimentar por si mesmo o convívio com o genitor alienado, desconstruindo todas as previsões feitas e não realizadas.

6.3 - O tratamento terapêutico com o genitor alienado:

Ao genitor alienado, deve ser explicado minuciosamente os mecanismos pelos quais a alienação parental se desenvolve, para que ele entenda que o inverso do amor não é o ódio, mas sim a indiferença, de modo que a animosidade dos filhos encobre, em verdade, sua afeição reprimida, por mais estranho que isto lhe pareça. Dessa forma, ele deve aprender a não dar muita importância aos ataques que lhes são dirigidos pelos filhos, entendendo-os como resultado da programação do genitor alienador. Deve lhe ser mostrado pelo terapeuta que, se as visitas continuam acontecendo, por mais difíceis que estejam sendo, é porque existe ainda o desejo por parte dos filhos, pois, quando eles realmente não querem mais ir, como no estágio grave de alienação, elas não acontecem. Caso necessário, ele pode se fazer acompanhar pela polícia, no momento da busca do filho, para legitimar seu direito e justificar a ida da criança perante o alienador. O terapeuta também deve explicar que os episódios de cólera que os filhos têm durante a visita são muitas vezes necessários para que eles tenham o que relatar ao genitor alienador, como síntese da visita, ainda que ignorando os outros 95% de bons momentos com o outro genitor. Os episódios de cólera podem também ser manifestação da confusão interna vivida pelos filhos, divido ao conflito existente entre os genitores.

Segundo Gardner, o genitor alienado deve ser orientado a não utilizar o filho em provocações hostis ao alienador, e a não insistir em saber dele se determinada alegação é verdadeira ou falsa. Ele deve aprender que o melhor antídoto para falsas alegações é uma vivência real e sadia e que uma relação baseada em amor verdadeiro é mais sólida que uma relação baseada no medo. Deve procurar, assim, criar um ambiente oposto ao oferecido pelo alienador, no qual o filho possa manifestar todas as suas impressões e sensações, quer sejam estas positivas ou negativas, com relação a ambos os genitores. Para isto, o genitor alienado deve, durante as visitas dos filhos, não pensar em nada além de se divertirem com eles, conversando sobre os bons tempos vividos juntos; multiplicando as atividades compartilhadas, os intercâmbios e brincadeiras "secretas", como decifrar palavras em um código que apenas eles têm acesso ou descobrir as canções preferidas uns dos outros.

7 - Casos de sucesso no combate dos efeitos da Alienação Parental:

De acordo com estudiosos da Alienação Parental, os genitores alienados que obtiveram êxito no combate a seus efeitos, eram pessoas equilibradas, racionais e razoáveis, que controlavam suas emoções e tinham capacidade acima da média para serem pais. Eles tinham princípios, respeitavam a Lei e amavam seus filhos acima de qualquer coisa, não os abandonando nunca, apesar do desânimo que às vezes os acometia. Cumpriam os horários de visita, mesmo quando os filhos não estavam em casa, comprovando sua assiduidade, contrariamente ao que o alienador dizia. Buscavam a paz e a solução dos conflitos mais que complicar a situação, apiedando-se do mal que havia sido feito e jamais usando as sentenças e outros documentos jurídicos como forma de convencimento dos filhos. Além disso, tais genitores alienados puderam e quiseram suportar os gastos necessários, e tiveram boa assessoria jurídica, de advogados que conheciam bem a alienação parental, as leis e o funcionamento dos tribunais, e que elaboraram relatos minuciosos dos acontecimentos, bastante úteis para demonstrar os fatos ocorridos aos Tribunais. Também conseguiram que fosse realizado um estudo psicossocial por profissionais qualificados, que diagnosticaram a alienação e não tiveram receio em recomendar a inversão da guarda.

8 - Guarda Compartilhada como meio de prevenção da Alienação Parental:

Na esperança ou tentativa de prevenir o estabelecimento da Alienação Parental, impedindo o distanciamento que esta provoca entre os filhos e os genitores alienados, grupos de genitores vítimas de Alienação, que não conseguiam conviver livremente com os próprios filhos, propuseram a adoção da Guarda Compartilhada como meio de garantir às crianças o direito fundamental de conviver com ambos os genitores e ter os dois participando ativamente de suas vidas e acompanhando de perto seu desenvolvimento. Surgiu a Lei da Guarda Compartilhada (8), estabelecendo esta modalidade de guarda como a preferencial para ser determinada pelo Juiz, em uma tentativa de se lidar com o problema, através do "desempoderamento" do genitor guardião e da sinalização da importância de ambos na vida do filho, que faz com que precisem compartilhar responsabilidades, direitos e deveres.

Infelizmente, alguns técnicos e magistrados, acreditam que o estabelecimento da Guarda Compartilhada deva ser condicionado a um bom entendimento entre os genitores. Tal pensamento é despropositado. Quando um casal parental se entende e mantém um relacionamento saudável, não há necessidade de se determinar judicialmente a Guarda Compartilhada, pois essa ocorre naturalmente. O problema se dá justamente quando o casal parental não é capaz de dialogar e de manter uma relação pelo menos cordial... Nesse caso, eles se mostram incapazes

de garantir a ampla convivência do filho com os dois genitores, e, por essa razão, o estabelecimento da guarda exclusiva facilitaria - e tornaria extremamente provável - a ocorrência da Alienação Parental. Por esse motivo, há que se priorizar o estabelecimento da Guarda Compartilhada, nesses casos, tornando menos cômoda a situação do genitor alienador e forçando ambos a buscarem uma solução para suas dificuldades, desenvolvendo uma capacidade mínima para manter um relacionamento que assegure o direito dos filhos de crescerem com a presença de ambos em suas vidas. Para isso, cumpre também que o Estado, que tem o dever de dar suporte e apoio às famílias, invista em formas de auxílio a ela, tais como a Mediação, a Conciliação ou a Terapia Familiar.

Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers Ramos (9), analisando casos concretos da alienação parental, nos quais atuou como Promotora de Justiça da Infância e Juventude, afirma que o estabelecimento da Guarda Compartilhada teria auxiliado na prevenção da alienação, possibilitando o resgate da imagem parental e reforçando os vínculos afetivos entre pais e filhos, através de mecanismos seguros que garantissem a presença de ambos os pais na vida do filho. Para ela, sendo obrigado, através de regras concretas, a conviver pacificamente, respeitando o espaço e a figura parental do outro, sob pena de por em risco sua própria guarda, o alienador teria seus desmandos restringidos, em benefício do próprio filho. Ela defende que ficar com um genitor durante a ausência do outro para o exercício de suas funções laborativas é muito mais proveitoso para a criança do que ficar com babá, empregada ou na creche, na medida em que esse convívio irá reforçar os laços de afetividade. Também sustenta que dividir momentos de lazer, nos finais de semana, será bastante salutar para a criança. Por isso, para a autora, o mau exercício da autoridade parental deve representar de fato um risco para o direito à guarda, sendo a multa e a inversão de guarda mecanismos plausíveis, já que "é indispensável armar de mecanismos jurídicos a defesa do convívio familiar".

9 - As falsas acusações de abuso sexual e o uso da Alienação Parental como argumento de defesa de abusadores sexuais:

Ainda dentro do tema da Alienação Parental, é importante tratar de uma realidade cada vez mais frequente, nos casos que chegam aos Tribunais: genitores alienadores que, no auge de seu transtorno, fazem falsas acusações contra o outro genitor, a quem desejam punir ou afastar, imputando-lhes falsamente condutas que não cometeram, sejam elas de abuso sexual ou de qualquer tipo de abuso que não deixe marcas comprováveis em exame de corpo de delito. Tais acusações ocorrem principalmente quando os filhos ainda são pequenos e mais facilmente manipuláveis. Qualquer diferença de juízo moral ou opinião entre os genitores é apontada então como abuso emocional e apresentada como falha do genitor alienado, ao invés de fonte de riqueza para a vida do filho.

Todas as vezes em que me deparo com essas acusações, especialmente as de abuso sexual, sinto um grande pesar pela criança, pois, sejam as acusações falsas ou verdadeiras, ela já é vítima de abuso! Sendo verdadeiras, é vítima de abuso sexual intrafamiliar, perpetrado pelo genitor que não detém a guarda, e sofrerá as consequências devastadoras que esse tipo de abuso proporciona. Sendo falsas, ela é vítima de abuso emocional, perpetrado pelo genitor alienador, que utilizou, para isso, da imagem do genitor alienado como instrumento do abuso, e terá a mesma probabilidade de desenvolver problemas e sintomas gerados pelo abuso sexual incestogênico real. Isso porque, uma vez inventada a história do abuso, o genitor alienador repete e reconta aquela história tantas vezes, nos mais diversos locais e para as mais diversas pessoas, que "falsas memórias" acabam sendo criadas no filho, que termina se acreditando realmente vítima de um ato imperdoável, praticado pelo outro genitor, e desenvolvendo verdadeiro terror dele. O abuso sexual incestogênico torna-se verdade em sua psiquê, o eu o deixa vulnerável a todas as suas consequências.

Uma outra infeliz realidade, que também bate todos os dias às portas da Justiça, é a de pais ou mães abusadores que, visando escaparem incólumes da persecução penal e manterem o livre acesso às crianças, usam como estratégia de defesa o contra-ataque, e se aproveitam do desespero do outro genitor que, entendendo que a proteção dos filhos só se faz possível com o afastamento do abusador, começa a agir de forma bem semelhante a dos alienadores. O pai ou mãe abusador, então, alega a prática da Alienação Parental, com falsa acusação de abuso sexual, pelo outro genitor, ciente de que Juízes e Tribunais, acostumados a discutir o tema em todas as arenas onde são debatidas as relações familiares, acolherão facilmente o argumento. Afirma, assim, que o outro genitor está criando "falsas memórias" no filho, programando-o para repetir a história inventada, como se fosse verdadeira.

A simples existência de todas essas possíveis realidades surgidas do cruzamento da Alienação Parental com o Abuso Sexual Incestogênico cria um problema bastante difícil e delicado para aqueles que têm o dever de garantir a proteção da criança: diferenciar e detectar cada uma delas. Isto porque, se é certo que a existência de abusadores que, buscando a autodefesa, desacreditam a palavra das crianças, afirmando serem elas vítimas de alienação parental, prejudica – e muito! – a ação dos que lutam contra o abuso sexual infantojuvenil, também é certo, sem dúvida, que as falsas denúncias de abuso sexual praticado por genitores contra seus filhos atrapalham – e muito! – a luta dos pais pelo direito de conviver com sua prole.

Gardner, ciente da importância de diferenciar as duas situações, tendo em vista que não cabe o diagnóstico de alienação quando existe abuso sexual ou de qualquer outro tipo, propôs cinco critérios de distinção, a saber:

1. As recordações dos filhos abusados são nítidas e detalhadas, bastando uma palavra para ativá-las; já as recordações do filho vítima de alienação parental necessita de ajuda para ser "acessada", tendo em vista que ele não viveu realmente aquela experiência, e seus cenários são menos críveis. Quando existem irmãos

alienados, se interrogados separadamente, contam freqüentemente versões diferentes; e se interrogados juntos, trocam mais olhares entre si do que irmãos que foram realmente abusados pelo genitor.

2. O genitor de uma criança abusada reconhece os efeitos desastrosos deixados pela destruição do laço existente entre o filho e o outro genitor, fazendo tudo para proteger a criança do abuso, mas salvaguardando a relação dele com o abusador; já o genitor alienador não percebe de forma alguma o prejuízo causado pelo rompimento do vínculo do filho com o outro genitor.

3. O genitor que abusa dos filhos por problemas psicopatológicos geralmente tem comportamentos semelhantes em outros setores de sua vida; já o genitor alienador parece são em outros setores de sua vida.

4. Quando um genitor acusa verdadeiramente o outro de abuso contra o filho, geralmente tem histórias de abuso contra si próprio; já quando a acusação é falsa, em geral a queixa do dano diz respeito somente ao filho.

5. O momento da queixa de um abuso sexual verdadeiro é geralmente anterior à separação do casal; enquanto a queixa de um falso abuso sexual é, em geral, feita após a separação do casal, ou após um deles iniciar um novo relacionamento.

Diante da dificuldade prática em diferenciar as duas situações, a primeira tendência dos Juízes, quando recebiam a denúncia do abuso, era ordenar a suspensão imediata das visitas, de forma muitas vezes precipitada, rompendo a convivência do filho com o genitor acusado, até que fossem realizados estudos psicossociais que permitissem uma melhor compreensão da dinâmica daquela família, a fim de que se pudesse aferir a veracidade ou não da denúncia. Entretanto, esses estudos, apesar de necessários, são demorados e nem sempre possibilitam conclusões por parte do juiz, sendo cada vez mais claro que, quando são falsas as acusações, a privação do convívio com o genitor que não causou mal nenhum ao filho e cujo único crime foi amá-lo e querer conviver com ele, prejudica a criança, deixando seqüelas em seu desenvolvimento e em sua relação com aquele genitor. A criança, quem se torna órfã de pai/mãe vivo, vira vítima do afastamento compulsório, perdendo tudo que o genitor alienado poderia acrescentar em sua vida. Além disso, a decisão de suspensão das visitas gera no alienador um sentimento de vitória, por ter conseguido seu intento de exclusão do outro. Com o afastamento do outro genitor, seu poder de manipulação sobre o filho se amplia e ele consegue com tranquilidade finalizar a programação de rejeição do alienado.

Por tudo isso, há atualmente uma tendência de os juízes, ao invés de suspenderem as visitas, determinarem que o genitor acusado de abuso realize visitas monitoradas por terceiros ou realizadas em locais públicos, a fim de manter, de alguma forma, o vínculo tão indispensável ao desenvolvimento saudável e integral da criança. Ainda assim, tais visitas são, muitas vezes, boicotadas pelo alienador, que utiliza vários artifícios para não cumpri-las, sem atentar para o mal e os danos psíquicos que provoca no filho. Nesse caso, deve-se buscar uma pronta reparação da violação dos direitos dos filhos, sob pena de tornar letra

morta todas as previsões existentes para garantia de seu melhor interesse e de seu desenvolvimento pleno e saudável. Não é mais possível que o Judiciário permaneça silente diante destas estratégias maquiavélicas para privar genitores do direito de exercer sua parentalidade. A freqüência do uso destas estratégias vem crescendo de forma alarmante. É preciso que se dê uma resposta firme ao alienador, responsabilizando-o por sua conduta, de modo a desestimular o crescimento dessa onda de denúncias irresponsáveis, feitas por pais ou mães que não titubeiam em usar os próprios filhos como instrumentos de vingança. Sem a certeza da punição, o alienador tem poucas chances de mudar seu comportamento e a onda de falsas acusações que assolam os tribunais tem pouca probabilidade de ser freada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

(1) BRASIL, PLC 20/2010 - *Projeto de Lei da Alienação Parental*

(2) JARDIM-ROCHA, Mônica *Síndrome de Alienação Parental: a mais grave forma de abuso emocional*, in Paulo, Beatrice M. (coord.), *Psicologia na prática jurídica*: a criança em foco. Editora Impetus, Rio de Janeiro - RJ, 2009, p. 39-45.

(3) SIMÃO, Rosana Barbosa Cipriano. *Soluções Judiciais Concretas Contra a Perniciosa Prática da Alienação Parental*, in APASE (coord.), *Síndrome da Alienação Parental e a tirania do guardião*: aspectos psicológicos, sociais e jurídicos. Editora Equilíbrio, Porto Alegre - RS, 2007, p. 15-28

(4) DIAS, Maria Berenice. *Síndrome da alienação parental, o que é isso?*, in http://www.mariaberenice.com.br/pt/sindrome-da-alienacao—parental—o-que-e-isso.cont. Acesso em 10/06/2010.

(5) LACAN, Jaques. *O Seminário: livro 11 - Os quatro conceitos fundamentais da Psicanálise*. Jorge Zahar: Rio de Janeiro, 1988

(6) DOLTO, Françoise. *Quando os pais se separam*. Jorge Zahar: Rio de Janeiro, 1989.

(7) GARDNER, Richard. *Parental Alienation Syndrome: past, presente and future: International Conference on the Parental Alienation Syndrome*. In www.idh.org.br/documentos.htm. Acesso em 10/06/2010.

(8) BRAZIL, Glícia Barbosa de Matos. *A reconstrução dos vínculos afetivos pelo Judiciário*, in *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Editora Magister, Belo Horizonte-MG, vol. 13, Dez/Jan 2010, p.47-59.

(9) BRASIL, Lei 11.698, de 13 de junho de 2008. *Lei da Guarda Compartilhada*.

(10) RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. *A moderna visão da autoridade parental*, in APASE (org), *Guarda Compartilhada: Aspectos Psicológicos e Jurídicos*. Editora Equilíbrio, Porto Alegre - RS, 2005, p. 97-121.

O ESTADO MODERNO E INDEPENDENTE: BREVES CONSIDERAÇÕES POLÍTICAS, JURÍDICAS E HISTÓRICAS DO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

BRUNO DOS SANTOS GUIMARÃES *

Do absolutismo vigente na colônia portuguesa ao constitucionalismo da independência. Pequena análise do antigo regime. Observação dos antecedentes da primeira constituição brasileira. Foco no tribunal da relação do Rio de Janeiro. A lei da boa razão. A independência que se consolida com a elaboração da carta outorgada em 1824. Breves considerações sobre a constituição de 1824 e a doutrina constitucional da época.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda brevemente as transformações políticas e jurídicas, dentro de uma perspectiva histórica, pelas quais passou o Brasil, por ocasião da sua Independência, em busca de se tornar um Estado liberal (monarquia constitucional). Nessa ordem de fatores, a elaboração de uma constituição era fator determinante para sua organização, senão uma condição intransponível para sustentabilidade do novo Estado na ordem mundial que se desenhava à época.[1]

O Brasil se torna independente após a crise e início da queda do absolutismo na Europa. As monarquias constitucionais passariam a ser algo a se almejar. O liberalismo e a Ilustração já eram, ainda antes, o impulso no caminho da tecnologia do Estado liberal. Diz-se, então, que o Brasil independente estaria em busca do modismo europeu, já que muito havia ficado para trás, seja na própria Europa, desde o feudalismo e ascensão do absolutismo, seja no Brasil Colônia, extensão do modelo político absolutista português. Descoberto e conquistado durante a transição do feudalismo (idade

* Promotor de Justiça no Rio de Janeiro. Professor da Emerj. Mestrando em Direito pela Universidade Cândido Mendes.

1 Adverte-se que este trabalho sofre o influxo do estudo da história, como é de se considerar relevante e indispensável quando se trata de constitucionalismo, mas, sem a pretensão de se trazer uma historiografia nos moldes acadêmicos deste difícil ramo do conhecimento. Adiantamo-nos então, as pertinentes e merecidas críticas que surgirão. De qualquer forma, serão coladas todas as fontes de forma a trazer ao leitor a segurança do conhecimento da bibliografia permitindo a reflexão e crítica que é própria da construção democrática.

média) para o absolutismo, o Brasil foi reflexo de todas estas tendências enquanto satélite de sua metrópole, Portugal.[2]

Após a queda das antigas civilizações (grega e romana), teve início o que se convencionou denominar de alta Idade Média, por volta do século V em diante. Ao fim deste período, já por volta do século XV, começa a formação e consolidação dos Estados Nacionais, todos absolutistas, já na Era que então se denomina comummente de Moderna. Passada a idade média, e já durante o período do regime absolutista, não se exercitava qualquer divisão de funções tal qual idealizada por Aristóteles em sua famosa obra intitulada *Política*, e desenvolvida detalhadamente por Montesquieu em *O espírito das leis*. Harold Berman faz a seguinte sincronia, com base na História Universal:

> A história antiga é aquela concernente à Grécia e a Roma. O declínio de Roma, causado pelas invasões bárbaras, levou à idade média, que durou, grosso modo, do século V ao XV. Então começa a idade moderna, alguns diriam com o renascimento, alguns diriam com a reforma, ou, diriam ainda outros, com ambos.[3]

No absolutismo, idade moderna, portanto, a função legislativa, executiva e judiciária cabia tão só e unicamente ao rei. O rei legislava, sendo estas legislações denominadas, em geral, de régias. Exercia o governo e também julgava. Funcionários burocratas como os magistrados eram meros delegatários do poder estatal. O rei absoluto era o enviado de Deus e tudo, ou quase tudo podia.[4] Portugal, durante o longo período do Brasil Colonial, vivia o absolutismo em seu molde mais emblemático. Aliás, como citação de ato normativo absolutista vale lembrar a instalação, no Brasil, do Tribunal da Relação da Bahia, em 1609, que carreava ainda a titulação de magistrados, procuradores e promotores da justiça (era essa a designação régia) e, como bem descreve e ressalta o texto de instalação: todos a serviço e delegação do poder absoluto do rei em Portugal.[5]

Para definição histórica do absolutismo é oportuna a seguinte lição:

> Regime político e social que vigorou na Europa Ocidental até a Revolução Francesa (1789). O governo absolutista dos reis que concentravam os poderes executivo, legislativo e judiciário e que era baseado na crença do direito divino dos monarcas, associado ao mercantilismo e aos privilégios concedidos à

2 No sentido do texto, informando sobre o momento histórico do liberalismo temos Miranda, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. Rio de janeiro, RJ: Forense, 2011, p.30;31

3 BERMAN, Harold. *Direito e revolução*. Tradução: Eduardo Takemi Kataoka. São Leopoldo,RS: Unisinos, 2004, *p*. 25.

4 Miranda, Jorge. *op. cit. P*. 28. Usa-se no texto a expressão " ou quase tudo" pois, segundo entendemos e é bem lecionado por Jorge Miranda, a despeito da concentração das funções estatais nas mãos do Rei, o poder não era tão absoluto assim, até mesmo, pelo que se depreende, da própria condição de governabilidade e continuidade. Daí a nossa expressão "quase tudo".

5 LOPES, José Reinaldo de Lima et alii. *Regimento da Relação do Estado da Bahia, de 7 de março de 1609*. 2. ed. São Paulo: Método, 2009, p. 115 e seguintes. Este autor indica a legislação que implantou o referido tribunal baiano como absolutista e traz, em seguida, na sua obra, a íntegra do texto legal. Mesmo com a advertência que acima mencionamos em Jorge Miranda, certo é que os agentes acima referidos (magistrados, dentre outros), agiam, principalmente, por delegação. Esta era a estrutura jurídica do absolutismo.

aristocracia.[6]

Já em 1751, quando da criação e instalação de outro tribunal, o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, que funcionou até 1808, houve nitidamente um período de transição ideológica a ser verificado, principalmente na parte final de sua atuação. Ora, essa transição remonta à decadência crescente do absolutismo e à impregnação do liberalismo e da ilustração. Já era, portanto, o ar do Estado liberal que ansiava em aparecer, gerando o que se conheceu como despotismo esclarecido. A divisão de poderes já passaria a ser uma necessidade e a elaboração de uma constituição uma máxima para delimitar o poder do Estado frente às liberdades públicas.[7] O início da queda do absolutismo, pode-se dizer, deu-se com a Revolução Francesa (1789), quando a burguesia assumiu o comando da França, que era um dos mais avançados países europeus naquela época.[8]

Vale o seguinte esquema: muito distante do fim do absolutismo, ou mesmo durante a sua ascensão, deu-se a instalação do Tribunal da Relação da Bahia no Brasil colônia (1609). Esse tribunal deriva de ato absolutista do rei de Portugal e é de citação obrigatória nos manuais de direito. Já em 1751, ainda sob a pecha absolutista e funcionando até 1808, o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro já vivenciava a influência ilustrada - a questão, como soa óbvio, é puramente de período, tendo sofrido esse último tribunal com a contemporaneidade da revolução francesa e a ascensão das ideias liberais. Cabe consignar que o Tribunal carioca foi extinto a partir da chegada da Família Real ao Rio de Janeiro, evento que inaugurou o denominado período joanino e que culminou, anos após, com a declaração da Independência do Brasil.[9]

Com relação ao Tribunal carioca, vale reportar que, em Portugal, a Lei da Boa Razão, aplicada no Brasil durante o funcionamento do Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1769), era a própria ilustração e o racionalismo a se manifestar. Essa Lei redirecionava as fontes do direito e o tratava com lógica de aplicação. Servia, ainda, de parâmetro de aplicação da própria legislação em vigor, no caso as Ordenações Filipinas.[10]

---

6 ARANTES, Jorge. *Pequeno dicionário crítico:* histórico, geográfico, econômico, político e social. Rio de Janeiro: Interciência, 2003.

7 WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. *Direito e Justiça no Brasil Colonial*: o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808). Rio de Janeiro: Renovar, 2004 pg. 545;547;552. Os autores bem descrevem a transição, informando que no período final de funcionamento do tribunal referido (o que remonta ao espaço de tempo imediatamente anterior a 1808, data de sua extinção), já se tentava andar por caminhos de aplicação do direito baseado na ilustração e o iluminismo. Este caminho foi trilhado, segundo os autores, principalmente pelo direito penal.

8 Polarizamos, então, o tribunal implantado no Brasil em 1609 (Bahia), no auge do absolutismo, com o que foi implantado no Rio de janeiro em 1751, funcionando até 1808, para contrastar que este último tribunal já passou a ser influenciado, em vista do momento historio, com os ideais liberais que culminaram nos movimentos constitucionais posteriores.

9 WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José, *op. cit.*, p.581. Aqui se tem a delimitação do momento exato da extinção deste tribunal, que na verdade, em 1808, quando da vinda da família real portuguesa, fundiu-se com a casa da suplicação.

10 LOPES, José Reinaldo de Lima; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; ACCA, Thiago dos Santos. *Curso de História do Direito*. 2. ed. São Paulo: Método, 2009, p. 113 e 218.

O racionalismo jurídico surgido ao fim do absolutismo tinha como combustível a aplicação do desenvolvimento das ciências exatas ao direito. O direito, então, sendo racional, deve (ou deveria) ser encarado como um todo coerente e parte de uma engenharia aplicada ao social. A era das codificações, que surgiu nos Estados europeus, certamente denota essa necessidade de sistematização do direito, ou seja, um agrupamento de engenho de normas congêneres, como no caso das codificações voltadas a determinados ramos, em especial. O civil é um exemplo. Vejamos o que leciona José Reinaldo de Lima Lopes:

> A geometria e a física haviam sido as ciências dominantes nos séculos XVII e XVIII: no século XIX o paradigma de ciência parecia ser a história natural. É compreensível, portanto, que nos séculos XVII e XVIII os juristas se inspirassem na geometria e buscassem aplicar ao direito o modo geométrico de pensar.
>
> [...]
>
> O movimento de codificação do direito fora resultado da combinação de duas correntes de pensamento marcantes do início da modernidade: O jus naturalismo racionalista e o iluminismo.[11]

Segundo o mesmo autor, por ocasião do iluminismo e da ilustração, compreendendo o início da queda do Antigo Regime, a importância do poder de legislar ganha mais força. Daí o positivismo e a sua lógica de trazer a tão almejada segurança jurídica para os súditos e, por que não, para os próprios burocratas. O positivismo e a previsibilidade de ações e consequências passaram a fazer parte de um campo lógico e necessário para a burocracia estatal. Foi exatamente esse ambiente racionalista e positivista que trouxe a ideia de uma lei maior que seria, então, o pressuposto de validade das demais – a constituição.

O constitucionalismo, de fato, passou a ser o símbolo almejado e necessário.

É interessante consignar, como acima já adiantado, que antes do estabelecimento das constituições e no período da ilustração antecedente ao Estado liberal constitucional, a Lei da Boa Razão, por ser um parâmetro de reorganização e aplicação das fontes do direito, muitas vezes era encarada como verdadeira fonte de validade e diretriz de aplicação de outras normas. Nesse sentido, então, assemelhou-se ao que após restou por consagrar a tecnologia jurídica do controle de constitucionalidade, tão estudado no direito constitucional.[12]

O direito medieval, pouco positivado e mais baseado na doutrina e jurisprudência, além de conter também o casuísmo e o costume, restou inadequado para os Estados absolutistas surgidos em sequência. Dá-se lugar então ao

11 LOPES, José Reinaldo de Lima; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; ACCA, Thiago dos Santos. *Curso de História do Direito*. 2. ed. São Paulo: Método, 2009, p. 217.

12 WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. *Direito e Justiça no Brasil Colonial*: o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808). Rio de Janeiro: Renovar, 2004 p. 586. Já mencionamos que a Lei da Boa Razão, ainda sob a égide do absolutismo, conduzia ideais modernos. Os autores citados trazem o exemplo do Magistrado Baltazar da Silva Lisboa que, no exercício das suas funções, utilizou a lei da boa razão como pressuposto básico de validade do sistema, no que demonstram a justa surpresa com a espécie de controle de constitucionalidade encontrado. Ao nosso ver, a atuação do magistrado foi intuitiva de modo a utilizar a lei tão ovacionada como base para qualquer julgamento e atuando de forma a prevalecer sobre as demais e anteriores espécies normativas.

positivismo e aos movimentos de codificação, tal como informa José Reinaldo de Lima Lopes: "*O direito medieval, casuístico, fundado na premência do ato de julgar e, portanto, em teorias da justiça, acostumado a uma ordem plural, repleta de fontes e privilégios particulares, não servia mais, e já fazia tempo*"[13]

Verifica-se que o positivismo crescente e o aumento na tecnologia da legislação funcionaram como resposta às incertezas da baixa e alta Idade Média que ainda prosseguiam no regime absolutista. Nunca é demais observar que a fonte de produção normativa era, ainda, de fato, o poder central (o Rei). Para complementar, conforme mencionam Arno Wehling e Maria José Wehling, a ilustração já tomava conta do Antigo Regime em seus respiros finais e obras como a de Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria, ganhavam destaque; *Dos delitos e das penas* (1764) é o grande ícone.[14]

No Brasil, ao apagar das luzes do absolutismo europeu e à ascensão do constitucionalismo, auge do liberalismo, é marcante a chegada da corte portuguesa ao Rio de Janeiro, apoiada pelos ingleses e em fuga estratégica de Portugal que estava prestes a ser invadido pelas tropas napoleônicas.[15] Ora, a corte portuguesa passou a viver no Rio de Janeiro os últimos momentos do absolutismo como regime inabalável e, ainda, do Brasil como colônia, embora elevado à condição de Reino Unido.

A metrópole Portugal ainda não possuía a sua constituição (característica clara do absolutismo ainda reinante) e o Brasil, que se tornou independente em 1822, trataria de se adequar ao resto mundo e fazer a sua Carta Magna em 1824.[16]

A MONARQUIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA E SEUS ANTECEDENTES

Conforme prenunciado na Introdução a esse trabalho, o Tribunal da Relação funcionou no Rio de Janeiro, de 1751 até 1808, época da vinda da Família Real para o Brasil. Por funcionar nessa época, este Tribunal, arquitetado ainda no período absolutista, viu desabrochar a ilustração e o iluminismo, movimentos de profunda transformação social em nível mundial. A Lei da Boa Razão, bom repisar, que funcionou nesse período, era exatamente um exemplo de ilustração e liberação das amarras do que vinha sendo arregimentado juridicamente até então.

Wheling afirma que o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro teve uma existência

13 LOPES, José Reinaldo de Lima; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; ACCA, Thiago dos Santos, *op. cit.*, p. 220.

14 WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José, *op. cit.*, p. 550.

15 Sobre este momento histórico que antecedeu ao nosso constitucionalismo vale a leitura do importante historiador Lima, Oliveira, D. João VI no Brasil. 3ªed. Rio de janeiro: Top books: 1996, pg.43 e seguintes.

16 Aqui chamamos a atenção do leitor para o fato de que a constituição brasileira data de 1824, sendo o Brasil um país que acabara de vir de uma condição colonial e com a sua independência recém declarada. Portugal, por outro lado, governado pelo sistema absolutista, teve a sua constituição elaborada em 1822, o que demonstra nitidamente que andamos bem e rápido na tecnologia jurídica exigida na época. Esta será a linha conclusiva de nosso trabalho.

de quase 56 anos, até quando, com a transferência da Família Real para o Brasil, acabou fundido com a Casa da Suplicação. Esta última Instituição judiciária atuava na metrópole portuguesa e passou a funcionar no Brasil quando este foi elevado à condição de vice-reino. Durante o funcionamento da Casa da Suplicação e com as implicações jurídicas decorrentes do movimento iluminista, é de se referir que a atuação da justiça, no período da transferência da corte para o Brasil, também continuou afetada pela transição do antigo para o moderno.[17]

Tendo sido iniciada a queda e crise do Antigo Regime com a Revolução Francesa, a via revolucionária não se reproduziu igualmente em outros países, que também passaram a substituí-lo, em geral, pelas monarquias constitucionais nos mais diversos processos sociais. Os processos de transição foram diferentes, a observar cada tipo sociedade e burocracia local. No caso do Estado português, o Antigo Regime perdurou ainda forte, segundo alguns, até a feitura da primeira constituição, que passaria a ser, então, um marco, apenas razoável, de sua extinção e queda.

A primeira constituição portuguesa data de setembro de 1822, portanto, apenas dois anos antes da carta constitucional do Brasil já independente e a apenas alguns "instantes" da declaração da independência brasileira.[18]

D. João VI, após a Revolução Liberal do Porto em 1820, foi obrigado a jurar a primeira constituição portuguesa assim que regressou do Brasil. Não havia mais como resistir ao apelo liberal e constitucional para manter a sua própria pecha absolutista. E, afinal, um rei que houve por ficar tanto tempo distante em outras terras não podia contestar eficientemente a nova tendência liberal que limitava o poder do monarca e tendia a elaborar uma carta política. Ainda assim, D. João VI atuou a contragosto, o que explica seu comportamento posterior no sentido de ampliar seus próprios poderes, atuando, assim, em estratégico regresso. Interessante que o liberalismo português que revolucionava e pretendia aprovar uma constituição era o mesmo que, exigindo o retorno da corte para Portugal, pretendia recolonizar o Brasil. Nesse sentido, vale o recorte historiográfico de Boris Fausto:

> Em agosto de 1820 irrompeu em Portugal uma revolução liberal inspirada nas idéias ilustradas. Os revolucionários procuravam encontrar saída para uma conjuntura de profunda crise na vida portuguesa (...). A revolução portuguesa tinha aspectos contraditórios. Podia ser definida como liberal, por considerar a monarquia absoluta um regime ultrapassado e opressivo e por tratar de dar vida a órgãos de representação da sociedade, como é o caso das cortes. Ao mesmo tempo, ao promover os interesses da burguesia lusa e tentar limitar a influência inglesa, pretendia fazer com que o Brasil voltasse a se subordinar inteiramente a Portugal (...). Decidiram convocar as cortes, a ser eleita em todo o mundo português, com o propósito de redigir e aprovar uma nova Constituição.[19]

17 WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José, *op. cit.*, p. 581.

18 Para consulta sobre a primeira constituição portuguesa pesquisar em www.debates.parlamento.pt consulta realizada em 20 de junho de 2012.

19 FAUSTO, Boris. *História concisa do Brasil*. São Paulo: EdUSP, 2006, p. 71.

De outra parte, é nessa ordem de ideias que, restando independente em 1822, o Brasil jamais poderia adotar, a partir daí, um regime absolutista, cujo rei aclamado passaria a governar concentrando todos os poderes e sem uma constituição delimitadora do poder central. Historiadores e juristas conceituados arriscam-se a afirmar que não haveria sequer apoio político para D. Pedro agir de forma absolutista, seja pela ilustração já corrente, seja pelo que almejavam os que apoiaram o movimento de independência. De outro lado, havia a preocupação de que o movimento de independência se legitimasse rapidamente e, para tanto, uma constituição era necessária. Por evidente, claro que a independência brasileira seria sucedida por uma monarquia constitucional, pois este era o caminho trilhado no mundo moderno e nos modelos europeus tão observados e almejados no Brasil, outrora periférico e colonial. Não havia, portanto, espaço para o regime absolutista no Estado brasileiro recém-declarado e criado.

Não se pode esquecer que os Estados Unidos da América já possuíam a sua Constituição desde 1787, embora não adotando a monarquia, mas sim a república como formato. Não havia, dessa forma, outro caminho, senão a elaboração de uma carta constitucional para inaugurar uma era jurídica verdadeiramente esclarecida e moderna para o Estado brasileiro recém-independente, ainda que tal combustível fosse oriundo de modelos externos.

É de boa percepção deixar gravado que o sentimento constitucional antecedia a própria independência do Brasil em razão das influências catalogadas. Assim explica Paulo Bonavides:

> O princípio da ordem representativa e constitucional de união das províncias antecede a independência. O pensamento constituinte deu o primeiro passo no sentido de sua concretização com a deputação de São Paulo representando ao Príncipe D. Pedro a necessidade de convocar uma junta de Procuradores Gerais ou representantes das províncias, "deputação brasílica", com sede no Rio de Janeiro, tendo sido José Bonifácio um dos subscritores desse importante documento patriótico.[20]

Os projetos referidos acima foram concretizados por decretos e se seguiram se sucessivas fases de clara evolução. Por derradeiro ato antes da Proclamação da Independência, há o decreto de junho de 1822. Segundo Paulo Bonavides, este decreto era uma medida clara de constitucionalização do Brasil e antecedia o ato de independência:

> Convocava-se uma assembleia luso-brasiliense, ou, por outra denominação também constante no decreto, uma Assembleia Geral Constituinte e Legislativa, composta de deputados das províncias do Brasil, novamente eleitos na forma de instruções, que em conselho se acordarem, e que serão publicadas com a maior brevidade. Por assembleia luso-brasiliense deveria entender-se a livre participação tanto de brasileiros como de portugueses domiciliados no Reino e que para tanto se qualificassem, de conformidade com as instruções a serem

20 BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 31.

posteriormente expedidas, segundo constava no decreto.[21]

Portanto, estava nascendo ali, e isso ressalta o valoroso autor selecionado, o direito constitucional brasileiro. O decreto chancelava a nossa independência político-jurídica, bastava a sua proclamação. O movimento de constitucionalização era anterior à Proclamação da própria Independência. Era a infiltração das idéias. Assim leciona José Reinaldo de Lima Lopes:

> Exigir constituições significava tornar claras as relações de poder dentro do Estado, definindo funções, competências etc. Junto com as constituições vieram as declarações de direitos, logo em seguida incorporadas nas próprias constituições. O constitucionalismo organizou-se como uma disciplina jurídica do Estado, garantindo a estrutura do poder político e seus limites em face dos cidadãos. Além das diversas constituições francesas (a constituição monárquica de 1791, as republicanas de 1793 e 1795, a consular e imperial do ano VIII, a carta restauradora de 1814), da tentativa de constituição liberal espanhola (constituição de Cádiz, de 1812), da constituição norte-americana (de 1787), também os antigos domínios ou reinos de Portugal e Espanha na América tiveram que constituir-se.[22]

"Informada" a independência brasileira, ao contrário do que se normalmente difunde, houve vários focos de resistência e com considerável derramamento de sangue, seja por parte de brasileiros, seja por parte de portugueses, inclusive residentes. Sim, tivemos guerra pela independência! De outro lado, numa análise geral, a literatura especializada aduz que não se deu àquela fase de forma muito conturbada, ao menos politicamente, como em outras colônias pelo mundo à época. Talvez portugueses residentes no Brasil tenham se ressentido mais do que a própria coroa portuguesa, no caso, o próprio D João VI. As Cortes, que obrigaram D. João VI a jurar uma constituição, estas sim, estavam indignadas com o ideal separatista brasileiro. Explico melhor abaixo.

Essa parte de nossa historiografia, segundo especialistas, não foi enfrentada de forma focada. Que tenha havido guerra pela independência é inquestionável, principalmente no Norte e Nordeste do país, como acima já anunciado. Embora D. João VI estivesse confortável com o fato, as cortes portuguesas que o dominavam politicamente naquele momento, e os portugueses em geral, não estavam. A perda de uma grande fonte de exploração comercial se concretizava com a independência brasileira. D. João acabara de retornar do Brasil e sabia que esse caminho (o da independência) era inevitável após as transformações político-administrativas ocorridas desde 1808. Não era de sua vontade mas, imediatamente antes da independência, as cortes portuguesas instaladas se empenharam em reduzir a autonomia que o Brasil tinha adquirido no período joanino. D. Pedro I, que havia ficado no Brasil como príncipe regente, via seu poder de mando ser reduzido a todo instante por determinação dessas cortes instaladas em Portugal. A revolta de D. Pedro com seu esmagamento político era clara. A independência era a única saída.

21 Idem, p. 35.
22 LOPES, José Reinaldo de Lima, *op. cit.*, p. 264.

Em síntese, D. João VI, quando retornou ao Brasil, ficou refém político das cortes instaladas em Portugal. Essas cortes eram instituto cujo funcionamento dependia de convocação e de determinado motivo político em andamento. Estando em funcionamento no período a que se nos referimos em Portugal, restou D. João VI subjugado a elas para manter a sua coroa e dinastia. Foram essas cortes e não D. João VI que, atuando de forma a oprimir a liberdade dada a colônia e a D. Pedro, que acabaram por gerar a declaração e a luta pela independência.[23]

Assim, embora tenha havido guerra pela independência envolvendo setores que se prejudicaram com ela, politicamente é de se considerar que não houve maior e definitiva questão que apartasse em definitivo os dois "reinos". Tanto assim o foi que o futuro imperador reinou por pouco tempo no Brasil e sempre focado em Portugal e nos interesses portugueses.

D. Pedro I, filho de D. João VI, que até há pouco estava no Brasil (1808-1821), era, então, o primeiro imperador brasileiro. É, portanto, de se adiantar também que o nosso primeiro imperador, demonstrando os laços fortes que detinha com a antiga metrópole, acabou por abdicar o trono brasileiro em favor de seu filho (D. Pedro II) para assumir o trono português, fato revivido posteriormente por sua filha brasileira, que reinou em Portugal. Daí, muitos pontos podem ser considerados em vista do momento histórico anterior e posterior à independência, como explica o historiador Boris Fausto:

> É tradicional na historiografia brasileira contrastar a relativa facilidade da consolidação da independência do Brasil com o complicado processo de emancipação da América espanhola. Acentua-se ainda que, enquanto o Brasil permaneceu unificado, a América espanhola se fragmentou em várias nações. As duas observações estão inter-relacionadas (...).
>
> Cabe perguntar de início se a tradição ainda se sustenta. Não faltam objeções a ela. Seus críticos salientam que a independência, sob forma de união em torno do rio de janeiro, resultou de uma luta e não de um consenso geral. Nesta luta foram vencidos, nas províncias, os movimentos autonomistas e os que sustentavam a permanência da união com Portugal, como aconteceu no Pará.
>
> As objeções têm o mérito de chamar a atenção para o fato de que a independência do Brasil não correspondeu a uma passagem pacífica. Mas elas não invalidam a constatação de que, admitido o uso da força e as mortes daí resultantes, a consolidação da independência se fez em poucos anos, sem grandes desgastes.[24]

Não seria erro afirmar que a estada da família real portuguesa no Brasil e a elevação do país a Reino Unido a Portugal e Algarve, seguida, portanto, da quebra

23 No sentido da argumentação acima sobre a convocação das cortes em Portugal e a sua sobreposição sobre a vontade do Rei, que optou por perder poderes para manter a sua realeza temos SCHWARCZ, Lilia Moritz; AZEVEDO, Paulo Cezar de; COSTA, Angela Marques da. *A longa Viagem da Biblioteca dos Reais*, 2ª Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002 pag. 366 e seguintes. Também no mesmo sentido, de forma lúdica, mas bem orientada e referendando fontes dignas, temos hoje a obra de história jornalística de GOMES, Laurentino. *1822*: Como um homem sábio, uma princesa triste e um escocês louco por dinheiro ajudaram D. Pedro a criar o Brasil, um país que tinha tudo para dar errado. Rio de janeiro: Nova fronteira, 2010, pag. 86 e seguintes.

24 FAUSTO, Boris, *op. cit.*, p. 78.

de grande parte das rígidas normas que até então impunham o colonialismo, já tenham colocado o Brasil na rota de sua independência. Nesse sentido e endossando essa exposição, há a seguinte colagem de Bonavides:

> O sentimento libertador e anti absolutista que nos inspirou desde a Inconfidência Mineira até a Revolução Pernambucana de 1817, passando pelo advento da corte portuguesa, com a abertura dos portos e a elevação do Brasil a reino unido a Portugal e Algarve, preparou decisivamente os acontecimentos da década de vinte, no século passado, cuja resultante maior foi o rompimento formal dos laços coloniais de sujeição a Portugal.[25]

Retornando ao que estava sendo tratado sobre a Constituição brasileira, vale afirmar que o liberalismo era a febre na Europa e um objetivo legítimo, mas no Brasil, como em qualquer outro lugar, a questão muitas vezes não era tão pacífica assim, como assinala Paulo Bonavides:

> Ao transcurso do primeiro reinado, o constitucionalismo vingou quase como uma ideia subversiva, até mesmo nas regiões da elite. A fração liberal, abraçada aos sentimentos patrióticos de ruptura e contestação final ao domínio português, se deparou sempre com alguns círculos vinculados ao imperador, dispostos a manter o prestígio e o influxo do elemento lusitano que ainda não assimilara devidamente a secessão do novo reino. A minoria altiva e pensante, debaixo da chefia dos Andradas, cada vez mais insubmissos aos pendores do absolutismo do príncipe, pagou caro, com o exílio e a expatriação, o anseio das liberdades individuais e da representatividade parlamentar fundada sobre o poder constituinte da nação.[26]

O Brasil se torna independente e uma assembleia constituinte foi instalada. Não demorou muito se sucederam momentos de tensão entre ela e o imperador. Acabou sendo ela dissolvida por quem se dizia liberal e a instalou: D. Pedro I.

A crise entre os Andradas, na Constituinte, e o governo, de outro lado, se acentuou. A troca de mensagens através de ofícios e o sucessivo uso da palavra na tribuna denotam esse tom de rompimento e austeridade entre o Legislativo e o Executivo. D. Pedro I, através de seu ministro dos negócios do império, Villela Barbosa, exigiu que a constituinte coibisse imediatamente a liberdade de imprensa e a expulsão daquele órgão dos irmãos Andrada, que estariam, através da imprensa, ofendendo diretamente a pessoa do imperador.[27]

Acabou, então, por não haver ajuste e os dois órgãos - governo e Constituinte - já não falavam a mesma língua de há muito. A questão envolvendo os Andradas, com foco em José Bonifácio de Andrada e Silva, acabou como pessoal para o imperador D. Pedro I que, de fato, pretendia dissolver a Constituinte. A veia absolutista do imperador estufou-se e D. Pedro, com as suas tropas, cercou o prédio onde funcionava a assembleia. O relato de Bonavides e Paes de Andrade contribui oportunamente para a reconstituição da história:

25 BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de, *op. cit.*, p. 31.
26 BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de,*op. cit.*, p. 5.
27 Idem, p. 40 e seguintes.

> Lá fora, rugia a tempestade militar. D. Pedro, à frente das tropas, cercava o edifício da constituinte. O Napoleão coroado empalmava o poder total no melhor estilo dos Braganças, galeria de reis historicamente afeiçoados ao absolutismo. Era o primeiro desastre dos constitucionais da história do país, com graves sinais de repercussões futuras.[28]

Só para ilustrar esse clima de tensão através de um enfoque dissociado da questão jurídica, vale o transcrever o texto abaixo, que aduz sobre a radicalização da assembleia e acrescenta à visão de crise tão pintada acima:

> Podemos então, constatar que a movimentação nas ruas e nas galerias da assembléia constituinte já indicava a preocupação de vários setores com as decisões tomadas pelos constituintes. Ao longo das votações, a concorrência da platéia foi aumentando, a ponto de as galerias serem pequenas para tanta participação. Chegava-se ao momento de maior radicalização da assembléia, gradativamente pautada pelo cotidiano, situação que chegou ao paroxismo na ocasião da representação de David Pamplona Corte Real, português de nascimento que se julgava brasileiro e que reclamava de bordoadas desferidas por dois militares de origem lusitana.
>
> Dias mais tarde, ao proceder ao fechamento da assembléia, D. Pedro aparentemente encerrava um capítulo do intenso conflito instalado no interior da assembléia e que certamente se confundia e se misturava com o que estava nas ruas.[29]

Enfim, tivemos uma constituição. Embora outorgada em 25 de março de 1824, teve ela o mérito de enquadrar o Brasil na nova ordem internacional e, internamente, servir de base para consolidação política de um país recém-independente. Havia previsão de divisão de poderes, e limitação dos poderes do Estado frente o cidadão. Não podemos, contudo, deixar de consignar a preponderância do poder do imperador, chefe do poder executivo que tinha em mãos o forte poder moderador.[30]

A par dos três poderes clássicos, o moderador concedia à figura do Imperador, fora e distante do que seria comumente atrelado ao poder executivo, algo de extraordinário e especial - extremamente político, como se garantidor e restaurador da ordem fosse. O poder moderador seria, sob essa ótica, um viés de força política inata, diferenciado do poder executivo.[31]

José Afonso da Silva, com base no texto constitucional, dentre outras considerações, destaca que em 1824 foi declarado ser o Brasil uma associação

28 BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de, *op. cit.*, p. 71.

29 RIBEIRO, Gladys Sabina; PEREIRA, Vantuil. O Brasil Imperial - Volume I, 1808-1831. GREINBERG, Keila;SALLES, Ricardo (Org.).Rio de Janeiro: Civilização Brasileira,2009, p.153.

30 Constituição de 1824: artigo 98: O poder moderador é a chave de toda organização política e é delegado privativamente ao imperador, como chefe supremo da nação, e seu primeiro representante, para que icenssantemente vele pela sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes políticos. Fonte: www.planalto.gov.br consulta em 2 de junho de 2012.

31 Este é o entendimento que se extrai da leitura das atribuições do poder moderador conforme artigo 98 e seguintes da constituição de 1824. Veja-se que é neste poder que está previsto que o imperador poderá reduzir penas criminais, perdoar criminosos, dentre outros atos de império e eminentemente políticos, vide artigo 101, inciso VIII da constituição de 1824. Ao assunto voltaremos logo abaixo conforme a literatura pertinente.

política de todos os cidadãos brasileiros que formam uma nação livre e independente. Prevê-se o poder executivo, legislativo, judiciário e o preponderante moderador. Dentre outros órgãos da estrutura, interessaria dizer que prevê a sempre debatida independência do judiciário no artigo 151. Já no artigo 179, declaram-se direitos e garantias individuais.[32]

De outra banda, importante informar que o texto constitucional, mesmo reconhecendo a independência do judiciário, como dito, previa a possibilidade de suspensão de qualquer magistrado pelo imperador no exercício do poder moderador.[33]

José Antônio Pimenta Bueno, o Marquês de São Vivente, já por ocasião do segundo reinado, doutrinou sobre a constituição federal de 1824 publicando a obra Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império. Elaborou esse grande personagem da história verdadeiro manual de direito constitucional, muito parecido com aqueles publicados modernamente. Por essa ocasião Pimenta Bueno discorre sobre a suspensão de um magistrado pelo imperador para tanto doutrinando que havendo queixa contra o magistrado que incorra em responsabilidade deverá ser ele ouvido e, à vista de parecer do conselho de Estado, suspenso pelo imperador que seria a pessoa com mais propriedade para tal. Após justifica o mesmo autor afirmando que o poder judiciário é independente, mas, que por essa razão, deve ser detido em seu abuso.[34] Veja-se que esse poder do imperador não está definido no capítulo referente ao poder executivo na constituição do império, mas exatamente como atribuição do imperador no exercício do poder moderador, demonstrando o seu viés político de força como outrora gravado.[35] Não é por outro motivo que esse mesmo autor afirma ser o poder moderador: *...a suprema inspeção da nação é o alto direito que ela tem, e que não pode exercer por si mesma, de examinar o como os diversos poderes políticos, que ela criou e confiou a seus mandatários, são exercidos. É a faculdade que ela possui de fazer com que cada um deles se conserve em sua orbita...*e mais adiante afirma também: *Este poder, que alguns publicistas denominam poder real ou imperial, poder conservador, incontestavelmente existe na nação... Existe e é distinto não só do poder executivo como de todos os outros"*[36]

O poder Judiciário foi estruturado em capítulo próprio e os magistrados, mesmo com pontos de vulnerabilidade, como o acima exposto, obtiveram o atributo da perpetuidade do cargo e tratamento digno das funções.[37]

32 Da Silva, José Afonso; Curso de Direito Constitucional Positivo. 11ªed. São Paulo: Malheiros, 1996 p. 77.

33 Constituição federal artigo 101, inciso VII: O imperador exerce o poder moderador. ...: Inciso VII. Suspendendo os magistrados no caso do artigo 154.

34 Pimenta Bueno, José Antônio. Coleção formadores do Brasil. Texto: Direito Público e análise da constituição do império : Editora 34, 1ª ed. 2002. Organizador: Eduardo Kugelmas. P.289

35 Constituição de 1824 , artigo 101, inciso VII: O Imperador exerce o Poder Moderador.... Inciso VII: Suspendendo os Magistrados nos casos do Art. 154. Art. 154: O Imperador poderá suspendel-os por queixas contra elles feitas, precedendo audiencia dos mesmos Juizes, informação necessaria, e ouvido o Conselho de Estado. Os papeis, que lhes são concernentes, serão remettidos á Relação do respectivo Districto, para proceder na fórma da Lei. Transcrição: www.planalto.gov.br

36 Pimenta Bueno, José Antônio (o Marquês de São Vicente) Coleção formadores do Brasil. Texto: Direito Público e análise da constituição do império : Editora 34, 1ªed. 2002. Organizador: Eduardo Kugelmas. P.280

37 Art. 153. Os Juizes de Direito serão perpetuos, o que todavia se não entende, que não possam ser mudados de

O Marquês de são Vicente também se reporta aos direitos individuais, classificando-os de forma muito iluminista e ilustrada ao analisar o artigo 179 da constituição de 1824. Dentre outras explanações são definidos aqueles direitos como absolutos, inatos, primordiais ou pessoais do homem, acrescentando ainda as diversas espécies e direitos individuais que elenca, tais como o de liberdade, propriedade, igualdade e segurança, além da liberdade do trabalho ou indústria.[38] Interessante é o estudo desta doutrina do Brasil ainda império.

A constituição prevê a participação popular através do voto indireto e restritivo, nos termos do artigo 90 e seguintes. Para quem, como o Brasil, era colônia de uma metrópole absolutista não se pode negar o nítido avanço. Os olhos devem ser os de 1824 e não os de 2012 - o avanço necessário virá![39]

A acusação penal pública veio na constituição através do Procurador da Coroa.[40]

A despeito dessa indicação constitucional genérica, embora clara, sobre a acusação penal e a sua relação com a soberania nacional (acusar penalmente é um ato de soberania estatal - essa é a regra geral praticada), observamos que na obra de Marquês de são Vicente, aqui já tanto citada, abre-se capítulo sobre a instituição Ministério Público. A denominação já era, de fato, Ministério Público e sob esse título é tratado na obra. Vale repetir que Pimenta Bueno escreveu suas obras durante o segundo reinado e importante considerar que, também posteriormente ao código criminal do império de 1832. Nessa obra consigna o autor que *"O Ministério Público é uma Grande e útil Instituição, é o braço direito da sociedade e do governo, é a sua vigilância e intervenção perante os Tribunais de Justiça. ....O Ministério Público tem de cumprir deveres e defender direitos da sociedade e do governo perante todas as instâncias e tribunais é, portanto consequente que ele seja graduado e ramificado desde o Supremo Tribunal de Justiça até os juízos municipais e delegacias de polícia; aliás, a autoridade ficará privada de agentes necessários e consequentemente de direitos.*[41]

Mais adiante, prossegue o autor comentando sobre o Procurador da Coroa e situando-o na organização judiciária imperial: *entre nós existe o Procurador da Coroa que serve como tal perante o perante o supremo tribunal e também perante as relações; temos os promotores de comarca, mas não temos agentes auxiliares nos termos perante os juízes municipais., o que é uma lacuna muito prejudicial.*[42]

---

uns para outros Logares pelo tempo, e maneira, que a Lei determinar. Transcrição: www.planalto.gov.br

38 Pimenta Bueno, José Antônio (Marquês de São Vicente). Op.cit.pg.470/471

39 Art. 90. As nomeações dos Deputados, e Senadores para a Assembléa Geral, e dos Membros dos Conselhos Geraes das Provincias, serão feitas por Eleições indirectas, elegendo a massa dos Cidadãos activos em Assembléas Parochiaes os Eleitores de Provincia, e estes os Representantes da Nação, e Provincia.

40 Art. 48. No Juizo dos crimes, cuja accusação não pertence á Camara dos Deputados, accusará o Procurador da Corôa, e Soberania Nacional.Transcrição www.planalto.gov.br

41 Pimenta Bueno, José Antônio (Marquês de São Vicente) *op. Cit. Pg. 460 e 461.*

42 *Idem*, pg.461 Conforme se pode observar o Procurador da Coroa atuava nos tribunais superiores, ficando a cargo dos promotores a atuação localizada em tribunais inferiores e com base na lei subalterna. Interessante remeter o leitor para o início deste texto onde se faz colação sobre o tribunal da relação instalado na Bahia, em 1609, como exemplo de ato legislativo absolutista da coroa portuguesa, e que

Ora, como se vê, a constituição de 1824 carreou doutrina e contribuiu para representar a inauguração de uma nova era pós-absolutismo no mundo. Juntamente com outras constituições contemporâneas, representou igualmente a tecnologia jurídica e a modernidade. A constituição era ótima sob a ótica jurídica que se poderia observar na época. O Brasil estava no passo certo e a constituição de 1824 era de extremo valor. O Brasil colônia viveu o absolutismo europeu, mas o Brasil independente não viu mais nada do antigo regime, a despeito de uma outorga constitucional inconveniente.[43]

CONCLUSÃO

Embora a outorga seja uma marca indelével, inegável a tecnologia liberal e moderna da constituição de 1824.

Não tivemos monarquia absolutista, mas monarquia constitucional nos moldes externamente preconizados, a despeito da outorga. A questão é de momento histórico. O voto censitário, a preponderância do poder moderador são questões de período.

Interessante seria traçar paralelo imaginário com as argumentações, até mesmo populares, sobre o golpe de 1964 no Brasil. Enquanto muitos, de um lado, condenam o evento, outros tentam legitimá-lo. Para tanto, aduzem que, se não fosse o regime de exceção instalado, o Brasil teria se transformado numa grande Cuba, com um regime comunista latente e nocivo ao povo. Quem então tutelou o povo? Resposta: os militares que foram direcionados para a direita política. Direcionado por quem? A resposta pode não ser difícil, mas certamente é polêmica e foge ao escopo desse trabalho, embora seja inegável que os militares poderiam ter efetuado, por que não, um golpe instalador do modelo soviético. A questão era ideológica e os grupos sociais escolhiam a sua, de acordo com os princípios em que acreditavam. A bipolaridade de formatos era a realidade. Os militares "escolheram" a deles e impuseram-na de forma violenta. Em Cuba assim se age até hoje! Como? resposta: de forma violenta, embora com a desculpa do social.

O governo legítimo é o governo do povo, e o povo governa pelo voto. O voto é

já titulava Promotores *da* Justiça com funções criminais. Lembro, contudo, conforme fiz consignar, que aquele tribunal não refletia qualquer divisão de poderes do estado, mas sim a organização de uma justiça, o que se fazia necessário, mas com a atuação dos personagens por delegação do rei absoluto, sem qualquer menção a existência de um "poder Judiciário" – o mesmo se diga em relação ao tribunal da relação do Rio de janeiro instalado em 1851 e extinto em 1808. A institucionalizada divisão de poderes só aconteceu no Brasil com a constituição de 1824 e, em outros países, seguindo este fluxo de época, em suas respectivas constituições. O Ministério Público, como se pode verificar da doutrina clássica de Pimenta Bueno, mesmo após o constitucionalismo, exercia as suas funções por delegação do rei. A acusação se fazia em nome da soberania e da coroa. A questão se torna importante em vista da posição e atuação do ministério público no constitucionalismo contemporâneo.

43 Vale a citação para reforço de todo o argumento central deste ensaio: "O Brasil, a partir da sua Independência Política de 1822, estará sob a influência de um Estado de Direito cuja referência externa está na Revolução Francesa de 1789 e que vem, à guisa de lá, assinalar, no País, o surgimento de um regime liberal e a passagem da condição individual e servil de súditos da Coroa Portuguesa, marca do nosso Colonialismo, para a de cidadãos do Império." Marins, Vicente.Aspectos Jurídicos, educacionais da Constituição de 1824. Publicado no site: www.ufsm.br, pesquisado em 24 de junho de 2012.

o instrumento. O que sofre o povo, em um regime democrático, pode-se dizer que, em parte, é resultado de sua escolha equivocada. No governo das imposições o sofrimento do povo é resultado das experiências de um grupo que detém o poder e quase sempre as armas. As experiências, muitas das vezes, são até pessoais. A liberdade e o voto: eis o caminho; a cultura: eis ainda o combustível.

Seja o modelo soviético seja o modelo americano, correto é que qualquer deles começa equivocado quando utiliza a via do autoritarismo armado.

Após 1964, alguém não escolhido pelo povo fechou o Congresso. Em 1823, alguém que também não foi escolhido pelo povo fechou a Assembleia Constituinte. Em 1964, andamos pior porque foi retroceder em muito, diferentemente de 1823, quando a evolução da história não deixava às claras qualquer outra margem de fuga e a figura "aclamada" de um imperador surgia como a salvação. O imperador constitucional era a própria modernidade personificada. É contraponto também que o nosso comparativo deixou de fora alguns outros fatos históricos e relevantes como o Estado Novo.

A independência seguida do império personificado representou o caminho natural e, por pouco, senão outras conjecturas políticas completamente equivocadas, o início do que poderia ter sido um grande Estado já em meados do século XIX. O caminho era adequado ao momento histórico, ainda que o fechamento da Constituinte tenha sido, um verdadeiro ato (golpe) de autoridade absoluta.

Interessa que os maus e bons resultados sejam imputados à correlata boa ou má escolha, que se instrumentaliza pelo voto. A evolução é questão de tempo. O Brasil não é mais o país do futuro, mas ainda é um Estado jovem a caminho do aperfeiçoamento cultural e democrático.

Alguns acontecimentos atuais soam pior que o fechamento da Constituinte de 1823. Mas, contemporaneamente vale que a democracia sem cultura é um enorme potencial adormecido ou facilmente manipulável em seu exercício. Cultura social geral e irrestrita adicionada à democracia: eis o possível caminho!

Por fim, de 1824 até elaboração desse singelo ensaio, tem-se que, de uma forma ou de outra nunca se deixou de ter uma constituição no Brasil, sendo a presente onda constitucionalista a mais forte já vista, com escopo na constituição cidadã de 1988.

REFERÊNCIAS

ARANTES, Jorge. *Pequeno dicionário crítico*:histórico, geográfico, econômico, político e social. Rio de Janeiro: Interciência, 2003.

BERMAN, Harold. *Direito e revolução*. Tradução: Eduardo Takemi Kataoka.

São Leopoldo - RS: Unisinos, 2004.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BONAVIDES, Paulo; VIEIRA, R.A. Amaral. *Textos políticos da História do Brasil*. Fortaleza: Imprensa Universitária.

DA SILVA, José Afonso; Curso de Direito Constitucional Positivo. 11ª ed. São Paulo: Malheiros.

FAUSTO, Boris. *História concisa do Brasil*. São Paulo: Ed USP, 2006.

GOMES, Laurentino.*1822*: Como um homem sábio, uma princesa triste e um escocês louco por dinheiro ajudaram D. Pedro a criar o Brasil, um país que tinha tudo para dar errado. Rio de janeiro: Nova Fronteira, 2010.

LOPES, José Reinaldo de Lima; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; ACCA, Thiago dos Santos. *Curso de História do Direito*. 2. ed. São Paulo: Método, 2009.

MARTINS, Vicente. Aspectos Jurídicos, educacionais da Constituição de 1824. Publicado no site: www.ufsm.br, pesquisado em 24 de junho de 2012.

MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 3ª ed. 2011

LIMA, Oliveira, D. João VI no Brasil. 3ª ed. Rio de janeiro: Top books: 1996.

PIMENTA BUENO, José Antônio. Obra: direito público Brasileiro e análise da constituição do império, inserida e: Coleção formadores do Brasil. Rio de janeiro: Editora 34, 1ª ed. 2002. Organizador: Eduardo Kugelmas

SITE governamental: www.planalto.gov.br para os textos da constituição de 1824.

RIBEIRO, Gladys Sabina; PEREIRA, Vantuil. GREINBERG, Keila; SALLES, Ricardo (Org.). O Brasil Imperial V-I - 1808-1831. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009, p.139/173.

SCHWARCZ, Lilia Moritz; AZEVEDO, Paulo Cezar de; COSTA, Angela Marques da.*A longa Viagem da Biblioteca dos Reais*, 2ª Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. *Direito e Justiça no Brasil Colonial*: o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808). Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

IMPROBIDADE É SINÔNIMO DE DESONESTIDADE?

EMERSON GARCIA *

SUMÁRIO: 1. Aspectos introdutórios. 2. As especificidades da "*linguagem para propósitos específicos*". 3. A improbidade administrativa enquanto manifestação da injuridicidade. Epílogo. Referências bibliográficas.

1. Aspectos introdutórios

O signo linguístico *improbidade* há muito frequenta os padrões normativos editados em *terra brasilis*. Nossa primeira Constituição republicana, em seu art. 54, § 6º, em redação reproduzida pelos sucessivos textos constitucionais, considerava crime de responsabilidade do Presidente da República qualquer atentado à "*probidade da administração*", e a Consolidação das Leis do Trabalho, em seu art. 482, a, incluiu o "*ato de improbidade*" entre as situações que justificam a rescisão do contrato de trabalho por justa causa. Apesar da previsão normativa, não havia a preocupação de definir o que se deve entender por improbidade, tarefa transferida à doutrina e à jurisprudência, que se desincumbiam desse *munus* com observância da funcionalidade da norma e das especificidades do respectivo ramo do direito. Com os olhos voltados à linha inaugural de nossas considerações, é factível que a improbidade no plano político-constitucional assumirá contornos distintos da improbidade praticada no âmbito de uma relação de trabalho.

Em qualquer caso, ainda que a norma não ofereça uma definição exata de *improbidade*, a densificação do seu conteúdo há de principiar pela base semântica oferecida ao intérprete. A probidade encontra sua origem mais remota no latim *probus*, indicando aquilo que brota bem (*pro* + *bho* – da raiz *bhu*, nascer, brotar), denotando o que é bom, o que tem boa qualidade. De forma correlata ao sentido

* Doutor e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Especialista em *Education Law and Policy* pela *European Association for Education Law and Policy* (Antuérpia – Bélgica) e em Ciências Políticas e Internacionais pela Universidade de Lisboa. Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Diretor da Revista de Direito e Consultor Jurídico da Procuradoria Geral de Justiça. Consultor Jurídico da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP). Membro da *American Society of International Law* e da *International Association of Prosecutors* (Haia – Holanda).

etimológico, teve-se uma contínua utilização do vocábulo em uma concepção figurada, sendo frequentemente empregado para caracterizar o indivíduo honrado, íntegro, reto, leal, que tem bons costumes e é honesto, casto e virtuoso. Esse uso terminou por relegar a pureza linguística a plano secundário, tendo sido consagrado o uso figurado. Nesse particular, observa-se que a linguagem é um fenômeno essencialmente cultural, absorvendo sons, unidades de significado e estruturas gramaticais de modo intimamente interligado ao contexto de sua utilização.[1] Esse contexto aponta não só para os aspectos circunstanciais que envolvem a comunicação, como, principalmente, para a base cultural que confere sustentação à linguagem,[2] base esta que reflete a identidade construída e os projetos de aperfeiçoamento de uma sociedade, absorvendo os símbolos e as ações que a caracterizam.[3]

Como derivação do designativo individual (*probus*), tem-se a variante caracterizadora de tal qualidade, papel desempenhado pelos vocábulos *probitas* ou *probitatis*, os quais, em vernáculo, espelham a probidade. Probidade, no âmbito da linguagem ordinária, significa retidão de conduta, honradez, lealdade, integridade, virtude e honestidade.[4]

Com os olhos exclusivamente voltados à linguagem ordinária e totalmente indiferentes ao seu entorno, não poucos doutrinadores têm defendido que "*os atos de improbidade administrativa*" a que se refere o art. 37, § 4º, da Constituição de 1988, devidamente regulamentado pela Lei nº 8.429/1992, nada mais são que atos desonestos. A partir dessa linha argumentativa, que poderíamos denominar de "monocular", isso em razão de sua limitada noção de profundidade, chegam a conclusões cuja principal funcionalidade é a de limitar o potencial expansivo da Lei de regência. É o caso da tese da inconstitucionalidade do ato de improbidade culposo previsto em seu art. 10, isso porque ninguém pode ser desonesto culposamente,[5] e, por razões similares, da necessária exigência de má-fé para a configuração da improbidade administrativa. O objetivo dessas breves linhas é, simplesmente, o de oferecer alguns referenciais argumentativos que contribuam para a identificação do equívoco desse entendimento.

---

1 Cf. MERTZ, Elisabeth. *The language of Law school: learning to "think like a lawyer"*. New York: Oxford University Press, 2007, p. 45.

2 Cf. HÄBERLE, Peter. *Function und Bedeutung der Verfassungsgerichte in vergleichender Perspektive, in Europäische Grundrechte Zeitschrift* 32. *Jg. Heft* 22-23, 2005, p. 685-688.

3 Cf. BARRON, Anne. *Acquisition in interlanguage pragmatics: learning how to do things with words in a study abroad cotext*, Volume 108 de *Pragmatics & beyond*. Philadelphia: John Benjamins Publishing Company, 2003, p. 24.

4 Com sentido similar, tem-se: *probidad* (Espanha); *probità* (Itália); *probité* (França); *integrity* (EUA); e *Rechtschafenheit* (Alemanha).

5 Cf. ALVARENGA, Aristides Junqueira. Reflexões sobre Improbidade Administrativa no Direito Brasileiro, *in* BUENO, Cássio Scarpinella e PORTO FILHO, Pedro Paulo de Resende (orgs.). Improbidade Administrativa, Questões Polêmicas e Atuais. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 89; NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Improbidade Administrativa. Alguns Aspectos controvertidos, *in* Revista do TRF-5ª Região nº 56/336, 2004; BITENCOURT NETO, Eurico. Improbidade Administrativa e Violação de Princípios. Belo Horizonte: Livraria DelRey Editora, 2005, p. 115; e FERREIRA, Sérgio de Andréa. A Probidade na Administração Pública, *in* Boletim de Direito Administrativo agosto/2002, p. 621.

2. As especificidades da "*linguagem para propósitos específicos*"

A crescente ampliação do universo de conhecimento e de atuação dos seres humanos torna inevitável que o processo de comunicação linguística sofra sucessivos refinamentos, de modo a aumentar a sua precisão e, consequentemente, a evitar o surgimento de interferências, responsáveis pelo comprometimento da compreensão da mensagem veiculada. Nessa linha, é natural o surgimento das "*linguagens para propósitos específicos*",[6] como é o caso da linguagem jurídica. Essas linguagens, juntamente com a linguagem ordinária, situam-se sob a epígrafe mais ampla da linguagem convencional.

A linguagem jurídica, analisada sob a ótica dos signos linguísticos utilizados, costuma ser caracterizada por um arquétipo básico, que se reflete no emprego de (1) termos técnicos, com significados puramente técnicos; (2) termos técnicos com significados comuns; (3) termos ordinários com significados comuns;[7] (4) termos ordinários com significados incomuns; (5) termos de origem estrangeira, especialmente latina; e (6) termos técnicos ou ordinários, vagos ou ambíguos,[8] daí decorrendo uma polissemia interna (significados distintos na própria linguagem jurídica) ou uma polissemia externa (um significado na linguagem ordinária e outro na linguagem jurídica),[9] o que aumenta o risco de interferências no processo de comunicação. Não é por outra razão que, na atualidade, a linguagem estritamente jurídica, pelas barreiras que cria, não tem se mostrado um meio totalmente eficaz à veiculação dos conteúdos jurídicos.[10] Distanciar-se do *egocentrismo* e aproximar-se do *conhecimento mútuo* é o grande desafio a ser enfrentado tanto pelas autoridades responsáveis pela elaboração dos textos normativos, como pelo intérprete, aumentando, com isso, as chances de sucesso no processo de comunicação normativa.

Apesar das especificidades da linguagem jurídica e das dificuldades que oferece para a sua exata compreensão, existem diversos fatores que concorrem para a atribuição de significado às expressões linguísticas utilizadas e contribuem para a diminuição dos seus níveis de polissemia e ambiguidade. Com os olhos voltados à compreensão dos denominados "*atos de improbidade*", realçamos um fator em particular, que é o contexto.

O contexto reflete o universo existencial do enunciado linguístico interpretado, podendo ser visto sob uma perspectiva linguística ou não linguística. Aliás,

---

6 Cf. VIOLA, Francesco e ZACCARIA, Giuseppe. *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*. 6ª ed.. Roma: Laterza, 2009, p. 278 e ss...

7 Cf. VILLAR PALASI, José Luis. *La Interpretación y los Apotegmas Jurídico-Lógicos*. Madrid: Editorial Tecnos, 1975, p. 98.

8 Cf. AUBERT, Jean-François. *Traité de Droit Constitutionnel Suisse*, vol. I. Neuchatel: Éditions Ides et Calendes, 1967, p. 116.

9 Cf. CONSTANTINO PETRI, Maria José. Manual de Linguagem Jurídica. 2ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 30-31.

10 Cf. SCHNEIDEREIT, Gaby. *Legal Language as a Special Language: Structural Features of English Legal Language*. Germany: Green Verlag, 2007, p. 4.

remonta aos romanos o brocardo "*lex non est textus sed contextus*". Alguns autores reservam o designativo *contexto* ao universo linguístico, referindo-se ao não linguístico como *situação*.[11]

O contexto linguístico alcança todos os fatores de natureza homônima que apresentem algum tipo de conexão com o enunciado interpretado, o que pode redundar em sucessivos níveis de dependência e generalidade, principiando pelas relações com os demais signos e enunciados inseridos no texto: avançando pelas relações do texto com outros textos, até alcançar as relações entre conjuntos de textos, cada qual representando um sistema específico. Não é incomum que o contexto linguístico seja dividido em distintos setores disciplinares, formando universos distintos e relativamente independentes, de modo que as conexões linguísticas permaneçam adstritas a cada um desses setores. Essa separação é particularmente perceptível em relação aos distintos ramos do direito, sendo possível que um mesmo signo linguístico ostente significados diversos conforme o ramo em que utilizado.[12]

Em relação ao contexto não linguístico, observa-se que ele absorve um amplo e variado leque de fatores, incluindo aspectos sociopolíticos e econômicos e os contornos culturais da sociedade,[13] propósitos e objetivos tidos como relevantes, ou, mesmo, as peculiaridades de uma situação concreta.[14] Todos amplamente suscetíveis à ação do tempo. As normas jurídicas, enquanto padrões de regulação social, não podem ser individualizadas à margem dessa realidade. Pelo contrário, o seu significado será definido com a necessária influência da totalidade do contexto, mais especificamente com a influência do modo pelo qual o intérprete vê e apreende esse contexto.[15] O processo de interpretação não permanece adstrito ao material fornecido pelas fontes formais, sendo factível que a ele se soma uma multiplicidade de conceitos que delineiam o patrimônio cultural da sociedade e, em última *ratio*, do próprio intérprete. É o contexto social que justifica a existência da regulação estatal e estabelece os significados correntes da linguagem utilizada.[16]

Se a multiplicidade de fatores que compõem o contexto não linguístico é facilmente perceptível, o mesmo pode ser dito em relação à sua falta de sistematização e à indeterminação da exata influência que exercem na atribuição de significado aos significantes normativos. A falta de coerência que reina nessa seara não tem impedido que tais fatores sejam constantemente considerados pelo

11 Cf. MODUGNO, Franco. *Interpretazione Giuridica*. Padova: CEDAM, 2009, p. 112 e 136.
12 Cf. TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di Diritto Privato*. 6ª ed.. Milano: Giuffrè, 1983, p. 11.
13 Cf. AVELAR FREIRE SANT'ANNA, Alayde. A Radicalização do Direito. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 37 e ss..
14 Como ressaltado por Richard Posner, não é incomum que o juiz norte-americano adote uma postura "*legalista*" ou "*não-legalista*", permanecendo adstrito ou distanciando-se do texto normativo, a partir da reação moral ou emocional (*v.g.*: repulsa, indignação, contentamento etc.) que tenha em relação à conduta de uma das partes envolvidas na lide (*How Judges Think?* Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 231).
15 Cf. BELLERT, Irena. *La linguistica testuale* (*On a Condition of the Coherence of Text*). Trad. de CONTE, M. Elisabeth. Milano: Feltrinelli, 1977, p. 180.
16 Cf. LAVAGNA, Carlos. *Costituzione e socialismo*. Bologna: Il Mulino, 1977, p. 39.

intérprete, não de modo uniforme, mas com evidentes variações qualitativas e quantitativas. Essas variações costumam ser influenciadas pelos referenciais ideológicos encampados pelo intérprete e pela teoria da interpretação adotada. Na medida em que cada intérprete enumera os fatores que têm por relevantes e atribui a cada um deles o peso que lhe pareça mais adequado às peculiaridades espaciais, temporais e pessoais que envolvem o processo de interpretação, afigura-se evidente que as escolhas a serem realizadas terão influência direta no delineamento dos significados em potencial.

É possível, no entanto, traçar alguns balizamentos à escolha desses fatores.

O primeiro deles reside na necessidade de o intérprete manter-se adstrito àqueles fatores que estejam conectados à situação concreta e ao enunciado linguístico escolhido como base do processo de interpretação. Somente esses fatores podem ser considerados relevantes, não aqueles que apenas encontrem ressonância na pré-compreensão e nas aspirações pessoais do intérprete.

Um segundo balizamento consiste na constatação de que, embora não seja possível atribuir contornos puramente objetivos a escolhas dessa natureza, o intérprete somente encontrará receptividade por parte dos demais participantes do processo de comunicação normativa caso consiga "generalizar" seus argumentos. Argumentos empíricos dessa natureza não podem destoar da base cultural e dos padrões de racionalidade já sedimentados no ambiente sociopolítico, isso sob pena de serem desautorizadas as conclusões alcançadas. A invocação das regras de experiência, do senso comum, do *aquis* social e de outras formas de expressão do consenso ou, simplesmente, da ampla convergência, são recursos úteis para o intérprete.

O terceiro balizamento, particularmente útil nas situações de internormatividade, consiste na necessidade de o intérprete considerar os fatores de natureza normativa que podem influenciar na interpretação do enunciado linguístico. Trata-se de imperativo de coerência que assegura a unidade do sistema jurídico.

O quarto balizamento indica que esses fatores nem sempre ostentarão o mesmo grau de importância, tanto no que diz respeito à situação concreta, como em relação ao enunciado linguístico interpretado. É possível, assim, seja estabelecida uma ordem de preferência entre eles, ordem esta que não deve destoar dos *standards* normalmente seguidos no ambiente sociopolítico.

Essas, portanto, são as diretrizes que utilizaremos na verificação da alegada sobreposição dos referenciais de improbidade e desonestidade.

3. A improbidade administrativa enquanto manifestação da injuridicidade

Ao analisarmos se os denominados "*atos de improbidade administrativa*" devem ter o seu conteúdo delineado com o só recurso à linguagem ordinária ou se refletem

um conceito técnico, inserido em uma linguagem para propósitos específicos, não podemos prescindir da verificação dos contextos linguístico e não linguístico.

Principiando pelo contexto linguístico, merece transcrição o art. 37, § 4º, da Constituição de 1988, *verbis*: "*[o]s atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível*". O enunciado linguístico em que inserida a expressão objeto de análise indica as sanções básicas a serem aplicadas ao ímprobo, acrescendo que tal se daria "*na forma e gradação previstas em lei*". Caberia à norma associar os atos de improbidade às sanções correspondentes, estabelecendo, ainda, um escalonamento entre eles, consoante a sua gravidade, daí decorrendo a cominação de sanções mais severas ou mais brandas. Antes de avançarmos para a legislação infraconstitucional, ainda é importante observarmos que o art. 37 da Constituição de 1988 veicula uma série de regras e princípios regentes da atividade estatal, todos vinculantes para os agentes públicos.

O referido § 4º do art. 37 foi regulamentado pela Lei nº 8.429/1992, que estabeleceu um novo contexto linguístico para a identificação do sentido dos atos de improbidade. Esse contexto, de contornos normativos, contém três espécies distintas de atos de improbidade, que são (1) o enriquecimento ilícito, (2) o dano ao patrimônio público e (3) a violação aos princípios regentes da atividade estatal, sendo sabido por todos que estes últimos podem veicular diversos conteúdos distintos (*v.g.*: princípios da legalidade, da moralidade, da impessoalidade etc.). Nesse momento, já podemos alcançar uma conclusão parcial: como a própria lei, partindo de um comando constitucional, indicou o que se deveria entender por atos de improbidade, o significado dessa expressão nitidamente se desprendeu da linguagem ordinária e adentrou no domínio da linguagem para propósitos específicos.

A violação aos princípios regentes da atividade estatal é a base de desenvolvimento de qualquer juízo valorativo que busque demonstrar a ocorrência da improbidade administrativa. Além de conferirem unidade ao sistema normativo-constitucional, os princípios atuam como fatores de imposição, de interpretação e de integração. Possuem caráter imperativo, exigindo que indivíduos e poderes constituídos adotem as medidas necessárias, na medida mais ampla possível, à materialização dos valores que albergam. Influem na interpretação dos padrões normativos do sistema, contribuindo para estender ou retrair o seu potencial de incidência. Permitem sejam contornadas as lacunas da Constituição formal, contribuindo para o aperfeiçoamento da completude da ordem constitucional. A licitude dos atos dos agentes públicos há de ser extraída da conjunção das regras e dos princípios, quer explícitos, quer implícitos, o que conferirá a estes um grau de obrigatoriedade que há muito é difundido mas que pouco tem se concretizado.

A adequação do ato à norma não mais pode ser vista sob um prisma meramente formal – que consubstanciava a concepção clássica de legalidade – passando a

ser perquirida a sua correspondência aos valores que conduzem à concreção da própria noção de Direito. Daí se falar em *legalidade substancial*, o que pressupõe um juízo de valoração da essência do ato, com a sua consequente legitimação à luz dos vetores do Estado de Direito. Com a constitucionalização dos princípios, que terminaram por normatizar inúmeros valores de cunho ético-jurídico, a concepção de legalidade cedeu lugar à noção de juridicidade, segundo a qual a atuação do Estado deve estar em harmonia com o Direito, afastando a noção de legalidade estrita - com contornos superpostos à regra -, passando a compreender regras e princípios. A unidade da Constituição indica que todas as normas por ela formalmente encampadas têm igual força e hierarquia, sendo cogente a sua observância pelos agentes públicos. Como a abstração de qualquer regra redundará na obtenção de um princípio correlato, é natural seja este último o foco de análise utilizado pela Lei nº 8.429/1992.

A improbidade administrativa, portanto, sempre estará associada à violação da juridicidade, o que, obviamente, não prescinde dos temperamentos oferecidos pelo critério de proporcionalidade, evitando, com isso, a incidência da Lei nº 8.429/1992 em condutas de pouca ou nenhuma lesividade ao bem jurídico tutelado.[17] Quando o agente público parar no *minus*, sua conduta será enquadrada no art. 11 da Lei nº 8.429/1992, avançando para o *plus*, o enriquecimento ilícito ou o dano ao patrimônio público, a tipologia se deslocará, respectivamente, para o art. 9º ou o art. 10.

Além do contexto linguístico, também o não linguístico evidencia que o ambiente sociopolítico é plenamente refratário a um agente público que passe ao largo das regras e dos princípios regentes da atividade estatal. Afinal, o surgimento de "*códigos paralelos de conduta*" tende a lesar interesses individuais e a comprometer a satisfação do interesse público, o que leva a sociedade a ostentar elevados níveis de desconfiança em relação aos poderes constituídos, situação sempre perigosa ao lembrarmos que há pouco deixamos de conviver com um regime de exceção, de triste memória para o povo brasileiro.

De acordo com a sistemática adotada pelo art. 37, § 4º, da Constituição da República e pela Lei nº 8.429/1992, é perfeitamente possível termos atos de improbidade que não sejam propriamente atos desonestos. Basta pensarmos na conduta de um Prefeito Municipal que, em razão de sua origem humilde, valoriza o trabalho e a família e pouca importância dá ao estudo, o qual, aliás, jamais esteve ao seu alcance. Por ver na educação não mais que uma frívola vaidade, utiliza recursos vinculados, do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB), instituído pela Emenda Constitucional nº 53/2006 e regulamentado pela Lei nº 11.494/2007, para a construção de um monumento à família. A aplicação dos recursos em finalidade diversa da legal impossibilita a aquisição de merenda para as crianças e o pagamento dos docentes, que paralisam suas atividades. Por desconsiderar

17 Para maior desenvolvimento do tema, vide, de nossa autoria, a primeira parte da obra intitulada Improbidade Administrativa. 6ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 118.

a prioridade absoluta de que gozam as crianças e os adolescentes (CR/1988, art. 227, *caput*), afrontar a ordem constitucional e infraconstitucional, bem como por realizar um ato nitidamente ineficiente, de pouca importância quando cotejado com o bem jurídico violado, afigura-se evidente a prática do ato de improbidade administrativa descrito no art. 11, I, da Lei nº 8.429/1992: "*praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência*". Conquanto esteja evidenciada a vontade de descumprir a lei, não há propriamente má-fé ou desonestidade na conduta do agente público, o que em nada ameniza a extrema lesividade de sua conduta.

Epílogo

A linguagem ordinária, conquanto assuma indiscutível relevância na atribuição de significado aos enunciados linguísticos normativos, não tem o condão de afastar as singularidades da linguagem para propósitos específicos, como é o caso da linguagem jurídica. Na identificação da aproximação ou do distanciamento em relação a uma ou outra assume especial relevância o contexto, linguístico ou não linguístico. No direito brasileiro, os "*atos de improbidade*" a que se refere o art. 37, § 4º, da Constituição de 1988 e a Lei nº 8.429/1992 nem sempre refletirão a prática de atos desonestos, sendo o significado ordinário preterido em prol do jurídico.

OS TRÊS MODELOS DE DIREITO PROCESSUAL: INQUISITIVO, DISPOSITIVO E COOPERATIVO[1].

FREDIE DIDIER JR.*

Resumo. O ensaio tem por objetivo expor as principais características do modelo de processo cooperativo, confrontando-o com os tradicionais modelos inquisitivo e dispositivo.

Palavras-chave: Processo inquisitivo. Processo adversarial. Princípio da cooperação. Devido processo legal.

Abstract. The essay aims at presenting the main features of the model of cooperative procedure, confronting them with the traditional models of inquisitive and dispositive procedures.

Keywords: Inquisitive procedure. Adversarial procedure. Principle of cooperation. Due process of law.

1. Nota introdutória.

Há diversos modelos de direito processual, e todos eles podem ser considerados em *conformidade* com o princípio do devido processo legal. Tudo vai depender do que se entende por *devido processo legal*, que, por se tratar de cláusula geral, é texto cujo conteúdo normativo variará sobremaneira a depender do espaço e do tempo em que seja aplicado.

A doutrina costuma identificar dois modelos de processo na civilização ocidental influenciada pelo iluminismo: o modelo dispositivo e o modelo inquisitivo. Identificamos um terceiro modelo: o processo cooperativo.

Vamos examinar cada um deles.

---

*Professor-adjunto de Direito Processual Civil da Universidade Federal da Bahia. Mestre (UFBA), Doutor (PUC/SP), Pós-doutor (Universidade de Lisboa) Livre-Docente (USP). Advogado e consultor jurídico. www.frediedidier.com.br

1 Escrito em homenagem ao Professor José Ignacio Botelho de Mesquita

2. "Princípios" dispositivo e inquisitivo. Modelos tradicionais de organização do processo: *adversarial* e *inquisitorial*.

A organização do processo não prescinde de uma distribuição das funções que devam ser exercidas pelos sujeitos processuais. Cada um deles exerce um papel, mais ou menos relevante, na instauração, no desenvolvimento e na conclusão do processo.

A doutrina costuma identificar dois *modelos* de estruturação do processo: o modelo *adversarial* e o modelo *inquisitorial*. Não obstante haja muita discussão em torno da caracterização de tais modelos, bem como seja criticável a terminologia,[2] a dicotomia ainda continua sendo bastante utilizada e serve, pois, como uma apresentação, ao menos para fins didáticos, do tema.

Em suma, o modelo *adversarial* assume a forma de competição ou disputa, desenvolvendo-se como um conflito entre dois adversários diante de um órgão jurisdicional relativamente passivo, cuja principal função é a de decidir[3]. O modelo *inquisitorial* (não adversarial) organiza-se como uma pesquisa oficial, sendo o órgão jurisdicional o grande protagonista do processo. No primeiro sistema, a maior parte da atividade processual é desenvolvida pelas partes; no segundo, cabe ao órgão judicial esse protagonismo[4].

> A divisão do "trabalho" processual é tema clássico e dos mais importantes. Como afirma BARBOSA MOREIRA, "falar dos poderes do juiz importa enfrentar problema central de política jurídica, a cujo respeito todo o sistema processual é chamado a definir-se: o problema da 'divisão de trabalho' entre o órgão judicial e as partes. (...) Aceita a premissa de que ao titular do direito, em princípio, toca livremente resolver se ele deve ou não ser defendido em juízo, daí não se extrairá, sem manifesto salto lógico, que lhe assista idêntica liberdade de influir na maneira por que, uma vez submetida a lide ao órgão estatal, deva este atuar com o fim de estabelecer a norma jurídica concreta aplicável à espécie. Se cabe ver no litígio uma como enfermidade social, a cuja cura se ordena o processo, antes parece lícito raciocinar analogicamente a partir do fato de que o enfermo, no sentido físico da palavra, livre embora de resolver se vai ou não internar-se em hospital, tem de sujeitar-se, desde que

2 Sobre os problemas desta dicotomia, DAMAŠKA, Mirjan R. *The faces of justice and State Authority*. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 3 e segs; CHASE, Oscar G. "A 'excepcionalidade' americana e o direito processual comparado". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2003, n. 110, p. 122.

3 JOLOWICZ, J. A. "Adversarial an inquisitorial approaches to civil litigation". *On civil procedure*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 177.

4 DAMAŠKA, Mirjan R. *The faces of justice and State Authority*, cit., p. 3. No original: "The adversarial mode of proceeding takes its shape from a contest or a dispute: it unfolds as an engagement of two adversaries before a relatively passive decision maker whose principal duty is to reach a verdict. The nonadversarial mode is structured as an official inquiry. Under the first system, the two adversaries take charge of most procedural action; under the second, officials perform most activities".

> opte pela internação, às disposições do regulamento: não pode impor a seu bel-prazer horários de refeições e de visitas, nem será razoável que se lhe permita controlar a atividade do médico no uso dos meios de investigação indispensáveis ao diagnóstico, ou na prescrição dos remédios adequados".[5]

Fala-se que, no modelo *adversarial*, prepondera o *princípio dispositivo*, e, no modelo *inquisitorial*, o *princípio inquisitivo*. Princípio, aqui, é termo utilizado não no sentido de "espécie normativa", mas, sim, de "fundamento", "orientação preponderante" etc. Assim, quando o legislador atribui às partes as principais tarefas relacionadas à condução e instrução do processo, diz-se que se está respeitando o denominado *princípiodispositivo*; tanto mais poderes forem atribuídos ao magistrado, mais condizente com o *princípio inquisitivo* o processo será. A dicotomia *princípio inquisitivo-princípio dispositivo* está intimamente relacionada à atribuição de poderes ao juiz: sempre que o legislador atribuir um poder ao magistrado, independentemente da vontade das partes, vê-se manifestação de "inquisitividade"; sempre que se deixe ao alvedrio dos litigantes a opção, aparece a "dispositividade".

> Já se pretendeu distinguir o processo penal e o processo civil exatamente pelo conjunto de poderes atribuídos ao magistrado, inicialmente mais intenso naquele do que nesse[6].
>
> Também haja quem relacione o processo *adversarial* ao *common law* e o processo inquisitivo ao *civil law*. Como primeiro passo, a relação é correta, mas não devem ser ignoradas as profundas influências recíprocas que esses sistemas vêm causando um no outro, a ponto de a diferenciação entre eles ficar cada vez mais difícil.

A "dispositividade" e a "inquisitividade" podem manifestar-se em relação a vários temas: a) instauração do processo; b) produção de provas; c) delimitação do objeto litigioso (questão discutida no processo); d) análise de questões de fato e de direito; e) recursos etc.

Nada impede que o legislador, em relação a um tema, encampe o "princípio dispositivo" e, em relação ao outro, o "princípio inquisitivo".

Por exemplo: no direito processual civil brasileiro, a instauração do processo e a fixação do objeto litigioso (o problema que deve ser resolvido pelo órgão jurisdicional) são, em regra, atribuições da parte (arts. 128, 263 e 460, CPC). Já em relação à investigação probatória, o CPC admite que o juiz determine a produção de provas *ex officio* (art. 130 do CPC).

> Convém transcrever o pensamento de Barbosa Moreira: "...fala-se de princípio dispositivo a propósito de temas como o da iniciativa de instauração do processo, o da fixação do objeto litigioso, o da tarefa

5 MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo". *Temas de direito processual civil* – quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 45-46.

6 Atualmente, uma tal distinção não se justifica. Ver, por todos, o excelente trabalho de MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Processo civil e processo penal: mão e contramão?". *Temas de direito processual – sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 201-215.

de coletar provas, o da possibilidade de autocomposição do litígio, o da demarcação da área coberta pelo efeito devolutivo do recurso, e assim por diante. Nada força o ordenamento a dar a todas essas questões, com inflexível postura, respostas de idêntica inspiração".[7]

Difícil, portanto, estabelecer um critério identificador da *dispositividade* ou da *inquisitoriedade* que não comporte exceção. Não há sistema totalmente dispositivo ou inquisitivo: os procedimentos são construídos a partir de várias combinações de elementos *adversariais* e *inquisitoriais*[8]. Não é possível afirmar que o modelo processual brasileiro é totalmente *dispositivo* ou *inquisitivo*. O mais recomendável é falar em predominância em relação a cada um dos temas: em matéria de produção de provas, no efeito devolutivo dos recursos, na delimitação do objeto litigioso etc.

É fundamental visualizar o problema, enfim, sob dois aspectos: a) propositura da demanda: delimitação do objeto litigioso do processo; b) estrutura interna do processo: impulso processual, produção de provas, efeito devolutivo do recurso etc. No primeiro aspecto, há uma dimensão substancial da *dispositividade/inquisitividade*; no segundo, uma dimensão *processual* do tema.

Barbosa Moreira e Bedaque defendem uma outra acepção do princípio dispositivo: é "preferível que a denominação *princípio dispositivo* seja reservada tão somente aos reflexos que a relação de direito material disponível possa produzir no processo. E tais reflexos referem-se apenas à própria relação jurídico-substancial. Assim, tratando-se de direito disponível, as partes têm ampla liberdade para dele dispor, através de atos processuais (renúncia, desistência, reconhecimento do pedido). (...) Trata-se de um princípio relativo à relação material, não à processual".[9-10]

Os autores, como se pode constatar, pretendem dar ao *princípio dispositivo/inquisitivo* uma dimensão substancial, pois o relaciona à situação jurídica discutida: se disponível, processo dispositivo; se indisponível, processo inquisitivo.

Note-se, porém, que, independentemente da natureza do direito discutido, persiste a necessidade de iniciativa da parte para dar início ao processo. No entanto, admite-se a abertura *ex officio* de processo de inventário (art. 989, CPC), que cuida de interesses eminentemente disponíveis[11]. Também é irrelevante a natureza do direito no que se refere à iniciativa oficial de produção de provas (art. 130 do CPC).

3. Nota sobre o "garantismo processual".

A doutrina costuma relacionar o modelo *adversarial-dispositivo* a regimes

7 MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Reformas processuais e poderes do juiz". *Temas de direito processual – 8ª série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 53.
8 JOLOWICZ, J. A. "Adversarial an inquisitorial approaches to civil litigation", cit., p. 175-176.
9 MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Reformas processuais e poderes do juiz". *Temas de direito processual – 8ª série*. São Paulo: Saraiva, 2004.
10 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2001, p. 90.
11 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*, cit., p. 92.

não-autoritários, politicamente mais liberais, e o modelo *inquisitivo* a regimes autoritários, intervencionistas. Trata-se de afirmação bem frequente na doutrina.

A ilação é um tanto simplista. Se é certo que dados culturais certamente influenciarão a conformação do processo, método de exercício de poder, não há relação direta entre aumento de poderes do juiz e regimes autocráticos, ou incremento do papel das partes e regimes democráticos. Nem processo dispositivo é sinônimo de processo democrático, nem processo inquisitivo significa processo autoritário.

É desse contexto que surge uma doutrina denominada de *garantismo processual*, que tem por objetivo *proteger* o cidadão dos abusos do Estado, caracterizado, no caso, pelo aumento dos poderes do juiz. Esse pensamento funda-se na doutrina do filósofo italiano LUIGI FERRAJOLI[12], que esboçou uma teoria do garantismo para o Direito. Há ardorosos defensores dessa concepção, destacando-se JUAN MONTERO AROCA (Espanha), LUIS CORREIA DE MENDONÇA (Portugal), FRANCO CIPRIANI (Itália)[13] e HUGO CAVERO (Peru)[14]. Esse pensamento já foi denominada no Brasil de "neoprivatismo processual"[15].

Para essa corrente, a própria discussão sobre a boa-fé no processo revela traços autoritários[16]. Há evidente exagero. Se mesmo na guerra a ética há de ser preservada, como não defender a existência de um princípio da boa-fé processual, em que, ainda que apenas metaforicamente, de modo civilizado e sob supervisão do juiz, as partes "guerreiam" por seus interesses? Ademais, como afirma LEONARDO GRECO, "bem aplicado, esse princípio... serve com certeza mais adequadamente ao processo liberal"[17], pois serve à proteção dos direitos subjetivos dos litigantes, "pois a eficácia das garantias fundamentais do processo impõe um juiz tolerante e partes que se comportem com lealdade"[18].

4. Processo cooperativo: um terceiro modelo de organização do processo. Princípios e regras de cooperação. Eficácia do princípio da cooperação.

Os princípios do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório, juntos, servem de base para o surgimento de outro princípio do processo: o

12 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria geral do garantismo penal*. Fauzi Choukr (trad.). São Paulo: RT, 2002, p. 683-766.

13 Sobre essa concepção, amplamente, consultar a coletânea AROCA, Juan M. (org.). *Proceso e ideología*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006.

14 CAVERO, Hugo. "El garantismo del profesor James Goldschmidt: vigencia de un pensamiento viejo y bueno, o vigencia del pensamiento de un viejo bueno". *Revista Peruana de Decrecho Procesal*. Lima: Communitas, 2009, n. 14, p. 18-20.

15 MOREIRA, José Carlos Barbosa. "O neoprivatismo no processo civil". *Leituras complementares de Processo civil*. 7ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009, p. 309-320.

16 AROCA, Juan Montero. *Los princípios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Valência: Tirant lo blanch, 2001, p. 106-108; MENDONÇA, Luís Correia de. "O vírus autoritário". *Julgar*. Lisboa: Associação sindical dos juízes portugueses, 2007, n. 1, p. 86 e segs.

17 GRECO, Leonardo. "Publicismo e privatismo no processo civil". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2008, n. 164, p. 49.

18 GRECO, Leonardo. "Publicismo e privatismo no processo civil", cit., p. 52.

princípio da cooperação. O princípio da cooperação define o modo como o processo civil deve estruturar-se no direito brasileiro.

Esse modelo caracteriza-se pelo redimensionamento do *princípio do contraditório*, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, e não mais como um mero espectador do *duelo* das partes[19]. O contraditório volta a ser valorizado[20] como instrumento indispensável ao aprimoramento da decisão judicial, e não apenas como uma regra formal que deveria ser observada para que a decisão fosse válida[21].

A condução do processo deixa de ser *determinada* pela vontade das partes (marca do processo liberal dispositivo). Também não se pode afirmar que há uma condução inquisitorial do processo pelo órgão jurisdicional, em posição *assimétrica* em relação às partes. Busca-se uma condução *cooperativa* do processo[22], sem destaques a algum dos sujeitos processuais.

O modelo cooperativo parece ser o mais adequado para uma democracia. Dierle José Coelho Nunes, que fala em *modelo comparticipativo de processo* como técnica de construção de um processo civil *democrático* em conformidade com a constituição, afirma que "a comunidade de trabalho deve ser revista em perspectiva policêntrica e coparticipativa, afastando qualquer protagonismo e se estruturando a partir do modelo constitucional de processo"[23].

Disso surgem deveres de conduta tanto para as partes como para o órgão jurisdicional, que assume uma "dupla posição": "mostra-se paritário na condução do processo, no diálogo processual", e "assimétrico" no momento da decisão[24]; não conduz o processo *ignorando* ou *minimizando* o papel das partes na "divisão do trabalho"[25], mas, sim, em uma posição paritária, com diálogo e equilíbrio.

No entanto, não há paridade no momento da decisão; as partes não decidem

19 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. "Garantia do Contraditório". *Garantias* Constitucionais do Processo Civil. São Paulo: RT, 1999, p. 139-140.

20 Como já fora no processo medieval romano-canônico, GIULIANI, Alessandro. "L'ordo judiciarius medioevale (riflessioni su un modello di ordine isonomico)". *Rivista di Diritto Processuale*. Milano: CEDAM, 1998, v. 43, p. 611; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. "Poderes do juiz e visão cooperativa do processo". *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênesis, 2003, n. 27, p. 25-26; MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. São Paulo: RT, 2009, p. 81.

21 Sobre esse papel do princípio do contraditório, neste contexto histórico, muito oportuna a leitura de MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*, cit., p. 89-90.

22 "Colaboração essa, acentue-se, vivificada por permanente diálogo, com a comunicação das idéias subministradas por cada um deles [sujeitos processuais]: juízos históricos e valorizações jurídicas capazes de ser empregados convenientemente na decisão. Semelhante cooperação, ressalte-se, mais ainda *se justifica pela complexidade da vida atual*". (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. "Poderes do juiz e visão cooperativa do processo", cit., p. 27, texto entre colchetes e grifo acrescentados.) O autor também defende a existência deste novo modelo de direito processual (cit., p. 28).

23 NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 215. Neste mesmo sentido, ZANETI Jr., Hermes. *Processo constitucional*, cit., p. 60-61.

24 MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*, cit., p. 102-103.

25 Expressão consagrada em doutrina: JOLOWICZ, J. A. "Adversarial an inquisitorial approaches to civil litigation". *On civil procedure*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 182; MOREIRA, José Carlos Barbosa "O problema da 'divisão do trabalho' entre juiz e partes: aspectos terminológicos". *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1989, 4ª série, p. 35-44.

com o juiz; trata-se de *função* que lhe é exclusiva. Pode-se dizer que a decisão judicial é *fruto* da atividade processual em cooperação, é resultado das discussões travadas ao longo de todo o arco do procedimento; a atividade cognitiva é compartilhada, mas a decisão é manifestação do poder, que é exclusivo do órgão jurisdicional, e não pode ser minimizado. Nesse momento, revela-se a necessária assimetria entre as posições das partes e do órgão jurisdicional: a decisão jurisdicional é essencialmente um ato de poder. Em um processo autoritário/inquisitorial, há essa assimetria *também* na condução do processo[26].

Assimetria, aqui, não significa que o órgão jurisdicional está em uma posição processual composta apenas por *poderes processuais*, distinta da posição processual das partes, recheadas de *ônus* e *deveres*. Os princípios do *devido processo legal* e do Estado de Direito imputam ao juiz uma série de deveres (ou *deveres-poderes*, como se queira), que o fazem também sujeito do contraditório, como já se disse. O exercício da função jurisdicional deve obedecer aos limites do devido processo[27]. Assimetria significa apenas que o órgão jurisdicional tem uma função que lhe é própria e que é conteúdo de um poder, que lhe é exclusivo.

Eis o modelo de direito processual civil adequado à cláusula do devido processo legal e ao regime democrático.

Mas é preciso compreender qual é a eficácia normativa desse princípio.

O princípio da cooperação atua *diretamente*, imputando aos sujeitos do processo deveres, de modo a tornar ilícitas as condutas contrárias à obtenção do "estado de coisas" (comunidade processual de trabalho) que o princípio da cooperação busca promover.

Essa eficácia normativa independe da existência de *regras jurídicas* expressas. Se não há regras expressas que, por exemplo, imputem ao órgão jurisdicional o dever de manter-se coerente com os seus próprios comportamentos, protegendo as partes contra eventual comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) do órgão julgador, o princípio da cooperação garantirá a imputação dessa situação jurídica passiva (dever) ao magistrado.

Repita-se: o princípio da cooperação torna *devidos* os comportamentos necessários à obtenção de um processo leal e cooperativo.

O mais difícil é, realmente, sistematizar os deveres processuais que decorrem do princípio da cooperação. Para tanto, convém valer-se de tudo o que já se construiu a respeito dos deveres decorrentes do princípio da boa-fé no âmbito do direito privado. *O dever de cooperação é um deles.*

Os deveres de cooperação podem ser divididos em deveres de *esclarecimento*,

26 "No modelo assimétrico, todavia, o magistrado passa a gozar de amplos poderes de condução do processo, assumindo em definitivo a sua direção" (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*, cit., p. 98).

27 Assim, ZANETI Jr., Hermes. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 198-199.

lealdade e de *proteção*[28].

Vejamos algumas manifestações desses deveres em relação às partes: a) *dever de esclarecimento:* os demandantes devem redigir a sua demanda com clareza e coerência, sob pena de inépcia (art. 295, I, par. ún., CPC); b) *dever de lealdade:* as partes não podem litigar de má-fé (art. 17 do CPC), além de ter de observar o princípio da boa-fé processual (art. 14, II, CPC); c) *dever de proteção*: a parte não pode causar danos à parte adversária (punição ao atentado, arts. 879-881, CPC; há a responsabilidade objetiva do exequente nos casos de execução injusta, arts. 475-O, I, e 574, CPC).

Mas também em *relação ao órgão jurisdicional* é possível visualizar *a aplicação do princípio da cooperação.*

O órgão jurisdicional tem o *dever de lealdade*, de resto também consequência do princípio da boa-fé processual, conforme já examinado.

O *dever de esclarecimento* consiste no dever de o tribunal de se esclarecer junto das partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo[29], para evitar decisões tomadas em percepções equivocadas/apressadas[30]. Assim, por exemplo, se o magistrado estiver em dúvida sobre o preenchimento de um requisito processual de validade, deverá providenciar esclarecimento da parte envolvida, e não determinar imediatamente a consequência prevista em lei para esse ilícito processual (extinção do processo, por exemplo). Do mesmo modo, não deve o magistrado indeferir a petição inicial, tendo em vista a obscuridade do pedido ou da causa de pedir, sem antes pedir esclarecimentos ao demandante - convém lembrar que há hipóteses em que se confere a não advogados a capacidade de formular pedidos, o que torna ainda mais necessária a observância desse dever[31].

O *dever de esclarecimento* não se restringe ao dever de o órgão jurisdicional esclarecer-se junto das partes, mas também o dever de esclarecer os seus próprios pronunciamentos para as partes[32]. É certo que esse dever decorre do dever de motivar, que é uma das garantias processuais já consolidadas ao longo da história. O dever de motivar contém, obviamente, o dever de deixar claras as razões da decisão. Essa circunstância não impede, porém, que se veja aqui também uma concretização do princípio da cooperação, já positivada. No Direito brasileiro,

28 CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes. *Da boa fé no Direito Civil*, cit., p. 604; VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 405.

29 SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2ª ed. Lisboa: Lex, 1997, p. 65. Assim, também, GRASSI, Lúcio. "Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2003, n. 06, p. 50.

30 Art. 266 do CPC de Portugal: "2 - O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de fato".

31 Para Lúcio Grassi, é possível retirar este dever judicial, no direito brasileiro, dos artigos 130, 131, 339, 340, I, do CPC brasileiro ("Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real", cit., p. 51).

32 Afirmando a existência de deveres para o juiz, inclusive o dever de *esclarecer as partes*, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. "Prólogo". *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, t. 1, p. XXII.

decisão obscura é impugnável por meio do recurso de embargos de declaração (art. 535, I, CPC).

Fala-se ainda no *dever de consulta.*

O *dever de consulta* é variante processual do *dever de informar*, aspecto do *dever de esclarecimento*, compreendido em sentido amplo. Não pode o órgão jurisdicional decidir com base em questão de fato ou de direito, ainda que possa ser conhecida *ex officio*,[33] sem que sobre elas sejam as partes intimadas a manifestar-se. Deve o juiz consultar as partes sobre essa questão não alvitrada no processo, e por isso não posta em contraditório, antes de decidir[34]. Eis o *dever de consulta.*

A concretização do princípio da cooperação é, no caso, também uma concretização do princípio do contraditório, que assegura aos litigantes o poder de influenciar na solução da controvérsia[35]. Como cabe ao magistrado a

33 Art. 3º, 3, CPC Português: "O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre ela se pronunciarem". Art. 8º, 2, CPC de Macau: "2. O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando conhecimento à outra parte dos resultados da diligência". Art. 16 Novo Código de Processo Civil francês: "Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir dans SA décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement. Il ne peut fonder sa décision sur le moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations". (na tradução de EDUARDO FERREIRA JORDÃO: "O juiz deve, em todas as circunstâncias, fazer observar e observar ele mesmo o princípio do contraditório. Ele não pode considerar, na sua decisão, as questões, as explicações e os documentos invocados ou produzidos pelas partes a menos que estes tenham sido objeto de contraditório. Ele não pode fundamentar sua decisão em questões de direito que suscitou de ofício, sem que tenha, previamente, intimado as partes a apresentar suas observações".) Art. 101, 2, CPC italiano, recentemente reformado: art. 101 do CPC italiano agora tem um "2º comma", com a seguinte redação: "Se ritiene di porre a fondamento della decisione una questiona rilevata d'ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione".

34 "Ao ver do legislador alemão, uma das circunstâncias capazes de concorrer para que se alcance esse fim consiste na clareza com que, ao longo do processo, possam os litigantes formar idéia sobre o provável desfecho. Para tanto, é mister que saibam quais as questões de fato e de direito consideradas relevantes pelo órgão julgador e tenham oportunidade de trazer ao propósito a sua contribuição. O § 139 da *ZPO* já consagrava, em semelhante perspectiva, o chamado *Hinweispflicht*, isto é, o dever do órgão judicial de providenciar para que as partes elucidassem de modo completo todos os fatos relevantes e indicassem as provas respectivas, incumbindo-lhe, na medida da necessidade, discutir com os litigantes os aspectos fáticos e jurídicos do pleito e formular-lhes perguntas. A reforma trata de reforçar este dever. De acordo com a nova redação do § 139, em princípio é vedado ao tribunal colocar-se, para fundamentar sua decisão, em ponto de vista estranho ao das partes, por elas considerado irrelevante ou por ambos valorado de maneira diferente da que parece correta ao órgão judicial, a menos que este lhes faça a respectiva indicação e lhes dê ensejo de manifestar-se". (MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão". *Temas de direito processual – 8a. série.* São Paulo: Saraiva, 2004, p. 201-202.)

35 GRASSO, Eduardo. "La collaborazione nel processo civile". *Rivista di Diritto Processuale.* Padova: CEDAM, 1966, n. 4, p. 591-592 e 608; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. "Poderes do juiz e visão cooperativa do processo". *Revista de Direito Processual Civil.* Curitiba: Gênesis, 2003, n. 27, p. 28-29; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. "Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do

investigação oficial de algumas questões (como, p. ex., os pressupostos processuais e as condições da ação, *ex vi* do § 3º do art. 267 do CPC), o respeito a esse dever revela-se fundamental.

Caso o magistrado "descubra" a falta de um requisito de admissibilidade, não deve determinar a extinção do processo (se esse for o efeito previsto) sem antes ouvir as partes sobre a questão.

Tem o magistrado, ainda, *o dever de apontar as deficiências das postulações das partes, para que possam ser supridas*. Trata-se do chamado *dever de prevenção*, variante do *dever de proteção*.

O *dever de prevenção* tem um âmbito mais amplo: vale genericamente para todas as situações em que o êxito da ação a favor de qualquer das partes possa ser frustrado pelo uso inadequado do processo[36].

São quatro as áreas de aplicação do dever de prevenção: explicitação de pedidos pouco claros, o caráter lacunar da exposição dos fatos relevantes, a necessidade de adequar o pedido formulado à situação concreta e a sugestão de uma certa atuação pela parte.

> "Assim, por exemplo, o tribunal tem o dever de sugerir a especificação de um pedido indeterminado, de solicitar a individualização das parcelas de um montante que só é globalmente indicado, de referir as lacunas na descrição de um facto, de se esclarecer sobre se a parte desistiu do depoimento de uma testemunha indicada ou apenas se esqueceu dela e de convidar a parte a provocar a intervenção de um terceiro" [37].

No direito brasileiro, esse dever de prevenção está concretizado, por exemplo, no art. 284 do CPC, que garante ao demandante o direito de emendar a petição inicial, se o magistrado considerar que lhe falta algum requisito; não é permitido o indeferimento da petição inicial sem que se dê a oportunidade de correção do defeito[38]. Não cumprindo o autor a diligência que lhe fora ordenada, a petição inicial será indeferida (art. 295, VI, CPC).

Note, enfim, que há o *princípio da cooperação*, que se destina a transformar o processo em uma "comunidade de trabalho" (*Arbeitsgemeinschaft, comunione del lavoro*) "e a responsabilizar as partes e o tribunal pelos seus resultados"[39], e há as *regras de cooperação*, que concretizam esse princípio (como, p. ex., a que exige que o pronunciamento judicial seja claro, inteligível).

---

contraditório". *Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)*. José Roberto dos Santos Bedaque e José Rogério Cruz e Tucci (coord.). São Paulo: RT, 2002, p. 39-42; NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 224-231

36 SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2ª ed., cit., p. 66. Assim, também, GRASSI, Lúcio. "Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real", cit., p. 52.

37 SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2ª ed., cit., p. 66.

38 GRASSI, Lúcio. "Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real", cit., p. 52.

39 SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2ª ed., cit., p. 62.

Mas o princípio da cooperação tem eficácia normativa direta, a despeito da inexistência de regras que o concretizam. A inexistência de regras que delimitam e/ou esclareçam o conteúdo do princípio da cooperação não é obstáculo intransponível para a efetivação desse mesmo princípio. Se não há regras expressas que, por exemplo, imputem ao órgão jurisdicional o dever de manter-se coerente com os seus próprios comportamentos, protegendo as partes contra eventual *venire contra factum proprium* do órgão julgador, o princípio da cooperação garantirá a imputação dessa situação jurídica passiva. Ao *integrar* o sistema jurídico, o princípio da cooperação garante o meio (imputação de uma situação jurídica passiva) necessário à obtenção do fim almejado (o processo cooperativo).

EXTENSÃO DA FALÊNCIA POR ABUSO DE CONTROLE: ANÁLISE CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ

JORGE LOBO*

SUMÁRIO: I - Introdução. II - Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. A - Orientação da Terceira Turma. B - Orientação da Quarta Turma do STJ. III - Controle societário. A - Noção de controle societário. B - Extensão da falência por abuso de controle interno, intersocietário e externo. IV - Grupo de sociedades: uma realidade jurídico-econômica ignorada. A - Sociedade isolada e grupo de sociedades. B - Concentração interna e externa de sociedades. C - Importância global dos grupos de sociedades. V - Grupo de sociedades: uma técnica de organização da empresa moderna. A - Conceito de grupo de sociedades. B – Características do grupo de sociedades. C - Independência jurídica e direção econômica unificada das sociedades grupadas. VI - Desconsideração da personalidade jurídica. A - Personalidade jurídica da pessoa jurídica. B - Teoria da desconsideração da personalidade jurídica. C - A teoria da desconsideração em face do Código Civil. VII - Pressuposto objetivo da falência. A - Pressupostos da falência. B - Pressuposto objetivo. C - Pressupostos objetivos da falência na LFRE. (a) Impontualidade. (b) Atos de quebra. (c) A extensão da falência na LFRE. – VIII - Extensão da falência a sociedades do mesmo grupo econômico. A - Origem, natureza jurídica e finalidade da extensão da falência. B - Noção de extensão da falência. C - Doutrina sobre a extensão da falência à sociedade controladora. D - Doutrina sobre a extensão da falência a sociedades grupadas. E - Extensão da falência no direito comparado. F - Classificação das legislações. G - Extensão da falência no direito brasileiro. (a) Extensão da falência no revogado art. 5º. da LFC. (b) Extensão da falência no atual art. 81 da LFRE. IX - Responsabilidade da sociedade controladora. A - Responsabilidade da sociedade controladora consoante a doutrina estrangeira. B - Responsabilidade da sociedade controladora com base na LFRE. C - Responsabilidade da sociedade controladora com base na LSA. D – Responsabilidade de sociedade controladora com base na LSA e na LFRE. X - Síntese e conclusões. A - Síntese. B - Conclusões.

* JORGE LOBO é Procurador de Justiça (aposentado) do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

- I -
Introdução

"A fé leviana na autoridade é o pior inimigo da verdade"
(Einstein)

Nesse estudo, vou tratar, exclusivamente, da extensão da falência por aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica motivada por *abuso de poder de controle interno*, infelizmente cada dia mais corriqueira entre nós, sem adentrar em considerações sobre a falência reflexa ou acessória ou dependente[1] decorrente de *abuso de poder de controle externo*[2].

Consoante diligenciarei demonstrar, embora louvável o propósito de coibir os abusos do poder de comando praticados por sociedade controladora de grupo de empresas, de fato ou de direito, em prejuízo dos credores sociais, é mister rever e discutir, em profundidade e com independência e espírito crítico, os v. acórdãos do egrégio Superior Tribunal e Justiça, iterativos e constantes, que sufragam o entendimento de ser juridicamente possível a extensão da falência de sociedade controladora ou controlada às demais sociedades grupadas, eis que existem dispositivos, na Lei de Sociedades Anônimas e na Lei de Falências e Recuperação de Empresas, que permitem, com mais rapidez e eficiência, reparar as perdas e danos provocadas por ações antijurídicas de sociedade controladora em detrimento dos direitos e interesses dos credores de sociedade grupada falida, sem quebrar, indevidamente, por absoluta falta de previsão e amparo legal, nenhuma empresa do grupo econômico ao qual pertença a falida, consoante vem fazendo, reiteradamente, o excelso Superior Tribunal de Justiça.

---

1 No país, não se deveria falar em "extensão da falência" mesmo na hipótese do art. 81 da Lei nº 11.101, de 2005, (LFRE), isto é, na hipótese de o juiz decretar "a falência da sociedade com sócios de responsabilidade ilimitada", mas de falência reflexa ou acessória ou dependente, pois, ao contrário da Lei de Concursos e Quebras argentina, que trata, no art. 161, da "Extensão da falência. Grupo de Sociedades. Efeitos em relação a terceiros", a nossa LFRE, no citado art. 81, limita-se a declarar, taxativamente, que "a falência de sociedades com sócios de responsabilidade ilimitada acarreta a falência destes", portanto "a falência destes" é um reflexo daquela, uma consequência acessória daquela, fica na dependência da falência daquela.

2 A matéria vem sendo discutida intensamente no exterior como se constata em "Los Grupos Economicos y de Sociedades", de Ernesto Eduardo Martorell, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, 1991, p. 291 a 359, com enfoque especial sobre a extensão da falência por abuso de controle externo, p. 354 e segs.; no desafiador ensaio "Control Externo y Extensión de Quiebra en la Concentración Societaria", de Carlos A. Molina Sandoval, apresentado no VIII Congreso Argentino de Derecho Societario e IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, realizado em Rosário, em outubro de 2001, pub. pela Universidade Nacional de Rosário, tomo IV, p. 197 e segs., e, em particular, na exaustiva monografia "Extensión de la Quiebra y la Responsabilidad en los Grupos de Sociedades", de Héctor José Miguens, Buenos Aires, Depalma, 1998.

- II -

Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

"É firme a jurisprudência em proclamar a possibilidade de se levantar o véu da pessoa jurídica no processo falimentar para estender os efeitos da falência às sociedades do mesmo grupo" (REsp. nº. 228357/SP e REsp. nº. 331921/SP).

A - Orientação da Terceira Turma

A Terceira Turma do colendo Superior Tribunal de Justiça tem decidido, há longo tempo, sempre por unanimidade, que deve "estender-se a falência", ou "os efeitos jurídicos da falência", "às sociedades do mesmo grupo" se ficar provado abuso da personalidade jurídica da sociedade falida para fraudar a lei ou violar contratos ou prejudicar os direitos e interesses de credores, consoante se verifica do v. acórdão no REsp. nº 228357-SP, Rel. Min. Castro Filho: "O síndico da massa falida, respaldado pela Lei de Falências e pela Lei nº 6.024/74, pode pedir ao juiz, com base na teoria da desconsideração da personalidade jurídica, que estenda os efeitos da falência às sociedades do mesmo grupo, sempre que houver evidências de sua utilização com abuso do direito, para fraudar a lei ou prejudicar credores" [3].

Por igual, o v. acórdão da eminente Min. Nancy Andrighi no ROMS 14168/SP: "Processo civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Falência. Grupo de sociedades. Estrutura meramente formal. Administração sob unidade gerencial, laboral e patrimonial. Desconsideração da personalidade jurídica da falida. Extensão do decreto falencial às demais sociedades do grupo. Possibilidade. [...] Pertencendo a falida a grupo de sociedades sob o mesmo controle e com estrutura meramente formal, o que ocorre quando as diversas pessoas jurídicas do grupo exercem duas atividades sob unidade gerencial, laboral e patrimonial, é legítima a desconsideração da personalidade jurídica da falida para que os efeitos do decreto falencial alcancem as demais sociedades do grupo. Impedir a desconsideração da personalidade jurídica nesta hipótese implica prestigiar a fraude à lei ou contra credores. A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica dispensa a propositura de ação autônoma para tal. Verificados os pressupostos de sua incidência, poderá o juiz, incidentemente no próprio processo de execução (singular ou coletiva), levantar o véu da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja os bens particulares de seus sócios, de forma a impedir a concretização de fraude à lei ou contra terceiros. Os terceiros alcançados pela desconsideração da personalidade jurídica da falida estão legitimados a interpor, perante o próprio Juízo Falimentar, os recursos tidos por cabíveis, visando à defesa de seus direitos" [4].

3 STJ, 3ª T. REsp. 228.357/SP. Rel. Min. Castro Filho, j.09.12.2003, v.u. DJ 02.02.2004.
4 STJ. 3ª T. ROMS 14168/SP. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 30.04.2002, v.u. DJ 05.08.2002. Observe-se que

Nos v. acórdãos, também da lavra da preclara Min. Nancy Andrighi, no RMS nº. 16.105/GO (Rec. Ord. em MS 3003/004575-0 - DJe 22.09.2003); no REsp. nº. 1125767/SP (DJe 25.08.2011); no REsp. 1259018 (DJE 25.08.2011); no REsp. nº 1266666/SP (DJe 25.08.2011) e no REsp. nº 1259020/SP (DJe 25.08.2011), constata-se que foi decidido, à unanimidade, com fundamento no art. 243, § 1º, da LSA, com a redação da Lei nº. 11.941, de 2009, "estender os efeitos de sociedade falida a **empresas coligadas**" (...), "independentemente de ação autônoma", pois teria restado "claro o conluio para prejudicar terceiros" e "verificada a existência de elementos fáticos que demonstrem a efetiva influência de um grupo societário nas decisões do outro", tema que será objeto de novo e acurado estudo, devido à sua extensão e complexidade, em que analisarei, com apoio em abalizada doutrina, não apenas as consequências da nova redação do art. 243, mas, em especial, a escorreita exegese da noção de "influência significativa", incorporada à LSA, e as diferenças que ela guarda em relação ao "conceito aberto" "influência dominante" e à "noção de conteúdo indeterminado" "poder de mando ou de comando ou de controle" dos arts. 116 c/c. 243, § 2º, da LSA.

B - Orientação da Quarta Turma do STJ

A Quarta Turma do STJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, no julgamento do REsp. nº. 331921/SP, decidiu: "Falência. Extensão a empresa da qual é sócia a falida. Possibilidade. Estrutura meramente fictícia. Confusão patrimonial evidente. [...] Resta evidente a confusão patrimonial entre as empresas, na medida em que 98% das cotas sociais da **coligada**[5] pertence à falida, não podendo a sociedade controlada escudar-se no princípio da autonomia da personalidade jurídica, tendo em vista que, no caso concreto, essa é meramente fictícia. É firme a jurisprudência em proclamar a possibilidade de se levantar o véu da pessoa jurídica no próprio processo falimentar ou em execução individual, sendo desnecessário o ajuizamento de ação própria. Restando incólume a arrecadação do bem determinada pelo juízo falimentar, em decorrência da extensão da falência à empresa **controlada**, poderá o exequente reaver seu crédito, se for o caso, habilitando-o na falência da sociedade controladora" [6].

Para examinar em profundidade e discutir com isenção a orientação do respeitável STJ, impõe-se começar pelo conceito de controle societário e suas diversas espécies.

---

os Tribunais estaduais seguem fielmente a orientação do STJ, conforme ressaltam o Des. Waldir Leôncio C. Lopes Júnior do TJDF, 2ª Turma Cível, AGI 20080020117170, j. 19.11.2008, DJ 04.12.2008, p. 66, e o Des. Celso Luiz de Matos Peres do TJRJ, 10ª CC, AI 2008.002.33680, j. 01.07.2009, DJ 20.07.2009, p. 3.

5 Há, na ementa, um equívoco palmar quando se refere a "*cotas sociais da coligada*", pois, no relatório do acórdão se lê que "a falida é sócia (da Prometal Produtos Metalúrgicos Ltda) na proporção de 98% das cotas", e, ainda, no item 6 da própria ementa, em que se emprega, corretamente, a expressão "*empresa controlada*".

6 STJ. 4ª T. REsp 331921/SP. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 17.11.2009, v.u., DJe 30.11.2009.

- III -

Controle societário

"This is the vital link: without the existence of control, the corporations do not constitute a corporate group."[7]

A – Noção de controle societário

A noção de controle é "complexa"[8], "ambígua" e "vaga"[9], possuindo diferentes significados no campo do Direito Societário, sendo certo que o seu sentido usual é que, quem controla, domina, comanda, manda, dirige, o que levou Claude Champaud a afirmar: "*le contrôle est le pouvoir effectif de direction des affaires sociales*"[10] e "*le droit de disposer des biens d'autrui comme un propriétaire*"[11], e, ademais, que o controle "*assegura a solidez, a permanência e a duração da unidade de decisão*"[12].

As doutrinas pátria e alienígena classificam o controle societário em direto e indireto, de direito e de fato, originário e derivado[13] e interno e externo, à qual acrescento o "controle intersocietário", peculiar ao grupo de sociedades.

B – Extensão da falência por abuso de controle interno, intersocietário e externo

No Brasil, a doutrina só tem tratado, os Tribunais de Justiça estaduais e o

7 Phillip Blumberg, *The Law of Corporate Groups, Problems of Parent and Subsidiary Corporations under Statutory Law of General Aplication, Boston, Little*, p. 14.

8 "La pluralità delle definizioni di 'controllo' di un'impresa nelle recente legislazione commercialistica italiana è di per sé suficiente a rendere extremamente arduo qualunque tentativo di trattare unitariamente la fattispecie in questione" (Spolidoro, Marco Saverio, Concetto di Controllo nel Codice Civile e nella Legge Antitrust, en: Rivista delle Società (fondata da Tullio Ascarelli), 1995, dott. A. Giuffrè editore, Milano, p. 456).

9 Alf Ross, no livro "Direito e Justiça", São Paulo, Edipro, 2000, p. 143, esclarece; "Em síntese, os seguintes axiomas se aplicam às palavras no uso cotidiano: 1º) o significado possível de toda palavra é vago; seu campo de referência possível é indefinido; 2º) a maioria das palavras são ambíguas; 3º) o significado de uma palavra é determinado de modo mais preciso quando é considerada como parte integrante de uma expressão definida; 4º) o significado de uma expressão - e com isso o significado das palavras contidas na mesma - é determinado de modo mais preciso quando a expressão é considerada na conexão em que é formulada. Esta conexão pode ser linguística (o contexto) ou não linguística (a situação). Com base em 3. e 4. é possível formular a seguinte generalização: o significado de uma palavra é uma função da conexão expressão, contexto situação — na qual a palavra aparece".

10 Claude Champaud, Le Pouvoir de Concentration de la Société par Actions, Paris, Sirey, Bibliothèque de Droit Commercial, 1962, tome 5, p. 107.

11 Ob. Cit., p.161.

12 Claude Champaud, Los métodos de agrupación de sociedades (trad. de Isaac Halperin), R.D.C.O. 1969, p. 121 e 122.

13 Conforme meu livro Direitos dos Acionistas, RJ, Ed. Campus-Elsevier, 2011, p. 260 e segs.

Superior Tribunal de Justiça só têm julgado casos de extensão da falência por abuso do poder de controle interno e intersocietário; no exterior, todavia, a extensão da falência por abuso do poder de controle externo vem sendo discutida profundamente[14], havendo se formado duas correntes de opinião: a restritiva, que só admite a hipótese se houver expressa previsão legal, e a ampliativa, que prega a extensão da falência como meio de sancionar a ação ilegal e danosa praticada pelo controlador externo.

O controle externo ou econômico ou de fato repousa em vínculos contratuais,[15] que criam uma situação de dominação ou hegemonia ou predomínio de uma sociedade (a controladora externa) em relação à outra (a controlada)[16].

O controle interno ou orgânico assenta no domínio de direitos de sócios que assegurem a seu titular, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações das assembleias gerais de acionistas e o poder de eleger a maioria dos administradores, dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia (arts. 116, alíneas a e b, c/c. 243, § 2º, da LSA).

O controle intersocietário[17] caracteriza-se pelo exercício, direto ou indireto e de modo permanente, do controle das sociedades filiadas como titular de direitos de sócio ou acionista ou mediante acordo com outros sócios ou acionistas (art. 265, § 1º, da LSA), valendo lembrar que, através dele, constitui-se o grupo de sociedades, uma realidade jurídico-econômica praticamente ignorada pelas legislações[18].

- IV -

Grupo de sociedades: uma realidade jurídico-econômica ignorada

> *"We speak, teach, litigate and legislate about 'company law'. But the predominant reality is not today the company: is the corporate group"*[19].

14 Vide nota 2.

15 Os vínculos contratuais são oriundos de contratos de empréstimo e financiamento garantidos por ações integrantes do bloco de controle, de comissão, de distribuição mercantil, de agência, de *franchising*, etc.

16 Na Itália, o art. 1º, inc. 3º, da Lei nº 127 de 9.04.1991, define o controle externo como aquele que *"le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa"*.

17 José Antunes trata do "controle intersocietário" em sua magnífica obra "Grupos de Sociedades", p. 85 e segs., resumidamente referido na letra c do item V *supra*.

18 A propósito vide nota 35.

19 Kenneth William Wedderburn, professor de Cambridge, estudioso das transformações jurídicas, econômicas, sociais e culturais na Era Pós-Industrial, *in* Multinational and the Antiquities of Company Law, Modern Law Review, 1984, p. 320.

A - Sociedade isolada e grupo de sociedades

Tratados, cursos e manuais, nacionais e estrangeiros, proclamam que "*le droit commercial est la partie du droit privé relative aux opérations juridiques faites par les commerçants, soit entre eux, soit avec leurs clients*"[20], como se o seu objeto fosse, ainda, exclusivamente, as relações jurídicas de compra e venda entre mercadores e fregueses, iniciadas e concluídas, com simplicidade e rapidez, inspiradas na boa-fé e na aparência, numa feérica e multímoda feira, criando o risco de fomentar o aparecimento de novos adeptos da concepção segundo a qual, devido à "generalização do Direito Civil", o Direito Comercial se extinguiu[21].

No campo do Direito Societário, "*os comercialistas continuam a escrever e a raciocinar como se a sociedade individual e independente fosse a regra. Na realidade, esta sociedade deixou de constituir a mais importante forma de organização econômica desde as décadas de 20 e 30. O mundo comercial é hoje dominado, quer nacional, quer internacionalmente, por complexos grupos de sociedades*"[22], sendo inquestionável, primeiro, que "*os grupos de sociedades estão no coração de todos os problemas com que hoje se debate o direito das sociedades*"[23], e, segundo, que "*les groupes de sociétés jouent actuellement le rôle principal dans le mouvement général de concentration des entreprises.*"[24]

Com efeito, ensina Ariberto Mignoli, Prof. de Direito Comercial da Universidade de Bocconi, em Milão: "L'avvento del gruppo sconvolge l'ordinato giardino della venerabile persona giuridica (la società per azioni). Oggi il gruppo occupa nel grande tessuto dell'impresa uno spazio sempre più ampio: alla società, stella isolata, fa seguito tutta una serie di costellazioni o, meglio, una nebulosa dai contorni incerti e mutevoli. La realtà attuale è quella dei gruppi e non quella della sigola società, ed è a questa realtà che devono rivolgersi l'attenzione del giurista e la cura del legislatore."[25]

Em verdade, a empresa unipessoal, a sociedade unifamiliar e a sociedade comercial de poucos sócios e parcos recursos técnicos, científicos, econômicos e financeiros, concebidas e exploradas para atender às necessidades primárias locais, foram substituídas[26] pela empresa moderna[27] - soberbo produto da economia capitalista[28] -, que tem como um dos princípios básicos a sua racional, contínua

20 Georges Ripert, Traité Élémentaire de Droit Commercial, Paris, LGDJ, 10ª ed., tomo I, p. 1.
21 A propósito, leia-se, com excelente proveito, a conferência de encerramento de Joaquin Garrigues, En torno a la reforma del Derecho Mercantil, *in* Jornadas sobre la reforma de la legislación mercantil, Madrid, Ed. Civitas, 1979, p. 374/5.
22 Tom Hadden, *apud* José Augusto Engrácia Antunes, Os Grupos de Sociedades - Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária, Coimbra, Almedina, 1993, p. 15.
23 Yves Guyon, Examen Critique des Projets Européens en Matière de Groupes de Sociétés, p. 156, *apud* José Antunes, ob. cit., p. 76.
24 Claude Champaud, Le Pouvoir cit., p. 197.
25 I quarant'anni della rivista, *in* Rivista della Società, Milano - Dott. A. Giuffrè Editore, nº 22, vol. I, p. 11.
26 Consoante destaca José Antunes, "*o átomo cedeu lugar à molécula*", idem, p. 14.
27 A propósito, N. Buttler, reitor da Universidade de Columbia, declarou: "... the limited liability corporation is the greatest single discovery of modern times. Even steam and electricity are less important than the limited liability corporation" (*apud* José Antunes, ibidem, p. 7, nota 10).
28 Georges Ripert destacou serem as sociedades anônimas um "maravilhoso instrumento do capitalismo

e crescente expansão com a finalidade precípua de conquistar novos clientes em novos mercados as mais das vezes em diferentes continentes através dos processos de "concentração interna e externa de sociedades".

B – Concentração interna e externa de sociedades

De fato, numa economia capitalista, caracterizada pela livre, acirrada e, amiúde, desleal concorrência, não apenas a empresa precisa constantemente desenvolver-se (expansão interna), como, por igual, concentrar-se (expansão externa), com o escopo de aumentar a produção e conquistar consumidores, sobretudo, repita-se, com ênfase, em diferentes países de diferentes continentes, como dá conta Alberto de Rovira Mola: "*El fenómeno moderno de la concentración y dominio de las empresas se halla estrechamente ligado a la evolución de la economía capitalista. En un primer período que conoce la etapa gloriosa del capitalismo lleno de espíritu creador e iniciativa que coincide con la segunda mitad del siglo XIX, en los países de industria más adelantada y, sobre todo, en los Estados Unidos de América, huvo un gran florescimento de coaliciones industriales. La producción del petróleo, del acero, del carbón, del gas y del azúcar fué sustraída poco a poco en aquella época a las diversas empresas independientes y restringidas a muy pocos grandes agregados que con frecuencia llegaron a ejercer notable influjo político. También hacia fin de siglo bien en proporciones más limitadas, se dieron en Europa agrupaciones de empresas que assumieron nombres diversos en los distintos países (kartelle, syndicatus, uniones, etc.)*".[29]

Claude Champaud, a sua vez, destaca: "*Le mouvement de concentration qui domine l'économie actuelle ne s'est affirmé et généralisé qu'à partir du milieu du siècle dernier. Les contemporains de cette éclosion ont prêté moins d'attention à cette 'revólution économique' qu'aux progrès scientifiques et techniques qui l'accompagnaient. Pendant longtemps ceux qui prédisent son accélération font figure de prophètes malveillants. Pour que le phénomène apparaisse dans toute son ampleur, il faudra que le système capitaliste soit rôdé. Il sera nécessaire que la concentration des capitaux soit suffisamment avancée, pour que les grandes entreprises, c'est-à-dire les grandes soiciétés, ne cessent de croître en puissance et en nombre au détriment des petites entreprises individuelles ou pluri-individuelles*"[30], não havendo dúvida de que "*o mundo da grande empresa é o mundo dos grupos de sociedades*", consoante observou Phillip Blumberg[31].

Entre nós, Fabio Konder Comparato assinala: "*A evolução da economia capitalista nos últimos 40 anos e notadamente a partir da Segunda Guerra Mundial tem sido comandada pelo fenômeno da concentração empresarial*"[32], na linha traçada por

moderno" (*apud* José Antunes, ibidem, p. 8). Antonio Piras diz: "A forma de organização da grande empresa deixou de ser representada pela sociedade de ações, isoladamente considerada: a grande empresa pressupõe, é certo, como elemento indispensável, esta sociedade, mas atribui-lhe novas funções no mais amplo contexto do grupo. A grande empresa é hoje, por outras palavras, a '*empresa de grupo*'" (*apud*, José Antunes, ibidem., p. 18, nota 30).

29 Verbete Concentración de Empresas, in Nueva Enciclopedia Jurídica, Barcelona, 1952, pp. 667/8.

30 Claude Champaud, Le Pouvoir cit, p. 4, nº 3.

31 Phillip Blumberg, *The Law of Corporate Groups*, IX, *apud* José Antunes, ibidem, p. 30.

32 Aspectos jurídicos do capitalismo moderno, Revista dos Tribunais, 1970, p. 4, nº 3.

Oscar Barreto Filho: "*o emprego cada vez maior do maquinismo, a fabricação em série, a utilização de processos técnicos mais aperfeiçoados, a necessidade de capitais vultosos para os grandes empreendimentos, a ampliação dos mercados consumidores são outros tantos fatores que conduzem à concentração de empresas, para a melhor realização de seus fins*"[33], o que torna induvidosa a importância global dos grupos de sociedades.

C - Importância global dos grupos de sociedades

A importância, em nossos dias, dos conglomerados de empresas foi, de forma magnífica, exposta por José Antunes: "*Em todas as economias nacionais pertencentes a qualquer um dos três maiores mercados mundiais (a famosa "Global Triade": EUA, CEE, Japão), os cadastros estatístico-societários disponíveis indicam uma inequívoca tendência das sociedades para perderem o seu estatuto de independência e recorrerem à técnica do grupo societário: só para citar os casos mais importantes, assim acontece com cerca de 70% das sociedades comerciais na Alemanha, 50% na Suíça, 60% na França, 55% na Inglaterra, 65% nos Estados Unidos, 88% no Japão. Em todas essas nações, o peso de tais agrupamentos no contexto geral das respectivas economias é verdadeiramente notável: somente os maiores grupos nacionais representam, em média, cerca de 70% do volume global de negócios da indústria dos respectivos países, de 80% do montante total dos investimentos, de 50% da força laboral ativa e entre 80%-100% do total da produção industrial.*

A nível internacional, o cenário é, porventura, ainda mais impressionante. Entre as 100 maiores entidades econômicas do globo, contam-se 50 Estados e 50 empresas multinacionais. O total do volume de negócios das 8 maiores empresas multinacionais é superior à soma do volume orçamental bruto de 6 dos mais poderosos Estados-membros da CEE e o volume de negócios de alguns dentre eles chega mesmo, por si só, a ser superior ao produto nacional bruto de mais de 130 nações, entre as quais Portugal (é o caso do grupo General Motors)"[34], tudo, portanto, levando à inelutável conclusão de que o grupo de sociedades é uma nova realidade jurídico-econômica[35] e *uma técnica de*

33 *Apud* nosso artigo Direito dos Grupos de Sociedades, Revista do Ministério Público, 1999, nº 9, p. 101.
34 José Antunes, ibidem, p. 13/14.
35 Observe-se, contudo, consoante acentua Christian Bolze, "para a ordem jurídica, a particularidade essencial do grupo é a sua inexistência" (Le Marchei Commun face aux Trusts: Étude Comparative sur les Groupes de Sociétés et le Droit de la Concurrence dans la CEE, Nancy, Publications Universitei Nancy II, 1977, p. 61), e, com José Antunes que, "no contexto mundial, apenas quatro ordens jurídicas lhe consagraram até hoje uma regulamentação expressa (Alemanha em 1965, Brasil em 1976, Portugal em 1986, Hungria em 1989). A própria doutrina, com uma única honrosa exceção, tem brindado este terreno com um curioso silêncio e circunspeção: a verdade é que a esmagadora maioria dos manuais dos comercialistas nacionais e estrangeiros continua a omitir quaisquer referências significativas ao fenômeno. E a jurisprudência, essa, sem quadros jurídico-positivos e jurídico-dogmáticos de referência suficientemente elaborados e sólidos, tem limitado a respectiva intervenção à solução dos casos na estrita observância dos cânones jurídico-societários tradicionais, não arriscando fazer uso do seu potencial de 'criação do direito'" (José Antunes, ibidem, p. 15), ficando, pois, claro, mais uma vez, como em outros momentos da história da civilização, que o direito positivo não acompanhou a evolução dos novos fatos e das inéditas situações jurídicas, daí a percuciente análise de Marcus Lutter: "a realidade da grande empresa não é hoje mais representada pela sociedade singular ou autônoma, mas pelo grupo: o grupo tem por isso tanta necessidade de uma disciplina jurídica quanto, pelo menos, dela tem a sociedade individual" (Lo

organização da empresa moderna, fatos que devem ser compreendidos e assimilados, para, na lição de Héctor José Miguens, doutor em direito da Universidade de Navarra, Espanha, e *visiting researcher* da Universidade de Londres, "*poder comprender acabadamente el fenómeno de los grupos de sociedades y su radical diversidad respecto de los sistemas societarios tradicionales de las sociedades-isla*"[36].

- V -

Grupo de sociedades: uma técnica de organização da empresa moderna[37]

> "*Ce phénomène du regroupement recouvre des situations économiques très diverses, notamment quant à la taille des entités constituées ... aussi par leurs objectifs: verrouillage du pouvoir, optimisation de la gestion patrimoniale, réalisation d'économies d'échelle, accès à des marchés privilégiés, amélioration des conditions de financement, diversification des activités...*"[38].

A - Conceito de grupo de sociedades

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

As sociedades componentes do grupo, mantendo, cada uma, personalidade e patrimônio próprios e autônomos, ao invés de constituírem uma nova entidade econômico-financeira[39], reúnem-se sob uma direção única, para, somando esforços e valores de várias naturezas, alcançar objetivos comuns, as mais das vezes de difícil consecução pelas sociedades isoladas; não obstante concentradas em grupo, preservam, em princípio, seu objeto social e seus órgãos diretivos"[40].

A propósito da matéria[41], José Antunes esclarece que, "*num sentido estrito*

Svilluppo del Diritto dei Grupi in Europa, *apud* José Antunes, ibidem, p. 17).

36 Extensión de la quiebra y la responsabilidad en los grupos de sociedades, Buenos Aires, Depalma, 1ª ed., 1998, p. 1.

37 Aqui, parafraseei Jean Paillusseau, que deu a um de seus mais difundidos livros o título de La Société Anonyme - Technique d'Organisation de l'Entreprise, Paris, Sirey, 1967.

38 Groupes de sociétés, Mémento Pratique Francis Lefebvre, 1998, p. 5.

39 A formação do grupo não equivale a uma fusão societária; cada sociedade conservará personalidade e patrimônios distintos" (Gladston Mamede, Manual de Direito Empresarial, SP, Atlas, 2010, 5ª ed., p. 2040).

40 Ed. Forense, 1978, p. 31/32.

41 A Comunidade Econômica Europeia considera que "*o agrupamento de empresas juridicamente autônomas, sob uma direção unitária, representa, do ponto de vista econômico, o instrumento mais importante da cooperação*

ou próprio, designa-se por grupo de sociedades todo o conjunto mais ou menos vasto de sociedades comerciais que, conservando embora as respectivas personalidades jurídicas próprias e distintas, se encontram subordinadas a uma direção econômica unitária e comum"[42].

A seu turno, o Prof. Ariberto Mignoli acentua: "È che il gruppo, con tutte le sue problematiche, si impone come realtà, a cui dopo la "sensazione" deve far seguito la "definizione", intesa come posizione dei termini. Si arriva così ad un contemperamento fra gli interessi del gruppo nel suo complesso e la specifica situazione di ciascuna delle entità che lo compongono. Nel gruppo vengono ad emergere tre diversi interessi: quello della controllante, quello delle singole controllate e quello del gruppo stesso, tutti ugualmente degni di tutela, non essendo escluso che l'interesse del gruppo possa sovrapporsi anche all'interesse della controllante. "L'interesse di gruppo è il punto di equilibrio, il centro di convergenza, l'asse di collegamento, fra l'interesse della controllante e le altre società del gruppo" (Gambino)"[43].

B – Características do grupo de sociedades

No artigo "Grupos de Sociedades", reproduzi o pensamento de Fran Martins a propósito das características do grupo de sociedades: "*O que caracteriza um grupo de sociedades é o fato de ele constituir um conjunto de sociedades juridicamente independentes, mas economicamente unidas*", segundo "*um princípio hierárquico*" em que conservam "*sua própria personalidade moral própria sob a dominação, sob a direção comum, de um mesmo sujeito de direito*"[44].

No estudo "Direito dos Grupos de Sociedades", ressaltei: "A internacionalização e a interdependência dos mercados, no que se convencionou denominar de "globalização da economia", induzem, quiçá impõem, às empresas, até então preparadas para atender apenas a uma demanda local, regional ou nacional, a se expandirem[45] internamente, quer através de recursos financeiros de seus próprios acionistas ou de investidores do mercado de capitais (aumentos de capital mediante

---

interempresarial nos países industrialmente desenvolvidos. Tal corresponde a uma tendência, observável nestas economias, para a formação de unidades sempre maiores, evitando, além disso, os riscos inerentes ao gigantismo (...) Parece compreensível, pois, que a concentração por intermédio dos grupos societários constituía um mecanismo essencial para a criação de unidades econômicas mais competitivas, que deverá por isso ser colocado à disposição das empresas comunitárias com vista a permitir-lhes realizar a necessária reestruturação e a necessária adaptação ao novo espaço econômico". (Commission CEE, Observations Préliminaires Concernantes les Travaux d' Harmonisation des Législations sur les Groupes d'Entreprises (doc. 548/XIV/71/F).

42 José Antunes, ibidem, p. 24.

43 Rivista delle Società cit., p. 12.

44 Grupos de Sociedades, Revista dos Tribunais, 1988, vol. 636, p. 29/30.

45 Por igual, Waldirio Bulgarelli leciona: "*O fenômeno concentracionistas tomou vulto acentuado entre nós, nos últimos anos, mercê do desenvolvimento da nossa economia a exigir fórmulas e mecanismos técnico-econômico-financeiros, não própria ou especialmente voltados para o domínio do mercado, mas, principalmente, para ao aumento da produtividade*" (O Direito dos Grupos e a Concentração de Empresas, São Paulo, Editora Universitária de Direito Ltda., 1975, p. 39).

subscrição pública de ações ou lançamento público de debêntures conversíveis em ações), quer através de autofinanciamento (aumento de capital mediante capitalização de lucros e reservas), quer através de fusões e incorporações, com o objetivo de, modernizando os processos técnicos de administração, fabrico e distribuição de produtos e serviços, '*torná-las*', destaca Galbraith no livro "O novo Estado Industrial", '*dinâmicas, maciçamente capitalizadas e altamente organizadas, para obter maior produtividade e maiores lucros com menores custos de produção*', o que culminará por transformá-las, acentua Alvin Toffer na obra "Empresa Flexível", em '*empresas com nomes consolidados e produtos famosos; empresas com patrimônios que se elevam a bilhões de dólares; empresas com dezenas e até centenas de milhares de empregados; empresas de reputação invejável em Wall Street e com posições aparentemente inexpugnáveis em seus mercados*'.

Mas, na "Era da Incerteza", não é suficiente a empresa atingir a sua "dimensão ótima"[46], não basta, lembra, outrossim, Galbraith, '*estar em evidência tanto em Hong Kong e Singapura como em Nova Iorque, Bruxelas ou Madri*', para manter-se competitiva, porquanto, nesse estágio de seu desenvolvimento, faz-se necessário que a empresa se expanda externamente, sob pena até mesmo de perecer.

A expansão externa da empresa moderna aperfeiçoa-se através da aquisição do controle societário (a) de empresas congêneres, formando-se um conglomerado horizontal, ou (b) de empresas fornecedoras de matéria-prima e distribuição de produtos, fazendo surgir, assim, um grupamento vertical[47], ambos ensejando o fenômeno da concentração na pluralidade ou grupo de sociedades, em que se mantém a autonomia jurídica, perde-se a independência econômica"[48] e surge uma direção unificada ("*central direction*", "*direzione unitária*").

C - Independência jurídica e direção econômica unificada das sociedades grupadas

A opinião segundo a qual a concentração na pluralidade ou grupo de sociedades produz a perda da independência econômica, a manutenção da autonomia jurídica e o surgimento de uma direção centralizada, pacífica entre os estudiosos, é reiterada, entre muitos outros autores de nomeada, pelo Prof. Dr. José

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

47 Claude Champaud, ao doutrinar sobre os grupos industriais, classifica-os em "grupos de estrutura radial", "grupos de estrutura piramidal", "grupos de estrutura circular" e "grupos de estrutura financeira complexa.", em Le Pouvoir cit., p. 215 a 219.

48 Revista Forense, 1998, vol. 341, p. 91/92.

Antunes, Mestre em Direito da UPC de Lisboa e Doutor em Direito do Instituto Universitário Europeu, Florença, ao doutrinar que o grupo de sociedades é "*todo conjunto de sociedades comerciais que, conservando embora as respectivas personalidades jurídicas próprias e distintas, se encontram subordinadas a uma direção econômica unitária comum*", e, mais, que, "*do ponto de vista jurídico, a especificidade do grupo societário reside nessa tensão ou oposição latente entre a situação de direito (pluralidade jurídica de entes societários autônomos) e a situação de fato (unidade de ação econômica e centralização do poder de direção) – ou, na terminologia de outros autores, na tensão subjacente a esta 'unidade na diversidade'*"[49], acentuando, ainda, que os elementos característicos dos grupos de sociedades são "***a independência jurídica das sociedades integrantes e a unidade de direção econômica das entidades integrantes***"[50] (grifos do original).

Ainda José Antunes, ao aprofundar-se no tema "do *controlo intersocietário ao grupo societário: a direcção económica unitária*", enfatiza: "*O fenómeno do controlo intersocietário constitui a fonte energética do fenómeno dos grupos de sociedades, onde, de resto, encontra a sua cristalização organizacional mais elaborada e acabada. Na verdade, como acima se sublinhou, o grupo societário constitui uma nova forma de reorganização da empresa moderna, onde uma pluralidade de entes societários juridicamente distintos é submetida a uma direcção económica unitária. Ora foram precisamente os mecanismos de controlo intersocietário que vierem fornecer a possibilidade jurídica e consistência prática a tal forma de organização empresarial: são eles que permitem a criação da sua típica rede piramidal de laços intersocietários (pluralidade jurídica); e é graças a eles que a sociedade-mãe carreia toda a unidade de acção e estratégia, responsável pela coesão e sobrevivência económica da empresa plurissocietária (unidade económica)*"[51].

Rafael Mariano Manóvil, a sua vez, é categórico quando se refere ao conglomerado de empresas: "*Trata-se de 'uma pluralidade de entidades juridicamente independentes submetidas a uma direção única'". [...] Portanto, unidade econômica e pluralidade jurídica são, então, as características que se destacam na doutrina para descrever o fenômeno grupal*[52].

Por isso, como há mais de trinta anos, após ler e reler as obras e estudos de Champaud, Keutgen, Rodiere, Sanders, Rafael Manóvil, José Antunes, entre outros, estou convencido de que as sociedades grupadas, quer pertençam a grupos de fato, quer a conglomerados de direito, se mantêm, sob o aspecto jurídico, independentes e autônomas, com personalidades próprias e distintas umas das outras, embora economicamente integradas e submetidas a uma única direção[53], por força do instituto da personificação, extraordinária conquista da Ciência Jurídica[54], que os operadores

49 José Antunes, ibidem, p. 24.

50 Ibidem, p. 26. Na obra *Groupes de Sociétés*, Paris, Francis Lefebvre, 1999, p. 13 e segs., coletânea de diversos renomados professores franceses de Direito dos Negócios, há longa exposição sobre a independência jurídica das sociedades ligadas, que se unem pelos laços de direção.

51 Ibidem, p. 85.

52 *Grupos de Sociedades*: en el Derecho Comparado, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 156.

53 A propósito de "direção unitária ou unificada ou centralizada", leia-se o estudo de Guido Rossi, Prof. de Direito Comercial da Universidade de Bocconi, Milão, e Presidente da Comissão Nacional para a Sociedade e a Bolsa, "Il fenomeno dei gruppi ed il diritto societario: un nodo da risolvere", *in* Rivista della Società cit., p. 17 a 45, em especial o nº 4.

54 O eminente Prof. Calixto Salomão Filho, profundo conhecedor da História do Direito e notável pesquisador

do direito, em suas diversas áreas de atuação, têm o dever de preservar em toda sua plenitude e grandeza[55] e, por conseguinte, o dever de insurgirem-se contra o desvirtuamento da teoria da desconsideração da personalidade jurídica da pessoa jurídica, sobretudo quando ela é empregada para estender a falência a empresas sob controle societário comum, isto é, estender a falência (a) da controladora para sociedades controladas; (b) de controlada para sua controladora e (c) de controlada para outras controladas, quaisquer sejam os fundamentos, tais como: abuso de direito do controlador; abuso ou desvio ou excesso do poder de controle; fraude à lei e aos direitos e interesses de sócios ou acionistas e credores; sociedade simulada ou aparente ou de fachada; uso da sociedade ficticiamente; confusão patrimonial; subcapitalização[56]; negócios promíscuos; disposição de bens sociais como se fossem próprios; atos de gestão empresarial praticados em benefício do controlador; instalação na mesma sede, com idêntico objeto e força de trabalho, etc., pois todos esses fatos ilícitos podem e devem ser punidos exemplarmente com indenizações civis pecuniárias, sanções criminais, se tipificada a prática de delito, e penas administrativas,

---

do Direito Comparado, no excelente estudo "*Societas* com relevância externa e personalidade jurídica", publicado na RDM, ano XXX, Nova Série, nº 81, jan-março/1991, p. 66 e segs., ao tratar, no item 3, p. 73 e segs., da "construção dos conceitos modernos de sociedade e personalidade" e da "ampliação do reconhecimento de centros de imputação de direitos e deveres no campo negocial", ensina que, "com o iusnaturalismo, se cogita pela primeira vez de algo que se pode definir como problema das pessoas jurídicas" e, após discorrer, com segurança, sobre a "formulação da teoria da pessoa jurídica" pela "pandectística" alemã do século IXI, destaca: "Com esta última passagem alcança-se o ponto máximo da abstração. A noção de pessoa, que primeiramente tinha se separado da noção de homem para identificar-se com a de sujeito de direito, através do acréscimo de um adjetivo: "pessoa jurídica", separa-se sucessivamente do próprio conceito de "direito subjetivo", do qual se originara. Fica consequentemente livre o caminho para construções eminentemente normativísticas da personalidade jurídica, que a consideram um conceito meramente instrumental, isto é, a forma de expressão de uma determinada disciplina. Derivando o direito subjetivo de uma atribuição legislativa, torna-se um pressuposto, um *prius* lógico e não uma conseqüência da personalidade jurídica. O problema da personalidade jurídica transforma-se assim em um problema quantitativo e não qualitativo, ou seja entre os vários sujeitos de direito reconhecidos no ordenamento é pessoa jurídica aquele ao qual o legislador atribui uma especial disciplina" (p. 75).

55 Há muito se fala da "crise da personalidade jurídica", objeto, aliás, da excelente monografia "A dupla crise da personalidade jurídica" de J. Lamartine Corrêa de Oliveira, São Paulo, Ed. Saraiva, 1979, observando, com acerto, Calixto Salomão Filho que a "crise que não é apenas teórica mas também prática, revelada sobretudo pelas profundas diferenças entre as legislações em relação à personalidade jurídica das sociedades comerciais. Estas diferenças levaram recente projeto para o recíproco reconhecimento das sociedades comerciais a renunciar ao conceito de pessoa jurídica como elemento base para o reconhecimento. Trata-se da Convenção de Bruxelas de 1968, que em seu art. 8 exclui expressamente a personalidade jurídica dos requisitos indispensáveis para o reconhecimento e conseqüente para atribuição de "subjetividade jurídicas" às sociedades comerciais" (estudo cit., p. 76, nota 4). Anote-se, com Hubert Lepargneur, *in* Les Sociétés Commerciales aux E'tats-Unis d'Amerique, Dalloz, p. 29 e segs., que há, nos EUA, uma clara diferença entre sociedades não incorporadas (*partnership* em sentido estrito e em sentido amplo — as *limited partnerships* ou *special partnerships*, as *joint stock companies* (SA não incorporadas) e as *joint venture*) e as sociedades incorporadas, dotadas de personalidade jurídica (*close corporations — semelhante às sociedades limitadas* — e as *corporations* — as SA), estas sujeitas à aplicação da teoria do "*disregard of legal entity*", quando provado que a personalidade jurídica foi "*utilizada abusivamente para manipualações desonestas*" (*apud* J. Lamartine Corrêa de Oliveira, ob. cit., p. 265 e segs.)

56 Frisa J. Lamartine Corrêa de Oliveira em seu monumental "A dupla crise da personalidade jurídica", p. 612: "O Brasil é um país em que a subcapitalização é uma doença que ainda não foi diagnosticada, em grande parte por falta de mais rigorosas normas que assegurem efetiva base de capital às sociedades de responsabilidade limitada".

quando se tratar de companhias abertas, com fundamento em normas jurídicas de redação cristalina da LSA e da LFRE, como resta claro no item VIII *infra*, jamais com respaldo na doutrina da desconsideração da personalidade jurídica.

- VI -

Desconsideração da personalidade jurídica

> "... a crítica sofrida pela obra de Serick teve também o mérito de demonstrar que o natural *efeito sugestivo* da idéia de *desconsideração* ou de *penetração* teve o condão de fazer passar por problemas só solucionáveis através da técnica *desconsiderante* casos perfeitamente remediáveis pela terapêutica *clássica* do Direito Civil."[57]

A - Personalidade jurídica da pessoa jurídica

Nos sistemas jurídicos das "famílias" romano-germânica e anglo-americana[58], é princípio inconcusso que nem a sociedade dominante, nem as sociedades dominadas de um grupo econômico respondem por fatos, atos, omissões, obrigações e dívidas de qualquer outra integrante do conglomerado de empresas de que façam parte, eis que cada uma constitui uma entidade legal própria com direitos, obrigações e interesses distintos das demais, ainda que pertençam ou estejam submetidas a rígido controle interno de outra sociedade[59].

Por isso, o preclaro Prof. Arnoldo Wald ensina: "*tanto a sociedade se distingue dos sócios, como cada um dos sócios, em particular, não se confunde com a sociedade, não podendo arcar com responsabilidade ou sofrer desvantagens decorrentes de atuação da empresa. A criação da pessoa jurídica implica na estruturação de um novo sujeito de direito, com condições e peculiaridades que a separam de todos os demais, e que, segundo a melhor doutrina, é autônomo em relação ao seu substrato*", e arremata, com palavras

57 J. Lamartine Corrêa de Oliveira, ob. cit., p. 610.

58 Consoante preleciona René David, "o uso da palavra *anglo-saxônica*, para designar o direito de ingleses e americanos de hoje, é justamente considerado como absurdo fora do continente europeu", *in* Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo, São Paulo, Ed. Martins Fontes, 4ª ed., p. 356, nota 1.

59 Henry Hansmann, Harris Professor of Law, Yale Law Schoool, e Reinier Kraakman, Professor of Law, Harvard Law School, no profundo estudo "Pela responsabilidade ilimitada do acionista por danos societários", após afirmarem que, "*por mais de um século, a responsabilidade limitada por danos tem prevalecido como regra para sociedades anônimas nos Estados Unidos e em outros países*", destacam, em nota de roda-pé, a de nº 1: "Por exemplo, BLUMBERG, p. *The Law of corporate* groups: substantive Law. Little Brown & Co Law & Business, 1987, p. 681-692 (1987) (que sugere a abolição de responsabilidade limitada entre empresas dentro de "grupos societários"); Dente, Georg W. Limited liability in environmental Law. *Wake Forest Law Rev.*, v.16, p. 151-178, 1991 (que propõe um teste de "prudência razoável", para impor responsabilidade limitada a acionistas controladores. (*in* "Os Grupos de Sociedades", Saraiva e FGV, 1ª ed., p. 255/256).

categóricas: "*reconhecemos, pois, que os interesses da pessoa jurídica não se confundem com aqueles que pertencem aos seus sócios (Pessoas Jurídicas)*",[60] pensamento partilhado por Caio Mário da Silva Pereira[61] e Orlando Gomes[62], entre inúmeros outros insignes doutrinadores nacionais e estrangeiros.

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

(1º) a sociedade possui individualidade própria, inconfundível com a de seus sócios ou acionistas controladores, minoritários e preferencialistas;

(2º) a sociedade possui capacidade jurídica autônoma, inconfundível com a desses sócios ou acionistas;

(3º) a sociedade possui patrimônio distinto, inconfundível com o desses sócios ou acionistas;

(4º) os sócios ou acionistas controladores não podem, em princípio[63], ser responsabilizados perante terceiros por obrigações e dívidas de sociedade de que façam parte,

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

B – Teoria da desconsideração da personalidade jurídica

Essa regra geral pode, todavia, ser posta de lado, em casos especialíssimos e em circunstâncias excepcionais, pela aplicação da teoria da "*disregard of legal entity*" ou "*piercing the corporate veil*" (EUA), da "*lifting the corporate veil*" (Reino Unido), do "*superamento dello schermo della personalità giuridica*" (Itália), do "*abuso de la personalidad jurídica*" (America Latina), do "*levantamiento del velo societario*" (Espanha), da "desconsideração da personalidade jurídica" (Brasil e Portugal), *se*

60 "Direito Comercial, Estudos e Pareceres", Ed. RT, 1979, p. 217/ 218.

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

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

63 Eventual responsabilidade de sócios ou acionistas controladores, pessoas físicas ou jurídicas, será apurada através de procedimento ordinário com fundamento nos arts. 82 da LFRE e 117 e 246 da LSA.

e quando provado: (a) abuso de direito e/ou desvio ou abuso de poder de controle[64]; (b) fraude à lei; (c) violação de norma contratual; (d) desvio da personalidade jurídica, etc., conforme restou demonstrado na magistral sentença do douto juiz Antônio Pereira Pinto, ao ressaltar que "*os tribunais germânicos, baseando-se nos conceitos de 'boa-fé', de 'poder dos fatos', de 'realidade da vida', de 'natureza das coisas', de 'consciência popular dominante' e, por vezes, aludindo às 'exigências ou necessidades econômicas', resolviam, por equidade, em casos isolados, deixar de lado a personalidade jurídica da sociedade, desconhecendo-a ou dela fazendo omissão, para investigar a situação real das coisas, os fatos e as pessoas que lhe servem de suporte*"[65].

No direito americano, como sabido, essa doutrina recebeu a designação de *disregard of legal entity* e se converteu em instituto consolidado em matéria de direito de sociedades,[66] a ela devendo recorrer o juiz quando "*a sociedade está sendo utilizada fraudulentamente para a violação de um contrato a que se vinculou o acionista majoritário*"[67], pois, "*se um devedor tenta subtrair-se de uma obrigação de fazer ou não fazer que assumiu, deixando ou fazendo com que uma pessoa jurídica atue em seu lugar, encontramo-nos em face de uma hipótese que equivale à tentativa de burlar a lei com a interposição da pessoa jurídica*"[68], aduzindo: "*se pessoa natural contraiu determinada obrigação de fazer ou não fazer, não pode subtrair-se ao seu cumprimento por via de sua ocultação atrás de uma sociedade anônima, pois, se tal ocorrer, o juiz, entendendo que a estrutura formal da pessoa jurídica foi utilizada de maneira abusiva, prescindirá da regra fundamental que estabelece a separação radical entre a sociedade e os sócios, a fim de que não vingue o resultado contrário ao direito que se tem em vista*"[69].

Em suma: a teoria da desconsideração da personalidade jurídica da pessoa jurídica pode e deve ser aplicada pelo juiz, em caráter excepcional e em casos especialíssimos, sempre que o sócio ou acionista controlador, para subtrair-se a uma obrigação de fazer ou não fazer decorrente de uma relação contratual, usar, fraudulentamente, a sociedade controlada em prejuízo de terceiros, com a finalidade de condená-lo ao ressarcimento dos prejuízos que causou.

Quanto à aplicação da teoria de desconsideração nas hipóteses de fraude à lei, abuso de direito e/ou abuso ou desvio de poder de controle e desvio da personalidade jurídica, a doutrina nacional, à frente J. Lamartine Corrêa de Oliveira, Rubens Requião, Fábio Konder Comparato, Marçal Justen Filho, Calmon de Passos, Arnoldo Wald, Luiz Roldão de Freitas Gomes, dentre outros,

64 Sobre esses três conceitos, leiam-se os notáveis comentários do ínclito Prof. Modesto Carvalho, *in* Comentários à LSA, Saraiva, 4ª ed., 2º vol., p. 208 e segs.

65 Revista Forense, 133/269.

66 A propósito: Rolf Serick, "Aparencia y realidad en las sociedades mercantiles: el abuso de derecho por médio de la persona jurídica", Ediciones Ariel, Barcelona, 1958, p. 94 e nota 25; J. M. Wormser, "Piercing the Veil of Corporate Entity", 12, Columbia Law Review, 1942, p. 496; J. Wormser, "Disregard of the corporate Fiction and Allied Corporation Problems: Nova Iorque, 1927; Henry W. Ballantine, "Manual of corporation Law practice", Chicago, 1930, § 122, p. 292 e ss.; Henry W. Ballantine, "Disregarding the Corporate Entity as a Regulatory Process", Califórnia Law Review, 1943, citados por Antônio Pereira Pinto, p. 276.

67 Antônio Pereira Pinto, loc. cit.

68 Antônio Pereira Pinto, idem, p. 277.

69 Antônio Pereira Pinto, loc. cit.

e a jurisprudência têm, também, pacificamente, posto de lado a personalidade da pessoa jurídica para punir o sócio ou acionista, que usou, fraudulentamente, a sociedade controlada em prejuízo de terceiros, obrigando-o à completa e total reparação dos danos que provocou.

C - Teoria da desconsideração em face do Código Civil

Parece-me claro, por isso, que, se o sócio ou acionista controlador for pessoa jurídica, não se deve decretar a sua falência ou impor a extensão dos efeitos da falência (a) da controladora para as controladas, (b) da controlada para a controladora e (c) da controlada para outras controladas, nem lacrar seus estabelecimentos, nem encerrar suas atividades, nem "torrar" em público leilão os bens integrantes do seu ativo, porquanto **não** é este o escopo da teoria da desconsideração, nem a finalidade do art. 50 do Código Civil, mas pura e simplesmente obrigá-la à integral reparação dos danos provocados ao patrimônio de terceiros, eis que, "*se houve abuso da personalidade jurídica ou se uma grave confusão patrimonial ocorreu, o caso será de estender não a falência, mas a responsabilidade patrimonial a quem conspurcou a autonomia da pessoa moral, com base no art. 50, CC e sempre com o respeito do devido processo legal*"[70], sobrelevando notar que não se trata de um ultrapassado enfoque positivista de respeito ao mandamento legal, mas, precipuamente, de se entender a verdadeira razão de ser do instituto da personalidade jurídica e da autonomia patrimonial e, por conseguinte, da aplicação excepcional da desconsideração da personalidade jurídica, que deve ser pontual, transitória e específica, voltada ao caso concreto[71].

Com efeito, doutrina o Prof. Fábio Konder Comparato, ao comentar o art. 50 do Código Civil, que a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica não leva à liquidação ou à despersonalização da pessoa jurídica, mas exclusivamente à "*extensão dos efeitos aos bens particulares do sócio*"[72].

Não leva à liquidação, nem à despersonalização, nem à falência ou à extensão dos efeitos jurídicos da falência porque **não** é esse o escopo da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, eis que, repita-se, de novo e sempre: o Código Civil, no art. 50, ao admitir "descortinar-se o véu", busca alcançar e tornar o sócio ou acionista controlador da sociedade falida solidária e ilimitadamente responsável pelo ressarcimento dos prejuízos causados aos credores, coibindo a fraude, em qualquer de suas nefastas formas, e punindo o sócio ou acionista, que

70 Ricardo Tepedino, comentários ao art. 123, LFRE, *in Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, Paulo Salles de Toledo e Carlos Henrique Abrão (coord.), São Paulo, Saraiva, 2010, 4ª ed., p. 449; cf. também Paulo Salles de Toledo, no artigo "Extensão da falência a sócios ou controladores de sociedades falidas", Revista do Advogado, ano XXIX, nº 105, setembro de 2009.

71 J. E. Tavares Borba, referindo-se à doutrina da desconsideração da personalidade jurídica, diz: "Não tem essa doutrina o alcance de anular a personalidade jurídica, mas o de afastá-la em **situações específicas**, nas quais, com efeito, não tenha agido a sociedade segundo seus interesses, mas os sócios, que a manipularam como instrumento de pretensões pessoais" (*Direito Societário*, Rio de Janeiro, Renovar, 2008, 11ª ed., p. 34).

72 *Apud* Caio Mário da Silva Pereira, ob. e vol. cits., p. 339.

praticou ato ilícito ou abusou da personalidade da sociedade, **jamais** "quebrar" uma sociedade empresária em dia com suas obrigações e dívidas, sob pena de violação do princípio da preservação da empresa, que permeia o moderno Direito Empresarial, em especial o Direito Falimentar, e foi positivado no art. 47 da LFRE.[73]

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

Evidentemente que NÃO!

Evidentemente que deve ser condenado e punido; porém, **não** através do desvirtuamento da teoria da desconsideração, mas de normas cogentes, de redação cristalina, da LSA e da LFRE, como exposto no item VII; antes, porém, vejamos porque é "juridicamente impossível", no Brasil, decretar a quebra de uma sociedade empresária na ausência do pressuposto objetivo da falência.

- VII -

Pressuposto objetivo da falência

> Pressuposto é uma "*afirmação cuja verdade é necessária para a verdade ou falsidade de outra afirmação*"[74].

A – Pressupostos da falência

Para que se caracterize o estado de falência ou quebra[75], é indispensável a coexistência de três pressupostos[76]: o pressuposto subjetivo, o pressuposto objetivo[77] e o pressuposto formal.

---

73 "Art. 47: A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica". Ademais, o art. 974 do CC também evidencia este princípio, ao possibilitar ao empresário que, por algum motivo, se tornar incapaz, continuar no exercício da atividade empresária, por ele anteriormente exercida, através de representante ou assistente.

74 Dicionário de Filosofia Oxford, Jorge Zahar Ed., 1994, p. 311.

75 Falência ou quebra são expressões sinônimas. A Lei de Falências e Recuperação de Empresas vale-se, entretanto, exclusivamente, do vocábulo falência, a exemplo do que ocorre na Itália, em que a matéria é regulada pelo Código da Falência; na Argentina, a preferência é pela palavra quebra, conforme se verifica da epígrafe da Lei 24.522, sancionada em 20.07.1995; na França, a Lei nº 85-98, de 25.01.1985, não usa nem o termo falência, nem quebra, mas liquidação, conforme expus em meu livro "Da recuperação da empresa no Direito Comparado", Ed. Lumen Júris; por fim, anote-se que, outrora, bancarrota era a falência ou quebra criminosa.

76 76 Entende-se por pressuposto, segundo o Novo Dicionário Aurélio, "a circunstância ou o fato considerado antecedente necessário de outro"; consoante o Vocabulário Jurídico, de De Plácido e Silva, Forense, 15ª ed., p. 636, pressuposto é "o que deve vir antes."

77 Os pressupostos subjetivo e objetivo são denominados por De Martini de "elementos constitutivos substanciais para a sentença declaratória da quebra", in Gli elementi costitutivi de estintivi della stato d'insolvenza, "Dir. Fall.", 1943, I, p. 39.

In casu, interessa-nos apenas o pressuposto objetivo[78].

B – Pressuposto objetivo

Segundo Bento de Faria[79], o estudo do Direito Comparado demonstra que, no direito antigo, o estado de falência decorria do desequilíbrio do patrimônio do devedor, quando o ativo se mostrava inferior ao passivo, denunciando a impossibilidade de o devedor pagar a dívida exigível[80].

"*Esse (antigo) critério*", observa, ainda, Bento de Faria, "*foi substituído pelo da cessação de pagamentos – ou seja, a insolvabilidade –, expressiva da impossibilidade de pagar débitos vencidos e exigíveis, por falta de meios*"[81], e, posteriormente, no país, o da cessação de pagamentos pelo da impontualidade e dos atos de bancarrota, como elucidam J.X. Carvalho de Mendonça[82], Waldemar Ferreira[83] e Paulo de Lacerda[84], que vige até hoje[85].

É curial que, em condições normais, o empresário, sensato e de boa-fé, leva em consideração, quando contrai uma dívida, três elementos distintos: o seu ativo, que é o complexo de bens e direitos de que é titular; o seu passivo, que é o conjunto de obrigações contraídas com terceiros, e a liquidez do seu ativo, que consiste na possibilidade de transformar os bens e direitos que possui em moeda corrente para atender às suas obrigações e dívidas.

Quando ocorre um desequilíbrio entre o ativo e o passivo do devedor ou quando, no vencimento, o devedor não dispõe de meios financeiros suficientes para pagar uma dívida líquida e certa, diz-se, impropriamente, que ele está insolvente ou insolvável, ou, como, acertadamente, doutrina Alfredo Rocco, que ocorreu "*um fato patológico no desenvolvimento da economia creditícia*", caracterizado pela impontualidade, que consiste, assevera J. X. Carvalho de Mendonça, na "*impossibilidade de pagar, fenômeno resultante na falta de valores pronta e imediatamente realizáveis para que o devedor solva*

78 Sobre os pressupostos subjetivo e formal e longa dissertação sobre o pressuposto objetivo, leia-se o meu ensaio "Pressupostos da Falência", Revista Forense, abril, maio e junho/2000, vol. 350, p. 49 e segs.
79 Direito Comercial, Falência e Concordata, Ed. A. Coelho Branco Fo., 1947, 1ª parte, p. 76.
80 Atente-se, contudo, a bem da verdade, e atualmente é pacífico, que o devedor pode ser solvente, por possuir um ativo superior ao seu passivo, e encontrar-se impossibilitado de adimplir, nos respectivos vencimentos, obrigações pecuniárias por absoluta falta de recursos financeiros disponíveis, quando, em alguns sistemas jurídicos, como o nosso, se encontrará, então, em estado de falência.
81 Bento de Faria, ob. e loc. cits.
82 Das falências e dos meios preventivos de sua declaração, São Paulo, Tip. Brasil de Carlos Gerke & Cia., 1899, 1°. vol., págs. 81 e segs.
83 Tratado de Direito Comercial, Saraiva, 1965, 14°. vol., págs. 60 e segs.
84 Da Falência no Direito Brasileiro, Cia. Editora Nacional, 1931, p. 131.
85 Com efeito, o Código Comercial brasileiro, no artigo 797, dispunha que "todo o comerciante que cessa seus pagamentos entende-se quebrado ou falido", passando o Decreto 917, de 1890, artigo 1° e seu § 2° e o artigo 2°, ao sistema da "impontualidade no pagamento de obrigação líquida e certa e a ocorrência de circunstâncias denunciadoras da insolvência taxativamente enumeradas em lei", critério mantido pela Lei n° 859, de 1902, artigo 1° e § 1°; pela Lei n° 2.024, de 1908, artigo 1° e seu parágrafo único; pela Lei n° 5.746, de 1929, artigo 1° e seu parágrafo único; pelo Decreto-lei n° 7.661, de 1945, artigos 1° e 2°, e, finalmente, pela Lei n° 11.101, de 2005, artigo 94, incisos I e II.

a obrigação no dia certo do vencimento"[86].

C - Pressupostos objetivos da falência na LFRE

(a) Impontualidade

O art. 94 da LFRE, em dois incisos, estabelece a impontualidade como pressuposto objetivo da falência em nosso país, *verbis*:

> *"Art. 94. Será decretada a falência do devedor que:*
> *I - sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência;*
> *II - executado por qualquer quantia líquida, não paga, não deposita e não nomeia à penhora bens suficientes dentro do prazo legal."*

(b) Atos de quebra

Além da impontualidade, a LFRE, no mesmo art. 94, enumera, de maneira taxativa, sob a forma de *numerus clausus*, os demais atos ensejadores da falência, *verbis*:

> *III - pratica qualquer dos seguintes atos, exceto se fizer parte de plano de recuperação judicial:*
> *a) procede à liquidação precipitada de seus ativos ou lança mão de meio ruinoso ou fraudulento para realizar pagamentos;*
> *b) realiza ou, por atos inequívocos, tenta realizar, com o objetivo de retardar pagamentos ou fraudar credores, negócio simulado ou alienação de parte ou da totalidade de seu ativo a terceiro, credor ou não;*
> *c) transfere estabelecimento a terceiro, credor ou não, sem o consentimento de todos os credores e sem ficar com bens suficientes para solver seu passivo;*
> *d) simula a transferência de seu principal estabelecimento com o objetivo de burlar a legislação ou a fiscalização ou para prejudicar credor;*
> *e) dá ou reforça garantia a credor por dívida contraída anteriormente sem ficar com bens livres e desembaraçados suficientes para saldar seu passivo;*
> *f) ausenta-se sem deixar representante habilitado e com recursos suficientes para pagar os credores, abandona estabelecimento ou tenta ocultar-se de seu domicílio, do local de sua sede ou de seu principal estabelecimento;*

86 Tratado de Direito Comercial, Freitas Bastos, 1946, vol. VII, pág. 191.

g) deixa de cumprir, no prazo estabelecido, obrigação assumida no plano de recuperação judicial."

(c) A extensão da falência na LFRE

Não há, no Brasil, como se pode constatar de perfunctória leitura das alíneas a a g, do inc. III, do art. 94, da LFRE, nenhuma hipótese de extensão da falência de uma sociedade a outra, nem, tampouco, previsão expressa ou implícita de extensão da falência nos casos em que ocorre "confusão patrimonial", "negócios promíscuos", "disposição de bens societários como se fossem próprios", "empresa de fachada", "atos de gestão empresarial praticados em benefício do controlador", etc., eis que o legislador pátrio desprezou a orientação que prevaleceu, por exemplo, na Argentina, em que a extensão da falência a empresas grupadas está, categoricamente, prevista na *Ley de Concursos y Quiebras* (Ley nº 24.522, de 20.07.1995).

Com efeito, a LCQ argentina dispõe no art. 161, *verbis*:

> ARTICULO 161 - Actuación en interés personal. Controlantes. Confusión patrimonial. La quiebra se extiende:
>
> 1) A toda persona que, bajo la apariencia de la actuación de la fallida, ha efectuado los actos en su interés personal y dispuesto de los bienes como si fueran propios, en fraude a sus acreedores;
>
> 2) A toda persona controlante de la sociedad fallida, cuando ha desviado indebidamente el interés social de la controlada, sometiéndola a una dirección unificada en interés de la controlante o del grupo económico del que forma parte. A los fines de esta sección, se entiende por persona controlante:
>
> a) aquella que en forma directa o por intermedio de una sociedad a su vez controlada, posee participación por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social;
>
> b) cada una de las personas que, actuando conjuntamente, poseen participación en la proporción indicada en el párrafo a) precedente y sean responsables de la conducta descrita en el primer párrafo de este inciso.
>
> 3) A toda persona respecto de la cual existe confusión patrimonial inescindible, que impida la clara delimitación de sus activos y pasivos o de la mayor parte de ellos.

A sua vez, o art. 167 determina a formação de uma única massa quando decretada a extensão da falência, *verbis*:

"ARTICULO 167 - Masa única. La sentencia que decrete la extensión fundada en el Artículo 161, inciso 3, dispondrá la formación de masa única.

También se forma masa única cuando la extensión ha sido declarada por aplicación del Artículo 161, incisos 1 y 2 y se comprueba que existe confusión patrimonial inescindible. En este caso, la formación de masa única puede requerirla el síndico o cualquiera de los síndicos al presentar el informe indicado en el Artículo 41. Son parte en la articulación los fallidos y síndicos exclusivamente.

El crédito a cargo de más de uno de los fallidos concurrirá una sola vez por el importe mayor verificado."

A *Câmara Nacional de Apelaciones em lo Comercial*, em julgamento realizado em 04.05.2011, ao interpretar o art. 161 da LCQ, decidiu: "Quiebra - Extensión de la quiebra - Supuestos - Grupo econômico - Actuación em interes personal - Prueba del fraude - Condena penal por asociación ilícita - Masas separadas."

Nos itens 1 a 4 do v. acórdão, afirmou-se, *verbis*:

"1- Siempre que em la realidad econômica – com abstracción de las formas jurídicas – exista unidad patrimonial, corresponderá decretar la extensión de quiebra com fundamento em el art. 161, inc. 3°, ley falencial, disponiéndose al efecto la conformación de uma sola masa.

2 - El supuesto de extensión de quiebra por confusión patrimonial requiere que el manejo promiscuo de los negócios torne imposible saber quién se obliga y quién es el destinatário de los benefícios.

3 - La realización de actos bajo la apariencia de actuación de diversas sociedades pero enderezados a la satisfacción del próprio interés, impone decretar la extensión de la quiebra conforme al supuesto previsto em el inc. 1°, art. 161, ley falencial.

4 - Corresponde decretar la extensión de quiebra com fundamento em el inc. 1°, art. 161, ley falencial, siempre que el sujeto extendido hubiese dispuesto de los restantes sujetos de derecho em su propi9o interes, y como si hubiese sido su único dueño."[87]

Não há, na jurisprudência argentina, acórdão discrepante, eis que sempre se tem entendido, com fulcro no art. 161da LCQ, que, repita-se, negócios promíscuos, confusão patrimonial, disposição de bens societários como se fossem próprios, "empresa de fachada", atos de gestão empresarial praticados em benefício do controlador acarretam a extensão da falência à sociedade dominante de grupo econômico, conforme se pode constatar das decisões também proferidas pela

87 Revista Derecho Comercial y de las Obligaciones, Depalam, ano 45, 2012-A, p. 207.

Câmara Nacional de Apelaciones em lo Comercial em11.07.2006, *in re* "G. Cáceres S.A. v. Estructuras Cáceres S.A.", LLOnline AR/JUR/5260/2006; *idem* em 25.02.2000, *in re* "Expocristal S.A. s/quiebra", LL 2000-E-54; *idem* em 16.03.2009, *in re* "Comix S.A. s/quiebra v. Edixer S.A., LL 2009-D-184, entre muitos outros.[88]

- VIII -

Extensão da falência a sociedades do mesmo grupo econômico

> *"El principio está muy claro y fuera de discusión: las compaòías que forman un grupo son personas legales autónomas y la sociedad dominante o matriz no es responsable por las deudas de las subsidiarias o dependientes, incluso cuando están mayoritariamente controladas"*[89].

A – Origem, natureza jurídica e finalidade da extensão da falência

No livro "Direito Concursal", ao discorrer sobre a "evolução histórica do direito falimentar"[90], afirmei, com apoio na doutrina de Carvalho de Mendonça[91] e Jonón[92], que o direito italiano medieval foi o berço do instituto da falência moderna, eis que já previa a nomeação de síndico; o sequestro de bens e livros do devedor; o exame das contas e livros e a verificação do ativo e passivo do falido; o afastamento do responsável pela administração dos bens da massa; a relação dos credores e o respectivo pagamento, observadas as preferências hipotecárias e privilegiadas; a assembleia de credores; a punição do falido pela prática comprovada de crimes falimentares, etc.

A extensão da falência é, outrossim, oriunda da Idade Média e surgiu como uma "*medida cautelar coercitiva*", de "*natureza penal*", semelhante ao arresto dos bens do falido, com a finalidade de compelir o devedor a quitar as suas dívidas[93].

B - Noção de extensão da falência

Com efeito, a melhor doutrina, capitaneada por Héctor José Miguens, leciona que a extensão da falência é um instituto de direito concursal de caráter

88 Revista cit., p. 201 a 211.
89 Michel Jeantin, Droits des sociétés, Montchrestien, Paris, 1989, p. 404, *apud* Héctor José Miguens, ob. cit., p. 273, nota 604.
90 Forense, 1998, 2ª ed., p. 4/5.
91 Tratado de Direito Comercial, Ed. Freitas Bastos, 1946, vol. VII, livro V, parte I, p. 17.
92 Derecho Concursal, Ed. Depalma, 1992, vol. I, p. 112.
93 Cfr. expõe, com brilho e extensamente, Héctor José Miguens, idem, p. 7 e segs.

excepcional, portanto de interpretação estrita em todos os casos; uma sanção com fins indenizatórios por força de uma conduta típica, antijurídica e imputável ao devedor a título de dolo ou culpa; um meio de proteger os credores e um "*remédio extremo*", que impõe "*aos operadores do direito que não a usem de maneira ordinária, comum, frequente*" [94].

C - **Doutrina sobre a extensão da falência à sociedade controladora**

Objeto de aprimorado estudo no exterior, a extensão da falência ao controlador é, na Itália, à frente o jurista Walter Bigiavi, fundamentada na "*doutrina do empresário oculto*", isto é, aquele que se vale da sociedade em benefício próprio; em França, na "*doutrina do maître de l'affaire*", semelhante à doutrina italiana do "*sócio tiranno*", que responsabiliza o empresário que comanda os negócios sociais do falido em proveito próprio e em prejuízo de terceiros; na Argentina e no Anteprojeto de Lei Concursal da Espanha de 1983, na "*doutrina da utilização dos bens sociais como se fossem próprios*", cujo título dispensa explicações; em diversos países, em especial nos EUA, Brasil e Portugal, na "*doutrina da desconsideração da personalidade jurídica*" [95].

D - **Doutrina sobre extensão da falência a sociedades grupadas**

A extensão da falência a empresas grupadas é, a sua vez, objeto de profunda análise pela "*doutrina da unidade econômica como princípio básico de responsabilidade da controladora de grupos societários*"; pela "*doutrina da fraude contra terceiros, credores de sociedades dominadas do grupo em situação falimentar*"; pela "*doutrina do abuso do controle interno do grupo de sociedades*"; pela "*doutrina da confusão patrimonial individual*", entre outras [96].

E - **Extensão da falência no direito comparado**

O Prof. Héctor José Miguens esclarece que, em função da organicidade e sistematização da matéria, é possível dividir as legislações [97] em três ramos principais [98].

O sistema legal dos EUA, vigente na maioria dos países, em que a

94 Ibidem, p. 9 e segs.
95 Héctor José Miguens, ibidem, p. 15 e segs.
96 Ibidem, p. 21 e segs.
97 A propósito dos grupos societários no direito comparado, leia-se na citada Rivista delle Società Anne Benoit-Moury, *Les groupes de sociétés em droit belge*, p. 137; Yves Guyon, *Le droit des groupes de sociétés* (Droit français), p. 195; Marcus Lutter, *Il diritto delle imprese collegate in Germania*, p. 245; Daniel D. Prentice, *The Law of Corporate Groups in Great Britain*, p. 275; Levinus Timmerman, *The Law on Corporate Groups in the Netherlands*, p. 313; José Engrácia Antunes, *The Law of Affiliated Companies in Portugal*, p. 355; Angel Rojo, *Los Grupos de sociedades en el Derecho español*, p. 389; Phillip I. Blumberg, *The Law of Corporate Groups in the United States*, p. 421; Jean Nicolas Druey, *The Law on Groups of Companies in Switzerland*, p. 473.
98 Ibidem, p. 82 /85, 163 e segs., 191, 197, 249/266; 302 e segs.; 324 e segs., e 391 e segs.

responsabilidade das empresas grupadas assenta no princípio de que "*un miembro del grupo de sociedades, es decir, la sociedad dominante o matriz no puede ser responsable por las deudas o actos de outro miembro del grupo em razón de que ellos constituyen entidades legales distintas.*"[99]

O sistema legal de países da CEE "*donde el problema de la responsabilidad intragrupo pueda decidirse de acuerdo al fundamental principio de que la sociedad dominante matriz será responsable por las deudas impagadas y actos de sus subsidiarias o dominadas por razón de que la primera controla a las segundas formando por esa razón una unidad económica empresarial*"[100];

O sistema legal da Alemanha, que trata do tema em função da clássica divisão dos grupos de modelo contratual e de modelo orgânico: nos grupos de modelo orgânico, em que o comando decorre de participação acionária, a sociedade dominante "*sólo está compelida a compensar singulares o individuales detrimentos o pérdidas emergentes del uso de su influencia dominante*[101]; nos grupos de modelo contratual, que se funda em um contrato de dominação entre a controladora e suas controladas, em que a sociedade de comando exerce um amplo poder de controle sobre as filiadas sem as clássicas restrições do modelo tradicional do Direito Societário, a lei impõe "*a la dominate la obligación correspondiente de cubrir todas las pérdidas anuales o incluso una responsabilidad conjunta por la exigibilidad de las deudas de las dominadas*"[102].

F – Classificação das legislações

A meu ver, as legislações podem ser classificadas em três categorias:

(a) a primeira, em que a responsabilidade civil intergrupo é regida pelo dogma da absoluta e completa separação jurídica e patrimonial entre as empresas grupadas, só respondendo a sociedade controladora solidária e ilimitadamente pelas obrigações e dívidas da controlada se provado abuso de poder de comando, como se dá no Brasil (arts. 117 e 246 da LSA);

(b) a segunda, em que, em princípio, prevalece o dogma da personalidade jurídica, salvo nas hipóteses excepcionais discriminadas na Lei de Falências, como ocorre na Argentina (art. 161 da LCQ), na França (*Code de Commerce*, arts. L651-1 e L651-2 -"*De la responsabilité pour insuffisance d'actif*" e arts. L653-1 a L653-5 - "*De la faillite personnelle et des autres mesures d'interdiction*"[103]) e na Itália (art.147 da Lei

99 Ibidem, p. 251, nota 544.
100 Ibidem, nota 544.
101 Ibidem, nota 544.
102 Ibidem, nota 544.
103 A Lei 85-98 foi revogada, quase que completamente, pela "Ordonnance 2000-912 du 18 septembre 2000". Nela havia dispositivos semelhantes aos citados, os arts. 178 a 185. Claude Champaud, no magnífico "Le pouvoir de concentracion de la société par actions", Sirey, 1962, p. 287, tomo V, nº 384, dissertando "a autonomia patrimonial das sociedades grupadas" no regime da Lei 85-98, disse: "Dans les groupes composés d'une société-mère et de filiales, qualifiées telles en fonction d'un critère financier formel, les sociétés

Falimentar e art. 3º da Lei Prodi sobre Administração Extraordinária e Grandes Empresas em Crise);

(c) a terceira, em que, em princípio, prevalece o dogma da personalidade jurídica, podendo estender-se a falência a empresas grupadas com base na teoria da desconsideração, como se verifica nos EUA, em que a jurisprudência, em casos e circunstâncias excepcionais, "levanta o véu" para alcançar o controlador e punir a fraude, e, na França, em que a jurisprudência estende a falência a empresas grupadas com base na "doutrina da simulação", na "teoria da aparência", no "abuso da personalidade societária", na "fraude", na "solidariedade imperfeita", por razões de "ordem pública", como meio de coibir comportamentos abusivos do controlador.

Isto posto, vejamos a disciplina legal da extensão da falência no direito positivo brasileiro.

G - Extensão da falência no direito brasileiro

(a) Extensão da falência no revogado art. 5º. da LFC

O art. 5º do Decreto-lei nº 7661, de 1945, dispunha, *verbis*: "*Art. 5º. Os sócios solidária e ilimitadamente responsáveis pelas obrigações sociais* ***não*** *são atingidos pela falência da sociedade, mas ficam sujeitos aos demais efeitos jurídicos que a sentença declaratória produza em relação à sociedade falida*".

Mera interpretação literal do art. 5º leva à seguinte inelutável conclusão: o DL nº 7661, de 1945, vedava, expressamente, a extensão da falência de uma sociedade para outra mesmo nos casos de sociedades com sócios solidária e ilimitadamente responsáveis pelas obrigações sociais, embora ficassem sujeitos "*aos demais efeitos que a sentença declaratória produza em relação à sociedade falida*", isto é, na revogada Lei de Falências e Concordatas, **não** havia previsão legal de extensão da falência das:

(a) sociedades em nome coletivo para seus sócios (art. 316 do revogado Código Comercial e art. 1039 do Código Civil);

(b) sociedades de capital e indústria aos sócios capitalistas (art. 317 do Código Comercial de 1850);

---

groupées seraient considérées comme cautions les unes des autres (4). Ces cautions jouiraient du bénéfice de discussion, mais non du bénéfice de division, écarté à raison de l'intensité du lien financier qui les réunit au débiteur défaillant. L'ordre des poursuites pourrait être le suivant. Pour les dettes des filiales, le créancier doit toujours s'adresser à la société-mère, en cas d'insolvabilité de cette dernière, le poursuivant pourrait s'adresser à la co-filiale de son choix. Pour les dettes de la société-mère dont il n'a pu obtenir le paiement, le créancier poursuivant aurait également le choix entre les différentes filiales du groupe. Dans ce système, les filiales, sans être tênues par um lien de solidarité, seraient tenues *pour le tout* des dettes non éteintes par Le sociéteur-mère ou leur co-filiale. Selon la terminologie actuelle, elles seraient doc tênues *in solidum* (1)

(c) sociedades irregulares e de fato aos seus sócios (arts. 301 e 304 do extinto Código Comercial);

(d) sociedades em comandita simples aos sócios solidariamente responsáveis pelas dívidas sociais (art. 311 do antigo Código Comercial e art. 1045 do Código Civil), e

(e) sociedades em comandita por ações aos sócios diretores (arts. 280 a 284 da LSA e 1.090 a 1.092 do Código Civil).

Apesar da clara redação do art. 5º do DL. nº 7.661, de 1945, a jurisprudência, fundada na teoria da desconsideração da personalidade jurídica do ente moral, mesmo antes da promulgação do Código Civil de 2002, em casos especialíssimos, marcados por atos fraudulentos de várias naturezas e espécies, praticados com o evidente fim de burlar a lei e lesar credores, passou a admitir a extensão dos efeitos jurídicos da falência de uma sociedade para outra ainda que **não** se tratasse de sócios solidária e ilimitadamente responsáveis pelas obrigações e dívidas da falida, como vimos no item II supra.

O saudoso Professor de Direito Comercial e emérito Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Doutor Joaquim Antonio Vizeu Penalva Santos, e seu festejado filho, Paulo Penalva Santos, em nota aos comentários do ínclito Trajano de Miranda Valverde ao art. 5º da LFC, escreveram, com proficiência, sobre o tema: "*Trata-se de dispositivo importante, pois, ao cuidar da responsabilidade dos sócios, impede a extensão da falência até mesmo àqueles que têm responsabilidade ilimitada em relação às obrigações sociais, como ocorre nas sociedades de pessoas previstas no C. Com.*

O sistema falimentar, portanto, não autoriza à extensão da falência a outra sociedade, seja ela controlada, controladora ou coligada.

Também o sistema da lei societária é no sentido de prestigiar a autonomia patrimonial das sociedades. Na Exposição de Motivos do anteprojeto de 1975 (atual Lei nº 6.404/76) os eminentes Professores Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira foram categóricos ao afirmarem que a falência não poderia ser estendida às sociedades controladoras, pois seria eliminar um elemento estrutural básico da vida empresarial da responsabilidade (A Lei das S/A, Ed. Renovar, 1993, pp. 253 e 258).

Aplica-se, também, tal tratamento ao grupo de sociedades, ao consórcio, sempre prestigiando a autonomia patrimonial das sociedades. O Professor Fábio Konder Comparato lembra que nem sempre os credores enxergam na responsabilidade do acionista controlador um mecanismo eficiente para evitar a fraude. Afirma o Professor que "é sempre possível detectar-se nas insolvências empresarias atos, omissões ou políticas contrárias ao interesse da empresa e isto, certamente, ligado à decisão do controlador, de modo que ele vai responder não numa falência conjunta, não numa extensão de processo falimentar, mas vai responder numa ação de responsabilidade direta, evidentemente nos limites da ação de responsabilidade na qual é preciso provar o prejuízo, provar a relação de causa e efeito

entre o ato ou a omissão e o prejuízo verificado. Devo dizer que essa orientação do direito brasileiro é contrária à tendência geral de pelo menos na Europa Ocidental e nos EUA. Pelo menos na Europa Ocidental e nos EUA, não se põe nenhum obstáculo à extensão da falência quando se prova abuso da personalidade jurídica" (1º Ciclo de Conferências sobre S/A, realizado na Escola da Magistratura do Estado do Janeiro, 1992, p. 62)

Além de a extensão ser vedada pela lei societária e pela falimentar, cumpre ainda lembrar que tal medida significa ainda a decretação de falência de ofício, o que também não é possível pelo sistema brasileiro. A decretação tem sempre como premissa a iniciativa dos credores (arts. 1º e 2º) ou então do próprio devedor, pelo ar. 8º"[104].

(b) Extensão da falência no atual art. 81 da LFRE

Em lamentável retrocesso[105], a Lei nº 11.101, de 2005, estabelece, no art. 81, e exclusivamente na hipótese nele especificada, por tratar-se de norma excepcional, que não autoriza nem interpretação analógica nem extensiva, que "*a falência da sociedade com sócios ilimitadamente responsáveis também acarreta a falência destes*", o que jamais se dá em um grupo de sociedades, sempre constituído apenas e tão somente por sociedades cuja responsabilidade dos sócios ou acionistas é limitada.

Destaque-se, ademais, que a Lei nº 11.101, de 2005, promulgada quando a extensão da falência a sociedades integrantes de grupos de sociedades já era conhecida e aplicada pelo STJ, rejeitou a possibilidade jurídica de estender-se a falência de uma sociedade a outra, conforme expresso no art. 123 da LFRE[106], o que leva à conclusão de tratar-se de explícita regeição do legislador pátrio ao instituto[107] e não de uma lacuna legislativa, fato, todavia, que não impede de apurar-se a responsabilidade da sociedade controladora na falência de sociedade controlada.

- IX -

Responsabilidade da sociedade controladora[108]

104 Comentários à Lei de Falências, Forense, 4ª ed., atualizada, vol. I. p. 117 e 118.

105 Considero "lamentável retrocesso" mesmo em se tratando de empresas com sócios solidária e ilimitadamente responsáveis pelas obrigações e dívidas de sociedades falidas, porque a falência de sociedades produtoras de bens e serviços e geradoras de empregos, impostos e riquezas deve sempre ser evitada, ideia que se transformou no princípio da conservação da empresa, um dos princípios basilares do moderno Direito Concursal.

106 "Art. 123. Se o falido fizer parte de alguma sociedade como sócio comanditário ou cotista, para a massa falida entrarão somente os haveres que na sociedade ele possuir e forem apurados na forma estabelecida no contrato ou estatuto social. §1º Se o contrato ou o estatuto social nada disciplinar a respeito, a apuração far-se-á judicialmente, salvo se, por lei, pelo contrato ou estatuto, a sociedade tiver de liquidar-se, caso em que os haveres do falido, somente após o pagamento de todo o passivo da sociedade, entrarão para a massa falida.".

107 Cfr. expõe, com acuidade, Ricardo Tepedino, op. cit., p. 449.

108 Sobre o tema, leia-se "Les responsabilités civiles dans groupes de sociétés, de Dominique Schmidt, p. 74, e Les procédures collectives d'apurement du passif et les groupes de sociétés en droit interne, de Bernard Soinne, p. 77, *in* Groupes de sociétés contrats et responsabilités, *Paris*, LGDJ, 1993.

> *"O fundamento da responsabilidade do controlador é a sua conduta na direção dos negócios sociais e empresariais"*. (Modesto Carvalhosa) [109]

A - **Responsabilidade da sociedade controladora consoante a doutrina estrangeira**

A autora suíça Anne Petitpierre-Sauvain, no livro Droit des Sociétés et Groupes des Sociétés, ao tratar dos negócios comuns entre empresas grupadas através da "técnica de vasos comunicantes" e da falência de sociedade controlada, preleciona: *"O funcionamento normal do grupo é ao contrário totalmente diferente. Por um lado, uma certa forma de confusão patrimonial é inerente ao sistema de grupo. O controle se exerce em tal caso por outro lado de modo particularmente estreito. As trocas internas são numerosas e muitas vezes em proveito exclusivo de alguns membros. A situação individual das sociedades torna-se mais flutuante e a segurança dos terceiros nas relações jurídica com elas é diminuída. A sociedade que dirige um grupo pode, na busca de um objetivo geral, desfavorecer uma sociedade em proveito das outras. Mas não deve fazê-lo em detrimento de terceiros. É entretanto o que sucede quando a filial vem a falir. Será portanto necessário proteger esses terceiros permitindo-lhes acionar a sociedade dominante. A responsabilidade do grupo deve permanecer limitada, mas a responsabilidade limitada das sociedades que do grupo fazem parte não se justifica na mesma medida."* [110]

B - **Responsabilidade da sociedade controladora com base na LFRE**

Para responsabilizar sociedade controladora por prejuízos causados a credores de controlada falida não se pode e nem se deve estender os efeitos jurídicos da falência da sociedade controlada à controladora, porém aplicar o art. 82 da atual Lei de Falências e Recuperação de Empresas, cuja redação se assemelha à do art. 6º do DL. nº 7.661, de 1945[111], *verbis:*

> "Art. 82. **A responsabilidade pessoal** dos sócios de responsabilidade limitada, **dos controladores** e dos administradores da sociedade falida, estabelecida nas respectivas leis, **será apurada no próprio juízo da falência**, independentemente

109 Comentários à LSA, Saraiva, 4ª ed., 2º vol., p. 507.

110 *Apud* J. Lamartine Corrêa de Oliveira, A dupla crise cit., p. 599.

111 "Art. 6º A responsabilidade solidária dos diretores das sociedades anônimas e dos gerentes das sociedades por cotas de responsabilidade limitada, estabelecida nas respectivas leis; a dos sócios comanditários (Código Comercial, art. 314), e a do sócio oculto (Código Comercial, art. 305), serão apuradas, e tornar-se-ão efetivas, mediante processo ordinário, no juízo da falência, aplicando-se ao caso o disposto no art. 50, § 1º".

da realização do ativo e da prova da sua insuficiência para coibir o passivo, **observado o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil**"[112].

Cotejado o art. 6º do DL. nº 7.661, de 1945, com o art. 82 da LFRE, notar-se-á um "pequeno grande" acréscimo: enquanto a LFC, de 1945, se limitava a tratar da responsabilidade de "*diretores das sociedades anônimas e dos gerentes das sociedades por cotas de responsabilidade limitada*", sem atingir os sócios ou acionistas controladores da falida, a LFRE engloba "*sócios de responsabilidade limitada, **os controladores** e administradores da **sociedade falida***", a todos tornando responsáveis pessoal, solidária e ilimitadamente pelos efeitos jurídicos da falência da empresa que controlam e administram[113].

C - **Responsabilidade da sociedade controladora com base na LSA**

A solução está também nos arts. 117[114] e 246[115] da LSA, que tratam da responsabilidade do controlador por atos praticados com abuso de poder.

D - **Responsabilidade da sociedade controladora com base na LSA e na LFRE**

Por conseguinte, havendo, no direito positivo brasileiro, em duas leis importantíssimas - a LSA e a LFRE - previsão legal para examinar, discutir e decidir sobre a prática de atos atentatórios aos direitos e interesses de terceiros praticados por sociedade controladora ao "usar" ilegalmente sociedade controlada, **não** se deve aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica para estender a falência ou os efeitos jurídicos da falência de uma sociedade a outra, mas, exclusivamente, ir contra a sociedade controladora da falida para apurar a sua responsabilidade e puni-la.[116]

- X -

Síntese e conclusões

112 Segundo o Prof. Carlos Henrique Abrão, ao comentar o art. 82, LFRE: "Não se trata de responsabilidade derivada da desestimação da personalidade jurídica ou de matéria que pudesse ensejar conotação objetiva, mas sim de se exteriorizar procedimento com o fim específico de se buscar dos administradores, gerentes e controladores o aspecto culposo dos atos ruinosos ou prejudiciais que impliquem o ressarcimento, entrando o numerário para o ativo da massa falida". (Paulo F. C. Salles de Toledo, Carlos Henrique Abrão (coord.), ob. *cit.*, p. 301).

113 María Luisa Fernández a esse respeito expõe que o problema jurídico que o grupo faz surgir consiste na "inter-relação das sociedades agrupadas e, em consequência disso, a comunicação de responsabilidades que dela podem derivar-se" (*Derecho de Grupos de Sociedades*. Madrid, Thomson Civitas, 2004, p. 86).

114 "Art. 117. O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder".

115 "Art. 246. A sociedade controladora será obrigada a reparar os danos que causar à companhia por atos praticados com infração ao disposto nos artigos 116 e 117."

116 A ação de responsabilidade civil dos credores contra a controladora prescreve em três anos, conforme dispõe o art. 287, II, b, 2, da LSA.

A - **Síntese**

Em síntese, é razoável afirmar que:

(1º) no Brasil, temos o Direito Societário e o Direito dos Grupos de Sociedades;

(2º) o Direito Societário é constituído pelos dispositivos dos arts. 981 a 1.141 do Código Civil em relação às sociedades não personificadas e às sociedades personificadas e dos arts. 1.088 e 1.089 do Código Civil e da Lei nº 6.404, de 1976, em relação às companhias fechadas e abertas;

(3º) o Direito dos Grupos de Sociedades é composto pelos princípios e regras dos arts. 1097 a 1101 do Código Civil e 243 a 277 da LSA e pelos supedâneos da doutrina e da jurisprudência pátrias;

(4º) no Direito Societário, prevalece o interesse social ainda que contra a vontade e os interesses particulares de sócios ou acionistas; no Direito dos Grupos de Sociedades, o interesse grupal se sobrepõe ao interesse social das sociedades isoladas e à vontade e aos interesses particulares dos sócios ou acionistas das sociedades grupadas;

(5º) no Direito dos Grupos de Sociedades, a administração dos interesses do grupo não está adstrita aos ditames clássicos da gestão dos negócios das sociedades-ilhas, isto é, do Direito Societário, pois o grupo de sociedades se caracteriza pela independência jurídica das sociedades-membros, pela unidade da ação econômica e pela centralização do poder de comando e de gestão dos negócios sociais;

(6º) quer no Direito Societário, quer no Direito dos Grupos de Sociedades, é regra geral, princípio básico, autêntica cláusula pétrea, indiscutível dogma, a independência jurídica e patrimonial das sociedades e de seus sócios ou acionistas, por força do instituto da personificação — extraordinária conquista da Ciência Jurídica —, que firmou o cânone universal, que vem de Roma: "*si quid universitati debetur, singulis non debetur: nec quod debet universitas, singuli debent*" (Ulpiano, Digesto, 3, 4 7, 1, 10);

(7º) no Direito Societário, o dogma da personificação pode ser posto à margem em casos excepcionais para punir a fraude, pois "a fraude tudo corrompe"; no Direito dos Grupos de Sociedades, também; mas, em ambos os casos, a exceção só acarreta a responsabilidade do controlador, pessoa física ou jurídica, e não a falência deste, salvo na hipótese do art. 81 da LRFE, inaplicável em matéria de grupos de sociedades, eis que, na prática, não há sócios de responsabilidade ilimitada;

(8º) na falta do pressuposto objetivo da falência, é juridicamente impossível decretar-se a quebra de sociedade isolada ou de empresa integrante de grupo de sociedades, eis que o pressuposto objetivo é considerado expressamente pela

LFRE antecedente imprescindível para a declaração de falência de qualquer sociedade empresária;

(9º) a extensão da falência tem natureza cautelar e punitiva e visa compelir o devedor a honrar suas dívidas, estando prevista em algumas legislações;

(10º) a LFRE rejeitou a extensão da falência de uma sociedade a outra, só a admitindo na hipótese excepcional do art. 81, inaplicável por analogia ou interpretação extensiva às sociedades formadoras de grupos de sociedades;

(11º) na falência de sociedade controladora, a participação societária desta em suas controladas é um ativo realizável, que aumentará o acervo da massa, não havendo interesse prático em levar à falência as controladas, que, quebradas, valerão menos;

(12º) a extensão da falência de sociedade controladora ou de sociedade controlada a empresas grupadas transformará uma crise localizada (à sociedade falida) em uma crise generalizada (às empresas grupadas), razão pela qual é sempre mais eficaz e mais seguro adotar medidas judiciais cautelares e ressarcitórias contra a sociedade controladora do que quebrá-la;

(13º) deve-se sempre evitar a aplicação de um instituto jurídico que provoque consequências trágicas, como sói ser a decretação da falência de uma empresa (a) em dia com as suas obrigações e dívidas, (b) sólida e próspera, (c) econômica e financeiramente viável, (d) produtora de bens ou serviços para o mercado interno e/ou externo, (e) contribuinte de impostos e taxas, (f) ativa participante do projeto de crescimento econômico do país, etc.;

(14º) por conseguinte, na hipótese de ocorrer a declaração judicial da falência de sociedade controladora ou controlada, não se deve estender a sua falência às demais sociedades grupadas, mas fazer valer as normas cogentes dos arts. 117 e 246 da LSA e o 82 da LFRE e responsabilizar civil, penal e administrativamente, quando for o caso, aqueles que praticaram atos fraudulentos em prejuízo de credores.

B - **Conclusões**

Em consequência:

(1º) **não se pode**, por absoluta falta de amparo legal e por violar cláusula pétrea do Direito Concursal, como sói ser o princípio da preservação da empresa econômica e financeiramente viável, estender a falência ou estender os efeitos jurídicos da falência de sociedade integrante de grupo econômico a outra sociedade ou às demais sociedades grupadas;

(2º) **não se deve**, sob pena de desvirtuá-la e ferir o art. 50 do Código Civil, fundar na teoria da desconsideração da personalidade jurídica a extensão da

falência ou dos efeitos jurídicos da falência de sociedade grupada a outra sociedade ou às demais sociedades do grupo.

Pode-se e deve-se, entretanto:

(1º) com fundamento no arts. 117 e 246 da LSA e 82 da LFRE, pleitear, judicialmente, a reparação integral dos danos causados por sociedade controladora a sociedade controlada falida, aos seus acionistas minoritários e preferencialistas e aos credores da falida, e

(2º) com fundamento no § 2º, do art. 82, da LFRE, para impedir a dilapidação dos bens sociais e garantir o cabal ressarcimento dos prejuízos, requerer, desde logo, na petição inicial da ação ordinária de perdas e danos, a "*indisponibilidade dos bens particulares dos réus*", *rectius*, da sociedade controladora, observados os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa[117].

117 Héctor José Miguens, após minuciosa coleta de dados e informações e exaustiva análise do Direito Comparado, chega às seguintes conclusões essenciais da legislação quanto à extensão da falência a empresas grupadas em crise: (1ª) a extensão da falência só tem regulamentação legal no direito americano, italiano e argentino; (2ª) é inaceitável a aplicação analógica da extensão da falência a empresas grupadas em dia com as sua obrigações e dívidas como ocorre no direito francês e italiano; (3ª) a extensão da falência "é um remédio extraordinário pensado somente para casos extremos de simulação absoluta" em que predomina a fraude contra credores; (4ª) a teoria da desconsideração em matéria de grupos societários, "embora bem interpretada", é "provisória, precária, assistemática, inorgânica, baseada fundamentalmente na equidade, própria dos tribunais americanos em matéria concursal, só devendo ser aplicada em hipóteses verdadeiramente excepcionais" (ob. cit., p. 391 e segs.).

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO, A CONSTITUIÇÃO E A LEI Nº 67/2007 (PORTUGAL)

JORGE MIRANDA*

1. Evolução constitucional e legislativa

I - As nossas Constituições do século XIX consagraram quer a responsabilidade dos empregados públicos por "erros de ofício e abusos de poder" (arts. 14° e 17° da Constituição de 1822), "abusos e omissões que praticarem no exercício das suas funções" (art. 145°, §§ 27° e 28°, da Carta) ou "abuso ou omissão pessoal" (arts. 15° e 26° da Constituição de 1838), quer mesmo a dos juízes por "abusos de poder e erros" (art. 196° da Constituição de 1822) ou "abuso de poder e prevaricações" e "suborno, peita, peculato e concussão" (arts. 123° e 124° da Carta) [1]. Não se tratava, porém, propriamente, de responsabilidade do Estado enquanto tal.

Com a excepção notável da responsabilidade por erro judiciário (art. 2403° do Código Civil de 1867) [2], só tardiamente, tal como noutros países, viria a responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas a surgir, acompanhando os progressos da doutrina, da jurisprudência e das leis[3]. Surgiria, primeiro, com a reforma do Código Civil feita em 1930 (donde, o novo art. 2399°) e com o Código Administrativo de 1936 (arts. 366° e 367°). E viria a ter uma expressão regulamentadora *ex professo*, quanto à Administração pública, no Decreto-Lei nº 48051, de 21 de Novembro de 1967, ao mesmo tempo que o Código Civil desse ano reiteraria a responsabilidade por actos de gestão privada (art. 501°).

A Constituição de 1933 contemplava, entre os direitos dos cidadãos, o "de reparação de toda a lesão efectiva conforme dispuser a lei" (art. 8°, nº 17), mas,

* Professor Catedrático da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa.

1 V. ainda art. 30, nº 30, da Constituição de 1911.

2 Cf. JOSÉ DIAS FERREIRA, *Código Civil Português Anotado*, 2ª ed., IV, Coimbra, 1905, págs. 308 e 309; MARIA DA GLORIA GARCIA, *A responsabilidade civil do Estado e demais pessoas colectivas públicas*, Lisboa, 1997, págs. 23 e segs.

3 Para uma visão histórico-comparativa, V., por exemplo, GOMES CANOTILHO, O *problema da responsabilidade do Estado por actos licitas*, Coimbra, 1974, págs. 27 e segs.; GEORGES VEDEL e PIERRE DELVOLVÉ, *Droit Administratf*, 10ª ed., Paris, 1988, págs. 446 e segs.; GARCIA DE ENTERRIA e TOMAS-RAMÓN FERNANDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, II, 4ª ed., Madrid, 1993, págs. 357 e segs.; MARIA DA GLÓRIA GARCIA, *A responsabilidade...*, cit., págs. 10 e segs.; MARIA LÚCIA AMARAL, *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*, Coimbra, 1998, págs. 35 e segs.; LUIS GUILHERME CATARINO, *A responsabilidade do Estado pela administração da justiça*, Coimbra, 1999, págs. 33 e segs.

sempre ou quase sempre, ele foi tomado - ao contrário do direito a indenização em caso de revisão de sentença criminal injusta (art. 8°, n° 20) como dirigindo-se contra os particulares, e não contra o Estado [4].

Seria com a Constituição de 1976 que o princípio conseguiria ser estabelecido com toda a amplitude [5]. Mas o Decreto-Lei n° 48051 iria vigorar embora - não sem levantar alguns problemas de inconstitucionalidade superveniente [6] - até à recentíssima Lei n° 67/2007, de 31 de Dezembro [7].

2. O art. 222 da Constituição

I - O art. 22° é o art. 21°, inicial, e apesar das dúvidas que tem suscitado, ele tem permanecido sem alterações até agora [8-9]. Eis como pode ser analisado:

4 Cfr. GOMES CANOTILHO, O *problema...*, cit., págs. 139-140.

5 V. *Diário da Assembleia Constituinte*, n°s 36 e 42, de 23 de Agosto e de 4 de Setembro de 1975, págs. 980 e 1196 e segs. Cfr. o nosso *Um projecto de Constituição*, Braga, 1975, art. 23°; e os projectos de Constituição do Centro Democrático Social, art. 13°, n° 31, e do Partido Comunista Português, art. 60°, n° 1.

6 Cfr., por exemplo, o acórdão n° 154/2007 do Tribunal Constitucional, de 2 de Março, in *Diário da República*, 2ª série, de 4 de Maio de 2007.

7 Entretanto, o Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, aprovado pela Lei n° 13/2002, de 19 de Fevereiro, iria atribuir aos tribunais de jurisdição administrativa a apreciação dos litígios respeitantes à responsabilidade civil extracontratual das pessoas colectivas públicas, incluindo por danos decorrentes do exercício de função política e legislativa e de função jurisdicional, e sem distinguir, quanto à Administração, entre gestão pública e gestão privada [art. 4°, alíneas g) e *h)*]. Cfr., anteriormente, por, no caso, se tratar de gestão privada, recusando aplicar o art. 22° e, ao invés, a norma sobre protecção dos consumidores, acórdão n° 153/90, de 3 de Maio, in *Diário da República*, 2ª série, de 7 de Setembro de 1990.

8 Nos projectos de revisão constitucional n° 2/V e n°s 2, 3 e 4/VII propuseram-se sem êxito aditamentos, embora não alterações. V., quanto à revisão de 1989, *Diário da Assembleia da República*, V legislatura, 2ª sessão legislativa, 1ª série, n° 66, reunião de 19 de Abril de 1989, págs. 2303 e segs.

9 Sobre o art. 22°, v. CASTRO MENDES, Direitos, liberdades e garantias - alguns aspectos gerais, in Estudos sobre a Constituição, obra colectiva, I, Lisboa, 1979, pág. 111; JORGE MIRANDA, O regime dos direitos, liberdades e garantias, ibidem, III pág. 65; MARCELO REBELO DE SOUSA, O princípio da legalidade administrativa na Constituição de 1976, in Democracia e liberdade, n° 13, Janeiro de 1980, págs. 15-16, e Responsabilidade dos estabelecimentos públicos de saúde: culpa do agente ou culpa da organização?, in Direito da Saúde e Bioética, obra colectiva, Lisboa, 1996, pág. 162; DIMAS DE LACERDA, Responsabilidade civil extracontratual do Estado Alguns aspectos, in Contencioso Administrativo, obra colectiva, Braga, 1986, págs. 254 e segs.; BARBOSA DE MELO, Responsabilidade civil extracontratual não cobrança de derrama pelo Estado, in Colectânea de Jurisprudência, ano XI, tomo 4, 1986, pág. 36; FAUSTO DE QUADROS, Omissões legislativas sobre direitos fundamentais, in Nos Dez Anos da Constituição, obra colectiva, págs. 60-61; GOMES CANOTILHO, anotação ao acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 9 de Outubro de 1990, in Revista de Legislação e de Jurisprudência, n° 3804, Julho de 1991, págs. 84 e segs.; RUI MEDEIROS, Ensaio sobre a responsabilidade do Estado por actos da função legislativa, Coimbra, 1992, págs. 83 e segs. e anotação ao art. 22° em JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, Constituição Portuguesa Anotada, I, Coimbra, 2005, págs. 210 e segs., e III, 2007, págs.; VIEIRA DE ANDRADE, Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976, 3° ed., Coimbra, 2004, pág. 379 e segs.; MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, Da responsabilidade civil extracontratual da Administração pública no ordenamento jurídico constitucional vigente, in Responsabilidade civil extracontratual da Administração pública, obra colectiva, Coimbra, 1995, págs. 101 e segs.; MANUEL AFONSO VAZ, A responsabilidade civil do Estado Considerações breves sobre o seu estatuto constitucional, Porto, 1995; MARIA LUÍSA DUARTE, O artigo 22° da Constituição Portuguesa e a necessária concretização dos pressupostos da responsabilidade extracontratual do

a) Conforme decorre do seu lugar sistemático, do confronto com as fórmulas precursoras das Constituições anteriores e com as raras fórmulas paralelas de Constituições de outros países [10], bem como da conexão íntima com outros artigos, ele incorpora um princípio geral. Não apenas todos os direitos devem receber tutela jurisdicional como, se lesados por qualquer modo, à actuação do Estado há-de corresponder uma contrapartida de responsabilidade civil [11].

b) E são quaisquer direitos, e não apenas os direitos, liberdades e garantias. E não somente direitos, mas também interesses legalmente protegidos dos cidadãos.

c) Os danos tanto podem ser danos patrimoniais como não patrimoniais, tanto danos presentes como futuros e tanto danos emergentes como lucros cessantes.

d) Tem-se em vista todas as funções do Estado – a administrativa, a jurisdicional, a legislativa e a política *stricto sensu* ou governativa [12].

e) Tem-se em vista quer o Estado quer qualquer outra entidade pública, assim como qualquer entidade privada enquanto participante no exercício da função administrativa, por qualquer forma.

f) Afloramentos particularmente sensíveis vêm a ser o art. 27°, n° 5, sobre privação da liberdade pessoal contra o disposto na Constituição e na lei; o art. 29°, n° 6, sobre condenação penal injusta; e o art. 52°, n° 3, sobre danos contra a saúde pública e o ambiente, quando provenientes de entidades públicas.

g) O princípio pode estender-se ainda às relações entre entidades públicas, não sendo de excluir, por exemplo, responsabilidade do Estado perante municípios ou universidades públicas [13].

h) O princípio não deixa de se projectar outrossim no domínio da responsabilidade emergente de contratos.

i) O art. 22° é complementado pelo art. 117°, n° 1, sobre responsabilidade dos

---

legislador, in Legislação, n° 17, Out.-Dez. de 1996, págs. 16 e 17; MARIA DA GLÓRIA GARCIA, A responsabilidade..., cit., págs. 53 e segs.; MARIA LÚCIA AMARAL, Responsabilidade do Estado..., cit., págs. 397 e segs.; JOSÉ GABRIEL QUEIRÓ, La responsabilité de l'État par violation de l'article 30 du Traité de Rome, en droit portugais, in Direito e Justiça, 1998, n° 2, págs. 97 e 98; LUÍS GUILHERME CATARINO, op. cit., págs. 151 e segs.; JOÃO CAUPERS, Os malefícios do tabaco (notação ao acórdão do Tribunal Constitucional n° 23/04), in Cadernos de Justiça Administrativa, n° 46, págs. 16 e segs.; GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, Constituição da República Portuguesa Anotada, 4ª ed., I, Coimbra, 2007, págs. 425 e segs.

10 Art. 17° da Constituição japonesa; art. 20° da Constituição equatoriana; art. 48° da Constituição romena; art. 26° da Constituição eslovena; art. 15° da Constituição cabo-verdiana; art. 77°, n° 1, da Constituição polaca. Já não, por mais restritos, art. 28° da Constituição italiana e art. 34° da Constituição alemã.

11 Como se sabe, o art. 22° foi elaborado pela comissão da Assembleia Constituinte que se ocupou dos títulos I e II da parte I, e daí mencionarem-se somente os direitos, liberdades e garantias.

12 Nem isso é infirmado por, na reserva de competência legislativa da Assembleia da República, se falar em responsabilidade civil da Administração [art. 165°, n° 1, alínea *s*)].

Deve, de resto, entender-se, por maioria de razão e por o direito consagrado no art. 22° beneficiar de todo o regime dos direitos, liberdades e garantias, que aquela reserva de competência abrange também a responsabilidade por actos da função jurisdicional, da legislativa e da governativa ou política *stricto sensu*.

13 Assim, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *op.cit.*, I, pág. 426.

titulares de cargos políticos, pelos arts. 216°, nº 2 e 222°, nº 5, sobre responsabilidade dos juízes e pelo art. 271°, sobre responsabilidade dos funcionários e agentes da Administração [14]

j) O art. 22° tem ainda de ser conjugado com os princípios do Direito das Gentes quanto à responsabilidade do Estado por acções ou omissões relevantes jurídico-internacionalmente praticadas antes ou depois da entrada em vigor da Constituição de 1976 [15] e com os princípios de Direito comunitário de responsabilidade da União por acções ou omissões dos seus órgãos e de responsabilidade dos Estados membros por violação do Direito da União (art. 288° do Tratado e jurisprudência do Tribunal de Justiça [16].

II - Se ninguém contesta a responsabilidade da Administração[17] e se se aceita em maior ou menor medida, a responsabilidade do Estado pelo exercício da função jurisdicional [18], algumas reservas têm persistido acerca do alcance razoável da

14 Não, porém, pelo art. 214°, nº 1, alínea *c)*, sobre responsabilidade financeira, a qual se traduz especificamente na obrigação de reintegrar fundos, valores e dinheiros públicos.

15 Sobre responsabilidade internacional do Estado, v., por todos, GIOVANNI PAU, *Responsabilità internazionale*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXIX, 1988, págs. 1432 e segs.; SILVA CUNHA, *Direito Internacional Público - Relações internacionais*, Lisboa, 1990, págs. 93 e segs.; JEAN COMBACAU e SERGE SUR, *Droit International Public*, Paris, 1993, págs. 518 e segs.; ou JORGE MIRANDA, *Curso de Direito Internacional Público*, 3ª ed., S. João do Estoril, 2006, págs. 327 e segs.

16 Cfr., por todos, MARIA LUÍSA DUARTE, *O Tratado da União Europeia e a garantia da Constituição*, in *Estudos em memória do Professor Doutor João de Castro Mendes*, obra colectiva, Lisboa, 1993, págs. 674, nota; JOÃO MOTA DE CAMPOS e JOÃO LUIZ MOTA DE CAMPOS, *Contencioso comunitário*, Lisboa, 2002, págs. 459 e segs.; MARIA JOSE RANGEL DE MESQUITA, *Responsabilidade do Estado por incumprimento do Direito da União Europeia: um principio com futuro* (anotação), in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 60, Novembro-Dezembro de 2006, págs. 60 e segs. e FAUSTO OE QUADROS e ANA MARIA MARTINS, *Contencioso da União Europeia*, 2ª ed., Coimbra, 2007, págs. 266 e segs.

17 Cfr., por todos, MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, II, cit., 1972, págs. 1195 e segs.; FREITAS DO AMARAL, *Direito Administrativo*, III, Lisboa, 1989, págs. 471 e segs.; VIEIRA DE ANDRADE, *Panorama geral do direito da responsabilidade "civil" da Administração pública em Portugal*, in *La Responsabilidad patrimonial de los poderes publicos*, obra colectiva, Madrid, 1999, págs. 39 e segs.; RUI MEDEIROS, *Brevíssimos tópicos para uma reforma do contencioso da responsabilidade civil*, in *Justiça Administrativa*, nº 16, Julho-Agosto de 1999, págs. 33 e segs.; *Responsabilidade civil extracontratual da Administração pública*, obra colectiva (coord. de Fausto de Quadros), 2ª ed., Coimbra, 2004; MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRE SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, m, Lisboa, 2007, págs. 408 e segs.

18 Cfr., entre tantos, GOMES CANOTILHO, *O problema...*, cit., págs. 209 e segs. e *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra, 2004, págs. 608.509; ALESSANDRO GIULIANI e NICOLA PICARDI, *I modelli strallieri della responsabilità del giudice*, in *Studi* in *onore di Enrico Tulio Liebman*, obra colectiva, I, Milão, 1979, págs. 527 e segs.; J. M. REYES MONTREAL, *La responsabilidad del Estado por error y anormal funcionamento de la administración de la justicia*, Madrid, 1987; MAURO CAPPELLETTI, *Giudici irresponsabili?*, Milão, 1988; MARCELO REBELO DE SOUSA, *Orgânica judicial...*, cit., págs. 19 e segs.; RUI MEDEIROS, *Ensaio...*, cit., págs. 123 e segs.; FLÁVIO DE QUEIROZ CAVALCANTI, *Responsabilidade do Estado pelo mau funcionamento da justiça*, in *Revista de Informação Legislativa*, nº 116, Out.-Dezembro de 1992, págs. 107 e segs.; PAULO OTERO, *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, Lisboa, 1993, págs. 133 e segs.; A. B. COTRIM NETO, *Da responsabilidade do Estado por acto do juiz em face da Constituição de 1988*, in *Revista Trimestral de Direito Público* (São Paulo), 1993, págs. 31 e segs.; FERNÃO FERNANDES THOMAZ, *Da irresponsabi/idade à responsabilização dos juizes*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 1994, págs. 489 e segs.; DANIEL LUDET, *Quelle responsabilité des magistrats?*, in *Pouvoirs*, 1995, págs. 119 e segs.; MARIA DA GLÓRIA GARCIA, *A responsabilidade...*, cit., págs. 54 e segs.; VERA LÚCIA JUCOWSKY, *Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional*, São Paulo, 1999; LUÍS GUILHERME CATARINO, *op. cit., maxime* págs. 233 e segs.; PAULA RIBEIRO DE FARIA,

responsabilidade pelo exercício da função legislativa e sobre o modo de a concretizar.

As transformações da lei[19] - num duplo sentido de alargamento e complexificação dos seus modos de intervenção, por um lado, e, por outro lado (até por causa disso) de sujeição a formas crescentes de limitação - não podem deixar de se reflectir no domínio da responsabilidade. Assim como se vai afirmando cada vez mais o controlo jurisdicional da constitucionalidade, também se vai colocando, embora em termos longe de pacíficos, o problema da responsabilidade do Estado por actos da função legislativa [20].

A generalidade da lei não obsta à subjectivação de eventuais prejuízos; e, desde que a Administração é obrigada a executar normas inconstitucionais, a obrigação de indemnizar recai unicamente sobre o Estado legislador [21]. Subordinados à Constituição, os actos legislativos também podem envolver responsabilidade quando a infrinjam ou quando, mesmo não a infringindo, afectem direitos constitucionalmente garantidos.

O que se diz acerca da lei vale, por maioria de razão, para os regulamentos susceptíveis igualmente de determinarem responsabilidade - ainda da Administração.

Nem é de excluir responsabilidade por actos políticos *stricto sensu:* assim, por

anotação in JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição...*, III, págs. 180 e segs.

19 Cfr. *Manual...*, V, 3ª ed., Coimbra, 2004, págs. 130 e segs., e autores citados.

20 Cfr., na doutrina portuguesa, SILVESTRE PINHEIRO FERREIRA, *Manual do Cidadão em um governo representativo*, 1834, reimpressão, Brasília, 1998, pág. 174; MARTINHO NOBRE DE MELO, *Teoria geral da responsabilidade do Estado*. Lisboa, 1914, pág. 114; FÉZAS VITAL, *Da responsabilidade do Estado no exercício da função legislativa*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, ano II, 1916, págs. 267 e 513 e segs.; AFONSO QUEIRÓ, *Teoria dos Actos do Governo*, Coimbra, 1948, págs. 217-218, nota; MANUEL DE ANDRADE, *Capacidade das pessoas colectivas*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 83, pág. 259, nota; GOMES CANOTILHO, *O problema...*, cit., págs. 143 e segs.; *Direito...*, cit., pág. 510 e *Responsabilidade do Estado por danos decorrentes do não exercício culposo da função legislativa*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, nºs 3927 e 3928, Out.-Novembro de 2001, págs. 202 e segs.; RUI MEDEIROS, *Ensaio...*, cit., e *A responsabilidade civil pelo ilícito legislativo no quadro da reforma do Decreto-Lei nº 48051*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 27, maio-junho de 2001, págs. 20 e segs.; MARIA LUÍSA DUARTE, *A cidadania da União e a responsabilidade do Estado por violação do Direito comunitário*, Lisboa, 1994, págs. 75 e segs., e *O artigo 22º...*, cit., *loco cit.*, págs. 5 e segs.; MARIA DA GLÓRIA GARCIA, *A responsabilidade...*, cit., págs. 62 e segs.; MARIA LÚCIA AMARAL, *Responsabilidade...*, cit., e *Dever de legislar e dever de indemnizar. A propósito do caso "Aquaparque do Restelo"*, in *Themis*, ano I, 2000, nº 2, págs. 67 e segs.; JOÃO CAUPERS, *Responsabilidade do Estado por actos legislativos e judiciais*, in *La Responsabilidade patrimonial...*, obra colectiva, págs. 79 e segs.

Na doutrina de outros países, cfr. JUAN ALFONSO SANTAMARIA PASTOR, *La teoria de la responsabilidad del Estado legislador*, in *Revista de Administración Publica*, 1972, págs. 57 e segs.; GARCIA DE ENTERRÍA e TOMAS-RAMÓN FERNANDEZ, *op. cit.*, II, págs. 212 e segs. e 380 e segs.; RENÉ CHAPUS, *Droit Administratf Général*, I, 7ª ed., Paris, 1993, págs. 1091 e segs.; ALMIRO DO COUTO E SILVA, *A responsabilidade extracontratual do Estado no Direito brasileiro*, in *Revista de Direito Administrativo*, Out.-Dez. de 1995, págs. 36 e segs.; MARISA HELENA D'ARBO ALVES DE FREITAS, *O Estado legislador responsável*, in *Revista de Informação Legislativa*, nº 128, Out.-Dez. de 1995, págs. 85 e segs.; EDUARDO GARCIA DE ENTERRÍA, *El principio de la "responsabilidad de los poderes públicos" según el art. 9-3 de la Constitución y la responsabilidad patrimonial del Estado legislador*, in *Revista Espanola de Derecho Constitucional*, nº 67, Janeiro-Abril de 2003, págs. 15 e segs.; ALESSANDRO PIZZORUSSO, *La responsabilité de l'État du fait des actes législatifs en Italie*, in *Mouvement du droit public - Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, obra colectiva, Paris, 2004, págs. 913 e seg.

21 RUI MEDEIROS, *Ensaio...*, cit., pág. 201.

declaração de estado de sítio ou de emergência (se se optar por a qualificar nessa categoria) e, no limite, com ofensa de direitos insusceptíveis de suspensão (art. 19°, n° 6); ou por inquéritos parlamentares ou por convenções internacionais que atinjam direitos fundamentais[22].

Finalmente, poderá haver responsabilidade do Estado por causa de leis de revisão constitucional?

Poderá haver por preterição de limites materiais [art. 288°, alíneas *d)* e *e)*], mormente em caso de derrogação. [23-24]

III - *Prima facie* dir-se-ia estar só considerada no art. 22° a responsabilidade por factos ilícitos, em virtude de, expressamente, se consignar a solidariedade de titulares de órgãos, funcionários e agentes, a qual só faz sentido, evidentemente, quanto a factos ilícitos.

Não é de arredar, entretanto, a responsabilidade por factos lícitos e objectiva, por força dos princípios do Estado de Direito, para se conferir ao art. 22° o máximo efeito útil e porque, a par dos direitos patrimoniais salvaguardados pelos arts. 62°, n° 2, 83° e 94°, n° 1, pode haver direitos de outra natureza passíveis de ser afectados por acções lícitas do Estado (*v.* g. em estado de sítio ou de emergência, em estado de necessidade administrativa ou em caso de inexecução lícita de sentença de tribunal administrativo) e relativamente aos quais não menos se justifica um dever de indemnizar [25].

Nem se compreenderia que um princípio geral sito na Constituição de 1976 fosse menos abrangente que o regime do Decreto-Lei n° 48051, nascido ainda no tempo da Constituição de 1933 - o qual contemplava responsabilidade por factos ilícitos culposos (arts. 2° e 3°) e, em moldes de princípio geral, responsabilidade pelo risco ou por factos casuais (art. 8°) e responsabilidade por actos lícitos da Administração que provocassem danos especiais e anormais (art. 9°).

Embora de bem menor importância, algum suporte literal acha-se no próprio art. 22°, com base na destrinça entre *violação* e *prejuízo* - com a referência a *violação* (de direitos, liberdades e garantias ou, como se diz no art. 271°, n° 1, de "direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos") está-se contemplando a responsabilidade por factos ilícitos; com a referência *a prejuízo* a responsabilidade por factos lícitos [26].

---

22 Coisa diferente vem a ser a responsabilidade internacional do Estado por desrespeito de convenções a que esteja vinculado.

23 V. *Manual...*, II, cit., págs. 166 e segs.

24 Cfr. FRANÇOISCHARLES BOUSQUET. *La responsabilité de l'État du Jait des disposition constitutionnelles*, in *Revue du droit public*, 2007, págs. 937 e segs.

25 Neste sentido, MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *Da responsabilidade...*, cit., *loc. cit.*, págs. 111 e 112 (chamando também à colação o art. 266°, n° 1,2. parte, que obriga a Administração a respeitar os direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos); ou GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição...*, I, cit.. págs. 431 e 432.

26 Cfr., diferentemente, MARCELO REBELO DE SOUSA, *Responsabilidade dos estabelecimentos..., cit.,loc. cit.. pág.* 162: a expressão "prejuízo para outrem" visa englobar todos os casos de ilicitude que não se reconduzam a violação de direitos, liberdades e garantias violação de outros direitos e interesses

IV - O art. 271° especifica o princípio em relação aos funcionários e agentes da Administração pública, nestes termos:

a) Não dependência da acção ou do procedimento, em qualquer fase, de autorização hierárquica [27];

b) Exclusão de responsabilidade de funcionário ou agente no caso de cumprimento de ordens ou instruções do superior hierárquico e em matérias de serviço, se, previamente, tiver delas reclamado ou tiver exigido a sua transmissão ou confirmação por escrito;

c) Cessação do dever de obediência sempre que o cumprimento das ordens ou instruções implique a prática de qualquer crime.

V - Por outro lado, o subprincípio de solidariedade - aplicável também aos titulares de órgãos deve ser tomado numa perspectiva global da Constituição e a par de outros subprincípios ou princípios e de outras regras:

- Irresponsabilidade dos Deputados pelos votos e opiniões no exercício das suas funções (art. 157°, n° 1) [28];

- Carácter de excepção da responsabilidade dos juízes (art. 216°, n° 2);

- Preservação da eficácia da Administração (art. 267°, n° 2) e, em geral, dos demais poderes públicos, valorando a maior ou menor diligência e o maior ou menor zelo postos pelos titulares dos órgãos, funcionários e agentes no exercício das suas funções;

- Princípio do acesso democrático aos cargos públicos (art. 50°) e à função pública (art. 47°, n° 2), garantindo aos titulares dos órgãos e aos funcionários e agentes de segurança e tranquilidade económica para a livre tomada de decisões e de prática de actos [29].

Por outro lado, como salientava já a Comissão Constitucional, não é absolutamente necessário ver aí a adopção do estrito esquema das "obrigações solidárias" do Direito civil, antes será porventura possível entender que a responsabilidade, sem deixar de ser solidária, pode depender de diferentes

---

legalmente protegidos..

Ou, em termos menos plausíveis, RUI MEDEIROS, *Ensaio...*, cit., págs. 110 e segs.: verificando-se violação de direitos, liberdades e garantias haveria lugar a indemnização tanto de danos patrimoniais como de danos morais, ao passo que, relativamente a outros direitos e interesses, só estaria garantida a indemnização por danos patrimoniais.

27 Quer dizer: inexistência de garantia administrativa, abolida em 1974.

28 V. JORGE MIRANDA, *Direito Constitucional III - Direito Eleitoral e Direito Parlamentar*, Lisboa, 2003, págs. 252 e segs.

29 Assim, JORGE MIRANDA, *Artigo 22° da Constituição e demandas contra titulares de órgãos. funcionários e agentes*, in *O Direito*, 2001, págs. 1003 e segs.; JOÃO CAUPERS, *op.cit., loc.cit.*, pág. 20.

Nesta linha, a despeito das suas insuficiências e deficiências, vai o Decreto-Lei n° 148/2000, de 19 de Julho, sobre dispensa de custas e apoio judiciário.

pressupostos, consoante ela se afira em relação ao Estado ou aos seus agentes [30]. Ou, como disse o Tribunal Constitucional, o legislador pode modular as condições de responsabilidade dos funcionários e agentes [31].

3. A dimensão subjectiva

A partir do sentido institucional, objectivo e organizatório, avulta no art. 22°, à semelhança do que sucede no art. 20°, a dimensão subjectiva:

a) Os cidadãos (e, por extensão, os estrangeiros e as pessoas colectivas) têm um verdadeiro e próprio direito à reparação dos danos causados pelas actividades do Estado e das demais entidades públicas [32];

b) É, para efeito do art. 17°, um direito de natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias do título I desta parte I da Constituição;

c) E, enquanto tal, directamente aplicável, ainda que, devido a ele corresponder a um princípio, caiba ao legislador uma tarefa de determinação ou densificação, quer quanto ao seu regime substantivo, quer quanto à acção de responsabilidade [33].

4. A responsabilidade por actos legislativos em especial

I - Comportamento ilícito do legislador - seja por acção, seja por omissão - é aquele que se traduz na contradição com normas a que esteja sujeito (normas constitucionais, internacionais, comunitárias ou de lei de valor reforçado) ou com decisão referendária (arts. 115° e 240°), da qual resulte ofensa de direitos dos cidadãos.

O conceito de culpa, tal como consta do art. 487° do Código Civil e constava do art. 2° do Decreto-Lei n° 48051, não parece que possa aplicar-se em termos gerais, por mal se conjugar com a liberdade de conformação inerente à função política [34] e com o contraditório inerente ao pluralismo parlamentar. A falar-se em culpa, terá de ser, numa acepção objectivada [35] e imbricada com o princípio da responsabilidade política (que tem um duplo alcance, pessoal e institucional) [36].

Culpa grave ou dolo [37] registrar-se-á, sim, em certas hipóteses: reaprovação

30 Parecer n° 22/79, de 7 de Agosto, in *Pareceres*, IX, pág. 52.
31 Acórdão n° 5/2005, de 5 de Janeiro, in *Diário da República*, 2ª série, n° 75, de 18 de Abril de 2005.
32 No sentido somente de garantia institucional, MARIA LÚCIA AMARAL, *Responsabilidade...*, cit., págs. 422 e segs.; VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, cit., pág. 144.
33 RUI MEDEIROS, anotação, *loc.cit.*, pág. 213. Cfr. também, por exemplo, o acórdão n° 45/99, do Tribunal Constitucional, de 19 de Janeiro, *in Diário da República*, 2ª série, n° 72, de 26 de Março de 1999.
34 Cfr. MARIA LÚCIA AMARAL, *Responsabilidade...*, cit., págs. 16 e segs.
35 A tendência, aliás, mesmo em Direito civil, vai no sentido de certa objectivação da culpa.
36 Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual...*, VII, págs. 78 e segs.
37 Cfr. o conceito de culpa do legislador em RUI MEDEIROS, *Ensaio...*, cit., págs. 188 e segs.; há culpa do legislador quando ele podia e devia evitar a aprovação de lei inconstitucional.

de norma declarada inconstitucional ou ilegal com força obrigatória geral pelo Tribunal Constitucional (art. 282°), sem que haja sido mudada a norma parâmetro; aprovação de acto legislativo contrário ao resultado do referendo sobre questão a ele concernente (art. 115°), decreto-lei ou decreto legislativo regional publicado na mesma sessão legislativa em que a sua cessação de vigência tenha sido aprovada pela Assembleia da República (art. 169°, n° 4), persistência de omissão legislativa a despeito de o Tribunal Constitucional ter verificado a inconstitucionalidade e de ter feito ciente dela o órgão legislativo (art. 283°, n° 2).

II - Actos legislativos lícitos (conformes ao Direito) e até por vezes impostos por normas constitucionais, que provoquem responsabilidade podem vir a ser leis de nacionalizações ou de apropriação colectiva (ou, inversamente, de privatização), declarações de estado de sítio ou de estado de emergência ou leis-medida que lesem direitos ou interesses legalmente protegidos [38].

III - Maria Lúcia Amaral sustentava, na sua dissertação de doutoramento, a inexistência de responsabilidade civil do Estado por prejuízos causados por actos da função legislativa, lícitos ou ilícitos [39].

O problema só se colocaria face a danos sofridos por particulares por efeito da vigência de leis inconstitucionais lesivas de direitos fundamentais, e ocorridos durante o período de tempo compreendido entre o momento da entrada em vigor da lei e o momento da declaração da inconstitucionalidade. No estado actual de desenvolvimento do direito constitucional português, tais prejuízos não seriam indemnizáveis, porque a inconstitucional idade se não configuraria ainda e por si só como uma forma de ilicitude civil.

Em contrapartida, existiria entre nós um dever de indemnizar do legislador, que se constituirá à margem de todos os mecanismos da responsabilidade civil e que se formaria na esfera jurídica estadual no momento mesmo em que os poderes públicos decidissem impor ao património dos privados, por intermédio de lei, sacrifícios graves e especiais em nome da prossecução do bem comum. As leis que impusessem tais sacrifícios, ou que autorizassem a sua imposição, seriam leis expropriatórias que só se tornariam conformes à Constituição se incluírem uma cláusula indemnizatória conjunta destinada a compensar o sacrifício imposto.

Nos termos do art. 62°, n° 2, em leitura conjugada com os princípios dos arts. 2°, 13°, 18° e 266°, n° 2, seriam inconstitucionais as leis expropriatórias que omitissem a cláusula de concessão conjunta de indemnização, ou que previrem nela compensação insuficiente. No momento da formulação do juízo relativo à inconstitucionalidade de tais leis, o Tribunal Constitucional poderá ainda vir a arbitrar o pagamento de compensações indemnizatórias aos particulares

38 Por exemplo, a extinção de empresa pública sem se acautelarem os interesses dos trabalhadores. Cfr. BERNARDO XAVIER e ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Um caso especial de caducidade de empresa pública. Indemnização aos trabalhadores*, in *Revista de Direito e Estudos Sociais*, 1992, págs. 81 e segs., *maxime* 86 e 104 e segs.

39 *Responsabilidade...*, cito V. a crítica que lhe fazemos a respeito dos actos ilícitos na 3ª ed. deste tomo, págs. 298 e 299.

afectados apenas em dois casos: (i) na hipótese de impossibilidade de declaração de inconstitucionalidade da lei, pelo facto de a omissão ou insuficiência da "Junktim-Klausel" se ter ficado a dever a erro de prognose do legislador; (ii) na hipótese de a declaração de inconstitucionalidade, embora fundamentada, se não mostrar capaz de assegurar, só por intermédio dos seus efeitos, a eliminação de todo o sacrifício que tivesse sido efectivamente imposto ao património privado em consequência da vigência da lei inconstitucional. Os fundamentos desta competência do Tribunal Constitucional encontrar-se-iam consagrados nos arts. 221° e 282°, 4, da Constituição [40].

Por outro lado, a inconstitucionalidade da lei não se configuraria como expressão de um ilícito civil, capaz de fazer nascer na esfera jurídica estadual uma obrigação de ressarcir que decorressem do facto da contrariedade do acto legislativo à norma fundamental [41]. Prevaleceria uma orientação objectiva do princípio da constitucionalidade, porque a vinculação do legislador aos direitos fundamentais não acarretaria a degradação da função legislativa em actividade de mera execução [42]; e a Constituição de 1976 recusaria o princípio do acesso directo dos cidadãos ao controlo [43].

Quanto a nós, admitimos (sem conceder) o entendimento – também sufragado, na doutrina portuguesa, por Manuel Afonso Vaz [44] relativo às leis expropriatórias. *A priori* o art. 62", n° 2, tanto pode ser encarado em conexão com o art. 22° (conforme propendemos a crer) como tomado à sua margem – como também faz Rui Medeiros [45]. E, por certo, são diferentes as ideias de justiça subjacentes: de justiça comutativa na responsabilidade por factos ilícitos e de justiça distributiva na responsabilidade por factos lícitos [46].

Apesar de tudo, entretanto, há que distinguir. Se a lei expropriatória negar ou vedar a indemnização ou se se mostrar discriminatória, evidentemente, dar-se-á inconstitucionalidade por acção. Porém, se a não previr, deverá aplicar-se directamente o art. 22° (ou, no caso de direitos patrimoniais, o art. 62°, n° 2, ou o art. 94°, n° 1 [47-48]cabendo à Administração ou aos tribunais determinar o seu montante e evitando-se afectar soluções materiais não necessariamente inconstitucionais [49].

---

40 *Ibidem*. págs. 709-710.
41 *Ibidem*. pág. 689.
42 *Ibidem*. pág. 699.
43 *Ibidem*. pág. 700.
44 *Ibidem*. págs. 12 e 13: a indemnização não é uma consequência da ilicitude, mas um pressuposto da admissibilidade constitucional da restrição de um direito.
45 Embora este Autor considere que a responsabilidade do Estado constitucionalmente prevista abrange quer actos ilícitos quer actos lícitos, só funda aquela no art. 22° (*Ensaio...*, cit., págs. 92 e segs.); a segunda funda-se na garantia da propriedade privada ou, para além disso, nos princípios do Estado de Direito (págs. 235 e segs.)
46 Assim, MARIA LÚCIA AMARAL, *op. cit.*, pág. 414.
47 Cfr. acórdão n° 254/99 do Tribunal Constitucional, de 4 de Maio, in *Diário da República*, 2ª série, n° 137, de 15 de Junho de 1999.
48 No caso do art. 83° (que alude a "critérios de indemnização"), a situação será diferente: será de inconstitucionalidade por omissão, implicando a ineficácia (não a invalidade) da lei.
49 Defender a inconstitucionalidade por acção neste caso seria tão radical como defendê-la a propósito

IV - Será aplicável a norma da solidariedade à responsabilidade por actos legislativos ilícitos?

Como ela se acha afastada quanto aos Deputados à Assembleia da República (citado art. 157°, n° 1) e, por analogia, quanto aos Deputados à Assembleias Legislativas regionais, afigura-se difícil sujeitar-lhe os membros do Governo, o outro órgão legislativo. Mas o problema requereria alguma mais detida reflexão.

V - Outro problema difícil provém da faculdade do Tribunal Constitucional de restringir os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com fundamento em segurança jurídica, equidade ou interesse público de excepcional relevo (art. 282°, n° 4) [50].

Pode admitir-se uma correlativa e consequente redução da indemnização, mas não tal ou tanto que vulnere o conteúdo essencial do direito constante do art. 22°.

5. A Lei n° 67/2007

I - Os pontos principais da Lei n° 67/2007 são os seguintes:

a) Especificação da responsabilidade por acções ou omissões no exercício não apenas da função administrativa mas também da função jurisdicional e da função legislativa embora, naturalmente, com regimes diferenciados (arts.1°, 7° e segs., 12° e segs. e 15° e segs.);

b) Consagração da responsabilidade pelo risco (art. 11°) e por encargos ou danos especiais ou anormais (art. 16°), sendo especiais os que incidam sobre uma pessoa ou um grupo, sem afectarem a generalidade das pessoas e anormais os que, ultrapassando os custos próprios da vida em sociedade, mereçam, pela sua gravidade, a tutela do direito (art. 2°);

c) Responsabilidade por danos patrimoniais e não patrimoniais, assim como por danos produzidos e danos futuros (art. 3°, n° 3).

d) Especificação da solidariedade relativamente à função administrativa e à jurisdicional, na base da distinção entre culpa leve e dolo ou culpa grave (arts. 8° e 14°);

e) No plano textual, transcrições parciais de artigos do Código Civil perturbadoras de uma correcta interpretação do regime jurídico.

II - No tocante à função administrativa, registrem-se:

a) Não distinção, para efeito de efectivação de responsabilidade entre as

---

da preterição do principio da igualdade.

50 Cfr. RUI MEDEIROS, *Ensaio...*, cit., págs. 156 e segs., *maxime* 160; MANUEL AFONSO VAZ, *A responsabilidade...*, cit., págs. 15-16.

tradicionais gestão pública e gestão privada;

b) Aplicação à responsabilidade civil das pessoas colectivas de direito privado por acções ou omissões no exercício de prerrogativas de poder público ou que sejam reguladas por normas de direito administrativo (art. 1°, n° 5);

c) Consideração como ilicitude também a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos resultantes do funcionamento anormal do serviço (arts. 7°, n° 3 e 9°, n° 2).

III - No tocante à função jurisdicional:

a) Previsão como causas de responsabilidade, para lá dos casos de sentença condenatória injusta e da privação injustificada de liberdade (prevista, como já se viu, desde logo nos arts. 27°, n° 5 e 29°, n° 6 da Constituição), *designadamente* de violação de direito a uma decisão judicial em prazo razoável (art. 12°) e do erro judiciário (art. 13°);

b) Consideração como erro judiciário das decisões jurisdicionais manifestamente inconstitucionais ou ilegais ou injustificados por erro grosseiro na apreciação dos respectivos pressupostos de facto, só podendo o pedido de indemnização fundar-se na prévia revogação da decisão danosa pela jurisdição competente (art. 13°, n°s 1 e 2);

c) Dependência do exercício de direito de regresso sobre os magistrados de decisão de órgãos competentes para o exercício do poder disciplinar, a título oficioso ou por iniciativa do Ministro da Justiça (art. 14°, n° 2) - portanto, do Conselho Superior da Magistratura e do Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais (art. 217° da Constituição).

IV - No tocante à função legislativa:

a) Responsabilidade ligada à desconformidade com a Constituição, o Direito internacional, o Direito comunitário ou normas legislativas de valor reforçado (art. 15°, n° I);

b) Responsabilidade, porém, apenas por danos *anormais* (art. 15°, n° 1);

c) Existência e extensão da responsabilidade determinadas atendendo às circunstâncias concretas de cada caso e, designadamente, ao grau de clareza e precisão de norma violada, ao tipo de inconstitucionalidade e ao facto de terem sido adoptadas ou omitidas diligências susceptíveis de evitar a situação de ilicitude (art. 15°, n° 4);

d) Fixação de indemnização equitativamente em montante inferior ao que corresponderia à reparação integral dos danos causados, quando os lesados forem em tal número que, por razões de interesse público de excepcional relevo, se justifique a limitação do âmbito da obrigação de indemnização (art. 15°, n° 6) - o que é lugar paralelo da há pouco referida restrição dos efeitos de declaração de

inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral.

V - Como se vê, os pressupostos de efectivação de responsabilidade pelo exercício da função legislativa são mais restritivos do que relativamente às outras funções e, por outro lado, pode notar-se que são também mais restritivos os atinentes à inconstitucionalidade por omissão do que os atinentes à inconstitucionalidade por acção.

A decisão do tribunal sobre a inconstitucionalidade, a ilegalidade ou a desconformidade da norma jurídica com convenção internacional ou Direito comunitário equivale a decisão de recusa de aplicação ou a decisão de aplicação da mesma norma cuja inconstitucionalidade, ilegalidade ou desconformidade haja sido suscitada durante o processo (art. 15, nº 2).

Já a constituição em responsabilidade fundada na omissão de normas legislativas necessárias para tornar exequíveis normas constitucionais depende de prévia verificação de inconstitucionalidade por omissão pelo Tribunal Constitucional (art. 15º, nº 5).

Assim, a efectivação da responsabilidade conexa com inconstitucionalidade por acção realiza-se no âmbito da fiscalização difusa, concreta e incidental, sem nenhum requisito externo para a propositura de acção. Pode ser promovida em qualquer tribunal, porque qualquer tribunal é competente para julgar a inconstitucionalidade (art. 204º da Constituição). Tudo se passa com se essa acção se convolasse em acção de responsabilidade, mas não se trata de nada que não caiba no sistema constitucional, porquanto fiscalização incidental não se reduz a fiscalização por via de excepção [51]. E, naturalmente, depois poderá ou deverá haver recurso para o Tribunal Constitucional (art. 280º).

Já a efectivação de responsabilidade conexa com a inconstitucionalidade por omissão fica com um alcance prático muito reduzido, até por serem raríssimos os pedidos de fiscalização. No entanto, dificilmente poderia ser de outra maneira, por a fiscalização difusa estar concebida para a inconstitucionalidade por acção (art. 204º) [52]. Importaria, pois, para ultrapassar a dificuldade e reforçar os direitos dos cidadãos, criar, em futura revisão constitucional, mecanismos de fiscalização concreta com subida ao Tribunal Constitucional [53]; mas mesmo que tal se considerasse dispensável e que se entendesse possível aproveitar a faculdade dada pelo art. 223º, nº 3 ao legislador, lei adequada para o efeito teria de ser a lei orgânica do próprio Tribunal, e não esta lei.

Onde a Lei nº 67/2007 aqui falha é no não tratamento da responsabilidade

51 Cfr. *Manual...*, VI, 2ª ed., Coimbra, 2005, pág. 56.

52 Diferentemente, o Tribunal Constitucional já considerou que a lei não poderia exigir a prévia verificação de inconstitucionalidade por omissão, pois, doutra forma, retiraria ao interessado a possibilidade de aceder aos tribunais para defesa da sua pretensão (acórdão nº 238/97, de 12 de Março, in *Diário da República*, 2ª série, nº III, de 14 de Maio de 1997). Admitindo também fiscalização concreta de inconstitucionalidade por omissão, cfr. JORGE PEREIRA DA SILVA, *Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas*, Lisboa, 2003, págs. 181 e segs.

53 Como temos vindo a preconizar: v. *Manual...*, VI, cit., pág. 318.

por actos de função política *stricto sensu* [54], da responsabilidade por preterição de decisão referendária, de responsabilidade por acções e omissões do Ministério Público (a não ser que entenda inserida na responsabilidade da Administração) e da responsabilidade por omissões legislativas para além de inconstitucionalidade por omissão, como sejam, omissões de normas de protecção de direitos fundamentais e omissões de normas de transposição de directivas comunitárias.

54 Apesar de no art. 15° se falar *em função político-legislativa.*

DA PERDA DO MANDATO DE PRESIDENTE DA REPÚBLICA

JOSÉ AFONSO DA SILVA*

ÁREA DO DIREITO: Constitucional

RESUMO: O presente artigo visa analisar as situações previstas na legislação brasileira para a perda do mandato presidencial, elencando as infrações penais comuns e de responsabilidade do Chefe do Executivo Federal, o texto visa apontar todo o rito - material e processual - para que ocorra a perda do mandato do Presidente da República dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Mandato Presidencial - Perda - Extinção - Crime de Responsabilidade -processo de cassação - Extinção do Mandato Presidencial.

ABSTRACT: The present article intends to analyze the situations forseen by the Brazilian legislation to proceed the *impeachment* of the presidential mandate. Enumerating both common criminal offences and the responsibility of the President, this text intends to show all the procedures that results on the loss of the presidential mandate in Brazil.

KEYWORDS: Presidential Mandate - Loss - Extinction - Presidential offence - Impeachment - Process.

SUMÁRIO: 1. Perda do mandato - 2. Infrações do Presidente - 3. Crimes comuns - 4. Processos dos crimes comuns - 5. Crime de responsabilidade do Presidente - 6. Processo de cassação do mandato do Presidente por crime de responsabilidade - 7. Extinção do mandato do Presidente da República - 8. Conclusão.

* Livre-Docente de Direito Financeiro e de Processo Civil da Faculdade de Direito da USP. Livre-Docente de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UFMG. Professor Titular (aposentado), por concurso público, no Departamento de Direito Econômico e Financeiro da Faculdade de Direito da USP, também responsável pelo Curso de Direito Urbanístico (por ele proposto e implantado em Pós-Graduação, no mesmo Departamento). Membro do Grupo de Estudos Urbanos do Instituto de Estudos Avançados da USP. Procurador aposentado do Estado de São Paulo. Assessor especial da Assembleia Nacional Constituinte. Autor de diversos livros de Direito Constitucional.

1. PERDA DO MANDATO

O mandato de Presidente tem a duração de quatro anos, possibilitada a reeleição uma só vez, para igual período. Encerra-se normalmente ao término desse período.

Podem, no entanto, ocorrer circunstância de fato ou de direito que façam terminar o seu mandato antes daquele tempo. São formas anormais ou circunstâncias em razão das quais cessa o mandato de determinado Presidente. Diz-se, então, que se dá a perda seu do mandato, o que pode ocorrer por quatro modos:

I – cassação do mandato;

II – extinção do mandato;

III – não comparecimento para a posse;

IV – aplicação de pena criminal, que implique perda do cargo.

Cassação: A cassação de mandato é uma sanção política, em virtude de decisão do Senado Federal nos processos de crime de responsabilidade, ou de decisão judicial como pena acessória aplicada em processo de crime comum.

Extinção: A extinção do mandato advém de fatos, atos ou omissões (renúncia, morte), que gerem uma causa de perda do mandato, na forma prevista na lei.

Não comparecimento para a posse: A declaração de vacância do cargo do Presidente da República pelo Congresso Nacional deve ocorrer, quando ele não comparecer para tomar posse dentro de dez dias da data para isso fixada; como a data fixada é 1.° de janeiro, o prazo vence a 11 de janeiro, contando-o, de acordo com os princípios, a partir do dia seguinte (02 de janeiro, inclusive); o não comparecimento no prazo indicado, salvo motivo de força maior, vale como renúncia, e, então, a hipótese é de extinção do mandato, e o ato congressual de seu reconhecimento é meramente declaratório.

2. INFRAÇÕES DO PRESIDENTE

Como qualquer pessoa, pode o Presidente da República cometer infrações penais previstas na legislação penal comum ou especial. Nesses casos, fica sujeito a processo e julgamento pelo STF (art. 102, I, *b*, da CF/1988).

O fato mesmo de ser Presidente abre larga possibilidade da prática de crimes especiais, só cometidos por quem se encontre nessa posição, tais são os chamados crimes de responsabilidade.

Demais disso, o Presidente pode incidir em certas faltas que, embora não se possam definir como infrações, constituem, muitas vezes, causas de perda do mandato, como são as desobediências às regras de incompatibilidade.

3. CRIMES COMUNS

Crimes comuns são os definidos no Código Penal, e que podem ser praticados por qualquer pessoa. Quando se diz crime comum, relativamente ao Presidente, a expressão tem sentido mais amplo, porque abrange também os crimes definidos em legislação especial. Sua característica de comum, no caso, ressai do fato de serem crimes que podem ser cometidos por qualquer pessoa, isto é, não é necessário ser Presidente para cometê-los.

A circunstância funcional, ser Presidente, não entra no conceito do delito, não participa do tipo descrito na norma incriminadora. São delitos comuns, apenas para distinguir daquelas infrações penais e político-administrativas, em que a qualidade de ser Presidente é indispensável à sua caracterização.

O sujeito ativo, claro, é o Presidente, mas, sendo esta qualidade do agente elementar ao crime, comunica-se aos coautores, que, conquanto não sejam funcionários, responderão pelo mesmo delito (art. 26 do CP). Sujeito passivo é a União, quase sempre, ou seja, a Administração pública federal, embora possa ser outra pessoa como no caso em que eventualmente o Presidente assassine alguém. A materialidade do fato consiste em variados tipos de ação. O elemento subjetivo, quase sempre, se manifesta no dolo genérico: vontade consciente dirigida à prática de qualquer das ações incriminadas.

4. PROCESSO DOS CRIMES COMUNS

O processo dos crimes comuns, cometidos pelo Presidente da República, divide-se em duas partes: o juízo de admissibilidade do processo e o processo de julgamento ou juízo de mérito por onde se apura a procedência ou improcedência da acusação. A acusação pode ser articulada por qualquer brasileiro ou partido político perante a Câmara dos Deputados, a que compete o juízo de admissibilidade do processo. Esta conhecerá, ou não, da denúncia; não conhecendo, será ela arquivada; conhecendo, declarará procedente, ou não, a acusação; julgando-a improcedente, também será arquivada. Se a declarar procedente pelo voto de dois terços de seus membros, autorizará a instauração do processo (arts. 51, I, e 86, da CF/1988), passando a matéria ao STF, a que cabe a competência originária para processar e julgar o Presidente da República nos crimes comuns (arts. 86 e 102, I, *b*, da CF/1988).

Recebido o processo pelo STF, será distribuído, na forma do regimento interno, a um Relator que encaminhará os autos ao Procurador-Geral da República que terá quinze dias para oferecer a denúncia ou requerer o arquivamento. Esse é um

procedimento próprio dos crimes de ação penal pública.[1] E se o crime for de ação penal privada, como proceder? O art. 230 do RISTF indica a solução, quando estatui que "[a] denúncia nos crimes de ação pública, a queixa nos de ação privada, bem como a representação, quando indispensável ao exercício da primeira, obedecerão ao que dispõe a lei processual". O Presidente da República pode eventualmente incidir em algum crime sujeito à queixa ou representação. Pode-se supor que essa questão fique decidida no juízo de admissibilidade, mas é preciso ter em conta que esse é um juízo mais de caráter político que técnico-jurídico. Por isso, se for o caso, o Relator, ao receber os autos, determinará seja aguardada a iniciativa do ofendido ou de quem por lei esteja autorizado a oferecer queixa ou a representação, que se não for apresentada no prazo, dar-se-á a extinção da punibilidade e, por consequência, a extinção do processo.[2]

Enfim, antes do recebimento ou da rejeição da denúncia ou da queixa, o Relator mandará notificar o acusado para oferecer resposta escrita no prazo de quinze dias. Apresentada ou não a resposta, o relator pedirá dia para que o Tribunal delibere sobre o recebimento, a rejeição da denúncia ou da queixa, ou a improcedência da acusação, se a decisão não depender de outras provas, facultada a sustentação oral por quinze minutos, primeiro à acusação, depois à defesa. Encerrados os debates, o Tribunal passará a deliberar. Se o Tribunal receber a denúncia ou queixa, a primeira consequência é a suspensão do exercício das funções do Presidente, nos termos do art. 86, § 1.°, I, da CF/1988; essa suspensão é absolutamente necessária, porque um Presidente da República, eleito pelo voto popular, não pode ser submetido a um julgamento judicial, enquanto no pleno exercício de seu mandato popular. Depois disso, o Relator designará dia e hora para o interrogatório, mandando citar o Presidente-acusado ou querelado, e intimar o Procurador-Geral da República, bem como o querelante ou o assistente, no caso de queixa-crime.[3]

Abre-se, então, o prazo de cinco dias, para a defesa prévia, depois da qual se dá início à instrução do processo que obedecerá, no que couber, ao procedimento comum do Código de Processo Penal, quando se realiza a inquirição de testemunhas, finda a qual o relator abrirá vistas à acusação e à defesa, pelo prazo de cinco dias, para requerem diligências, em razão de circunstâncias ou fatos apurados na instrução. Concluídas essas diligências, o relator mandará dar vistas às partes, pelo prazo de 15 dias, para alegações. Terminado esse prazo, o Relator, após ouvir o Procurador-Geral da República na ação penal privada, pelo prazo de quinze dias, ordenará diligências para sanar nulidades ou suprir falta que prejudique a apuração da verdade, lançando-se, em seguida, o relatório, e passará os autos ao revisor, a quem cabe pedir dia para o julgamento. A Secretaria do Tribunal remeterá cópia do relatório aos Ministros logo após o pedido de dia formulado pelo revisor.

Na sessão de julgamento, o relator apresentará o relatório e, se houver, o

1 Cf. Lei 8.038/1990, que institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o STJ e o STF, art. 1.° "Nos crimes de ação penal pública, o Ministério Público terá o prazo de 15 (quinze) dias para oferecer denúncia ou pedir arquivamento do inquérito ou das peças informativas".
2 Cf. art. 232 do RISTF e art. 4.° da Lei 8.038/1990.
3 Cf. arts. 6.°, 7.° e 8.° da Lei 8.038/1990, assim como os arts. 233 e 234 do RISTF

aditamento ou retificação do revisor; inquirirá as testemunhas arroladas, primeiro as de acusação, depois as de defesa, cabendo a cada Ministro, que o desejar, argui-las também; em seguida, admitem-se perguntas do Procurador-Geral e das partes; se for o caso, ouvir-se-ão peritos para esclarecimentos. Findas as inquirições e efetuadas quaisquer diligências que o Tribunal houver determinado, será dada a palavra à acusação e à defesa, pelo tempo de uma hora, prorrogável, por trinta minutos; assim está previsto no art. 245, V, do RISTF, mas o art. 12, I, da Lei 8.038/1990, ao prever o tempo de uma hora para cada um, não falou em prorrogação.

Encerrados os debates, o Tribunal passará a deliberar, não mais em sessão secreta, sem a presença das partes e do Procurador-Geral, como disposto no art. 245, VII, do RISTF, porque o art.12, II da Lei 8.038/1990, dispôs de outro modo, dizendo: "encerrados os debates, o Tribunal passará a proferir o julgamento, podendo o Presidente limitar a presença no recinto às partes e seus advogados, ou somente a estes, se o interesse público exigir".

Esse julgamento pode concluir por sentença de absolvição, em razão do que o Presidente reassumirá o cargo, de que estava suspenso, se ainda não tiver terminado o período de seu mandato; ou por sentença de condenação do Presidente a uma pena criminal de acordo com a natureza do crime. Quer dizer, a condenação do Presidente importa em consequência de natureza penal e somente por efeitos reflexos e indiretos implica perda do cargo, à vista do disposto no art. 15, III, da CF/1988 e proibição de exercício de cargo, função ou atividade pública e mandato eletivo, conforme disposto no art. 47, I, do CP.

5. CRIMES DE RESPONSABILIDADE DO PRESIDENTE

Nos regimes democráticos não existe governante irresponsável. Não há democracia representativa sem eleição. "Mas a só eleição, ainda que isenta, periódica e lisamente apurada, não esgota a realidade democrática, pois, além de mediata ou imediatamente resultante de sufrágio popular, as autoridades designadas para exercitar o governo devem responder pelo uso que dele fizerem uma vez que 'governo irresponsável, embora originário de eleição popular, pode ser tudo, menos governo democrático"'.[4]

No sistema parlamentarista, a responsabilidade do governo (Conselho de Ministros) apura-se perante o Parlamento, mediante mecanismos específicos, como o voto de desconfiança ou a moção de censura que obriga a demissão do Ministério.

No presidencialismo, o próprio Presidente é responsável, ficando sujeito a sanções de perda do cargo por infrações definidas como crimes de responsabilidade, apuradas em processo político-administrativo realizado pelas Casas do Congresso

4 Cf. PINTO, Paulo Brossard de Souza. O impeachment. Porto Alegre: Globo, 1965. p. 9.

Nacional.

Art. 85 da CF/1988 dispõe que: "são crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:

I - a existência da União;

II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação;

III - o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;

IV - a segurança interna do País;

V - a probidade na administração;

VI - a lei orçamentária;

VII - o cumprimento das leis e das decisões judiciais".

Note-se: a Constituição indica os atos passíveis de serem definidos como crime de responsabilidade, mas o parágrafo único do artigo declara que esses crimes serão definidos em lei especial e, nesse sentido, vigora a Lei 1.079/1950. A tentativa também pode ser definida como passíveis de pena, nos termos da lei, e ela o fez (art. 2.° da Lei 1.079/1950). Por outro lado, o artigo só se refere aos crimes de responsabilidade do Presidente da República que não se estendem a outras autoridades a que a Constituição também imputa crimes de responsabilidade (Vice-Presidente da República, Ministros de Estado, Ministros do STF, Procurador-Geral da República e Advogado-Geral da União, arts. 51, I, e 52, I e II, da CF/1988); os crimes de responsabilidades destes são definidos exclusivamente pela lei. Mas os crimes de responsabilidade indicados no art. 85 da CF/1988 se aplicam aos Ministros de Estados, em conexão com os do Presidente da República, quando participam, com ele, por qualquer forma, na prática de atos incriminados.

O exame dos incisos do art. 85 da CF/1988 mostra claramente a distinção dos crimes de responsabilidade em dois tipos; (a) infrações políticas, quais seja os atos de atentado contra a Constituição, contra a existência da União, contra o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação, contra o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais, contra a segurança interna do País (art. 85, I a IV, da CF/1988), e (b) crimes funcionais, como atentar contra a probidade na administração, a lei orçamentária e o cumprimento das leis e das decisões judiciais (art. 85, V a VII, da CF/1988).

O atentado contra a Constituição consta do caput do artigo, não dos incisos em que são discriminados os atos constitutivos dos crimes de responsabilidade do Presidente da República. Lê-se: "São crime de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição e, especialmente, contra (...)". A Lei 1.079/1950 (recepcionada pela Constituição) que definiu os

crimes de responsabilidade indicados no art. 85 da CF/1988, na forma prevista no seu parágrafo único, não especificou as hipóteses em que atentados contra a Constituição constitui crime, mas ela manteve a expressão geral, tal como está na Constituição, de que o atentado à Constituição configura crime de responsabilidade. Embora sem especificação mais concreta, não se pode recusar a existência do crime, nesse caso, só porque a lei não os definiu mais concretamente. Atentado à Constituição é, sem dúvida, o ato mais grave de quantos estão relacionados como crimes de responsabilidade do Presidente da República. Pode até ser que o Presidente incida no crime inafiançável previsto no art. 5.°, XLIV, da CF/1988: "constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a Ordem constitucional e o Estado Democrático", dependendo, como se vê, do tipo de ação empreendida por ele; os atentados mais graves à Constituição por um Presidente da República nunca é uma ação dele isoladamente, mas sempre o faz aliando-se a grupos civis e militares.

É verdade que resta alguma dificuldade para a configuração do que se deve entender por atentado à Constituição. Por certo que atos que configurem simples inconstitucionalidades sujeitos ao controle do Poder Judiciário, por mais graves que sejam não podem ser considerados crimes de responsabilidade. Assim só se podem considerar os atos tendentes a destruir a Constituição pela força, tal um golpe de Estado ou algo semelhante, ou seja, algo que escape do controle imediato e eficaz do Poder Judiciário.

Os atos definidos pela lei como atentado contra a existência da União constituem, na verdade, em boa parte, atentados à Federação, à República Federativa do Brasil. E estão corretas essas definições da lei, porque atentar contra a União é atentar contra uma entidade essencial do sistema federativo. É assim, por exemplo, estabelecer qualquer arranjo com governo estrangeiro que o provoque a fazer guerra com o Brasil, assistindo-o, dando-lhe auxílio; submeter, diretamente, ou por fatos, a União ou algum Estado-membro a domínio estrangeiro; hostilizar nação estrangeira expondo a República a perigo de guerra; revelar negócios políticos ou militares que devam ser mantidos secretos a bem da segurança externa e interesse da Nação; celebrar qualquer tipo de ajuste internacional que comprometa a dignidade da Nação, é bem verdade que, neste caso, a inconstitucionalidade do ajuste é patente e pode ser declarada pelo STF; declarar guerra de conquista; não empregar contra o inimigo os meios de defesa de que poderia dispor; permitir que força estrangeira transite ou permaneça no território nacional, sem observância dos requisitos estabelecidos na Constituição (arts. 21, IV 49, II, e 84, XXII, da CF/1988). Veja-se que, no fundo, tudo isso constitui atentado à Constituição.

O art. 85, II, da CF/1988 autoriza a lei definir como crime de responsabilidade do Presidente os atos que atentem contra o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e do Ministério Público. Dessa natureza são, por exemplo, a tentativa de dissolver o Congresso Nacional, ou impedir suas reuniões ou o funcionamento de qualquer de suas Casas, assim como o uso de violência contra algum congressista para afastá-lo de sua Câmara ou para coagi-lo no modo de

exercer seu mandato, ou conseguir ou tentar conseguir o mesmo objetivo por meio de suborno ou qualquer outra forma de corrupção; permitir que forças estrangeiras penetrem no território nacional quando a isso se oponha o Congresso Nacional. Se este, p. ex., recusa a autorização para forças estrangeiras transitar no território nacional ou nele permanecer, e, não obstante, o Presidente da República o consinta e o fato ocorre, incide no crime de responsabilidade aqui indicado. Igualmente incide no crime se se opuser diretamente ou por fatos ao livre exercício do Poder Judiciário, ou obstar, por meios violentos, o efeito dos seus atos, mandados ou sentenças, ou se usar de violência ou ameaça, para constranger juiz ou jurado a proferir ou deixar de proferir despacho, sentença ou voto, ou a fazer ou deixar de fazer ato do seu ofício. Do mesmo modo, se o Presidente, por si ou por interposta pessoa, impede o regular funcionamento do Ministério Público. Assim genericamente considerado invoca-se o disposto no art. 128 da CF/1988, indicando que o texto do art. 85, II, da CF/1988, não se refere apenas ao Ministério Público da União, mas também ao Ministério Público dos Estados.

O art. 85, II, da CF/1988, protege também os Poderes constitucionais das unidades da Federação, de sorte que praticar atos violentos para impedir o funcionamento de qualquer dos poderes governamentais dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, assim como intervir nos negócios peculiares dos Estados e dos Municípios com desobediência das normas constitucionais pode constitui crime de responsabilidade, assim, porém, não deve ser entendido eventual decreto inconstitucional por invasão de competência estadual ou municipal, porque, para tal, o remédio é a ação de inconstitucionalidade ou o mandado de segurança que corrija o desvio de constitucionalidade.

Atentado contra o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais. Assim são, por exemplo, impedir ou tentar impedir por violência, ameaça ou corrupção, o livre exercício do voto; o tipo não se compõe sem a violência ou a ameaça ou a corrupção; obstar o livre exercício da função de mesário; violar o escrutínio de seção eleitoral ou inquinar de nulidade o seu resultado pela subtração, desvio ou inutilização do respectivo material; utilizar o poder federal para impedir a livre execução da lei eleitoral; servir-se de agentes sob sua autoridade para praticar abuso de poder, ou tolerar que esses agentes o pratiquem sem repressão sua; subverter ou tentar subverter por meios violentos a ordem política e social; incitar militares à desobediência à lei ou infração à disciplina; provocar animosidade entre as classes armadas ou contra elas, ou delas contra as instituições civis; violar patentemente qualquer direito ou garantia individual constante do art. 5.° da CF/1988 e bem assim os direitos sociais assegurados no atual art. 7.° da CF/1988; tomar ou autorizar, durante o estado de sítio, medidas de repressão que excedam os limites estabelecidos na Constituição.

Atentar contra a segurança interna do País. Assim são, por exemplo, a tentativa de mudar por violência a forma de governo da República, a Constituição Federal ou a Constituição de algum Estado ou lei da União, de Estado ou Município. "Forma de governo" aqui não se refere apenas eventual tentativa de implantar a monarquia, mas

qualquer mudança de estrutura da organização do poder, incluindo a instauração do parlamentarismo. O elemento básico do tipo incriminador é a violência. Igualmente se inclui nos casos de atentado contra a segurança interna do País decretar estado de sítio, não estando reunido o Congresso Nacional, sem atender os pressuposto constitucionalmente previstos; praticar ou concorrer para que se perpetre qualquer dos crimes contra a segurança interna definidos na legislação penal, assim como não tomar as providências de sua competência para impedir ou frustrar a ocorrência de tais crimes; ausentar-se do País sem autorização do Congresso Nacional, ou permanecer ausente sem essa autorização, salvo força maior, por mais de quinze dias, infringindo o disposto no art. 83 da CF/1988; permitir, de forma expressa ou tácita, a infração de lei federal de ordem pública; deixar de tomar, nos prazos fixados, as providências determinadas por lei ou tratado federal e necessárias à sua execução e cumprimento. Aqui também há hipóteses de atentado contra a Constituição definidos concretamente como crimes.

Probidade na administração. Atentam contra a probidade na administração, nos termos da Lei 1.079/1950, atos tais como omitir ou retardar dolosamente a publicação das leis e resoluções do Poder Legislativo ou dos atos do Poder Executivo; não prestar ao Congresso Nacional as contas relativas ao exercício anterior nos termos do art. 84, XXIV; da CF/1988; não tornar efetiva a responsabilidade dos seus subordinados, quando manifesta em delitos funcionais ou na prática de atos contrários à Constituição (isso está previsto assim na lei), mas é um certo exagero incluir uma tal situação como improbabilidade administrativa, como o é também a infringência, no procedimento dos cargos públicos, as normas legais, porque a correção de tal ilegalidade não oferece dificuldade pelo próprio Presidente ou pelo Judiciário, mera nulidade não pode ter uma consequência tão grande que infringe tão drasticamente o princípio da razoabilidade; não é muito diferente outro tipo de ato também configurado como improbidade na administração qual seja expedir ordens ou fazer requisição de forma contrária às disposições expressas da Constituição, porque são simples inconstitucionalidades que se resolvem por meio de impetração de mandado de segurança e que rigorosamente não caracteriza imoralidade em si e menos improbidade. Mais grave é usar de violência ou ameaça contra funcionário público para coagi-lo a proceder ilegalmente, bem como utilizar-se de suborno ou de qualquer outra forma de corrupção para o mesmo fim, pois aqui, sim, a improbidade parece caracterizada; do mesmo modo é proceder de modo incompatível com a dignidade, a honra e o decoro do cargo.

A lei orçamentária. O atentado contra a lei orçamentária é grave, porque se trata da lei financeira mais importante da ação governamental, sem a qual não há meio de governar de acordo com a Constituição. Mas a lei (arts. 10 e 11 da Lei 1.079/1950) especifica os casos em que o desrespeito à lei orçamentária se define como crime de responsabilidade, a começar pela não apresentação ao Congresso Nacional da proposta do orçamento federal no prazo previsto. Nesse caso, nem é propriamente a lei orçamentária que é infringida, mas a Constituição; essa infringência constitucional não comporta ação de inconstitucionalidade, por isso que não há como o Judiciário corrigi-la; igualmente é crime de responsabilidade a transposição de verba sem

autorização legislativa, assim como exceder as dotações orçamentárias previstas, ou realizar estorno de verbas e infringir patentemente e de qualquer modo dispositivo da lei orçamentário. Estes dois últimos casos também devem ser examinados com cuidado, levando-se em conta o princípio da razoabilidade.

Finalmente, atentar contra o cumprimento das leis e das decisões judiciais é outro caso genérico de crime de responsabilidade, cujos tipos específicos o art. 12 da Lei 1.079/1950 discrimina, tais como impedir, por qualquer meio, o efeito dos atos, mandados ou decisões do Poder Judiciário; recusar o cumprimento das decisões do Poder judiciário no que depender do exercício das funções do Poder Executivo; deixar de atender a requisição de intervenção federal do STF ou do TSE. Impedir ou frustrar pagamento determinado por sentença judiciária. A lei, contudo, não estabelece nenhum tipo relativamente ao atentado contra o cumprimento das leis, até porque aqui também é um pouco exagerado um crime de responsabilidade com tal conteúdo. Talvez até por isso mesmo é que a lei deveria ter indicado quando é que o atentado contra o cumprimento da lei pode caracterizar crime de responsabilidade, porque, notoriamente, atentar contra o cumprimento das leis não é o mesmo que descumprir leis. Para este último caso há o recurso ao Poder judiciário. "Atentar" é comportamento que envolve certa violência contra o cumprimento de leis, tal seria, p. ex., o Presidente da República mandar alguma força, alguma autoridade constranger alguém ou outras autoridades para que não cumpram determinada lei.

6. PROCESSO DE CASSAÇÃO DO MANDATO DO PRESIDENTE POR CRIME DE RESPONSABILIDADE

O processo dos crimes de responsabilidade do Presidente da República segue os trâmites previstos nos arts. 14 a 38 da Lei 1.079/1950 e, como no processo de apuração dos crimes comuns, compreende também duas fases: juízo de admissibilidade do processo, de competência da Câmara dos Deputados, e o juízo de mérito, de competência do Senado Federal, sob a presidência do Presidente do STF.

Juízo de admissibilidade inicia com a denúncia que pode ser articulada por qualquer cidadão ou partido político perante a Câmara dos Deputados. A denúncia não será recebida se o denunciado tiver, por qualquer motivo, deixado o cargo definitivamente. A denúncia assinada pelo denunciante e com a firma reconhecida deve ser acompanhada dos documentos que a comprovem, ou da declaração de impossibilidade de apresentá-los, com a indicação do local onde possam ser encontrados, e, nos crimes de que haja prova testemunhal, a denúncia deverá conter o rol das testemunhas, em número de cinco no mínimo. No processo de crime de responsabilidade, servirá de escrivão um funcionário da Secretaria da Câmara dos Deputados, ou do Senado, conforme se achar o mesmo em uma ou outra casa do Congresso Nacional. As testemunhas arroladas no processo deverão

comparecer para prestar o seu depoimento, e a Mesa da Câmara dos Deputados ou do Senado por ordem de quem serão notificadas, tomará as providências legais que se tomarem necessárias para compelilas à obediência.

Recebida a denúncia, será lida no expediente da sessão seguinte e despachada a uma comissão especial eleita, da qual participem, observada a respectiva proporção, representantes de todos os partidos para opinar sobre a mesma. A comissão se reunirá dentro de 48 horas e, depois de eleger seu presidente e relator, emitirá parecer, dentro do prazo de dez dias, sobre se a denúncia deve ser ou não julgada objeto de deliberação. Dentro desse período poderá a comissão proceder às diligências que julgar necessárias ao esclarecimento da denúncia. O parecer da comissão especial será lido no expediente da sessão da Câmara dos Deputados e publicado integralmente no Diário do Congresso Nacional e em avulsos, juntamente com a denúncia, devendo as publicações ser distribuídas a todos os deputados. Quarenta e oito horas após a publicação oficial do parecer da comissão especial, será o mesmo incluído, em primeiro lugar, na ordem do dia da Câmara dos Deputados, para uma discussão única. Cinco representantes de cada partido poderão falar, durante uma hora, sobre o parecer, ressalvado ao relator da comissão especial o direito de responder a cada um. Encerrada a discussão do parecer, e submetido o mesmo a votação nominal, será a denúncia, com os documentos que a instruam, arquivada, se não for considerada objeto de deliberação. Se, no entanto, for ela considerada objeto de deliberação, será remetida por cópia autêntica ao denunciado, que terá o prazo de vinte dias para contestá-la e indicar os meios de prova com que pretenda demonstrar a verdade do alegado. Publicado e distribuído esse parecer, será o mesmo incluído na ordem do dia da sessão imediata para ser submetido a duas discussões, com o interregno de 48 horas entre uma e outra. Nas discussões do parecer sobre a procedência ou improcedência da denúncia, cada representante de partido poderá falar uma só vez e durante uma hora. Encerrada a discussão do parecer, será o mesmo submetido a votação nominal, não sendo permitidas então, questões de ordem, nem encaminhamento de votação. Se da aprovação do parecer resultar a procedência da denúncia, considerar-se-á decretada a acusação pela Câmara dos Deputados, e o denunciado será intimado imediatamente pela Mesa da Câmara dos Deputados, por intermédio do 1.° Secretário. Se ele estiver ausente do Distrito Federal, onde ele obrigatoriamente reside e tem seu gabinete de trabalho, a sua intimação será solicitada pela Mesa da Câmara dos Deputados, ao Presidente do Tribunal de Justiça do Estado em que ele se encontrar. Se estiver no exterior, será intimado quando regressar ao País, Se não regressar em certo tempo, salvo licença dada pelo Congresso Nacional, terá aplicação o disposto no art. 83 da CF/1988, segundo o qual fica sujeito à pena de perda do cargo, imposta pelo Congresso Nacional, o Presidente que se ausentar do País por período superior a 15 dias, sem autorização do mesmo Congresso Nacional.

Juízo de mérito - Recebido o decreto de acusação com o processo enviado pela Câmara dos Deputados, e apresentado o libelo pela comissão acusadora, o Presidente do Senado Federal:

a) instaura o processo de julgamento contra o acusado tem, com a consequência imediata, sua suspensão do cargo e funções de Presidente da República, suspensão necessária, como já vimos, porque o Presidente não pode, enquanto no exercício do cargo, ser submetido a processo; não cabe ao Senado decidir se instaura ou não o processo; quando o texto do art. 86 da CF/1988 diz que, admitida a acusação por dois terços da Câmara, será o Presidente submetido a julgamento perante o Senado Federal nos crimes de responsabilidade, não deixa a este a possibilidade de emitir juízo de conveniência de instaurar ou não o processo, pois que esse juízo de admissibilidade foge à sua competência e já fora feito por quem cabia, a Câmara dos Deputados;

b) remete cópia de tudo ao acusado, que, na mesma ocasião e nos termos dos do art. 23, §§ 2.° e 3.°, da Lei 1.079/1950, será notificado para comparecer em dia prefixado para o julgamento;

c) envia o processo em original ao Presidente do Supremo Tribunal com a comunicação do dia designado para julgamento, providência necessária, porque, como dito supra, o julgamento de competência do Senado Federal se e efetiva sob a presidência do Presidente do STF.

A essa sessão de julgamento o acusado, que já está suspenso de seu cargo, poderá comparecer, por si ou por seus advogados, podendo ainda oferecer meios de prova. No caso de revelia, ou seja, no caso em que o acusado não compareça nem por si nem por seu advogado, o Presidente da sessão, marcará novo dia para o julgamento e nomeará um advogado para a defesa, porque ninguém pode ser julgado sem defesa. No dia marcado para o julgamento, presente o acusado, seu advogado ou o defensor nomeado à sua revelia, e a comissão acusadora, o Presidente do STF; abrindo a sessão, mandará ler o processo preparatório, o libelo e os artigos de defesa. Em seguida inquirirá as testemunhas, que deverão depor publicamente e fora da presença umas das outras. Qualquer membro da Comissão acusadora ou do Senado, e bem assim o acusado ou seus advogados, poderão requerer que se façam às testemunhas perguntas que julgarem necessárias. A Comissão acusadora, ou o acusado ou seus advogados, poderão contestar ou arguir as testemunhas sem, contudo, interrompê-las, e requerer a acareação.

Realizar-se-á a seguir o debate verbal entre a Comissão acusadora e o acusado ou os seus advogados pelo prazo que o Presidente fixar e que não poderá exceder de duas horas. Findos os debates orais e retiradas as partes, abrir-se-á discussão sobre o objeto da acusação. Encerrada a discussão o Presidente do STF fará relatório resumido da denúncia e das provas da acusação e da defesa e submeterá a votação nominal dos senadores o julgamento. Se o julgamento for absolutório produzirá, desde logo, todos os efeitos a favor do acusado, que assumirá incontinente seu cargo de Presidente da República, se o seu mandato ainda vigorar.

Proferida, no entanto, sentença condenatória, o acusado estará, *ipso facto* destituído do cargo presidencial. A resolução do Senado constará de sentença que será lavrada, nos autos do processo, pelo Presidente do STF; assinada pelos senadores que funcionarem como juízes, transcrita na ata da sessão e, dentro desta,

publicada no Diário Oficial e no Diário do Congresso Nacional.

Não pode interferir, em nenhuma fase do processo de responsabilidade do Presidente da República, o deputado ou senador: (a) que tiver parentesco consanguíneo ou afim, com o acusado, em linha reta; em linha colateral, os irmãos cunhados, enquanto durar o cunhadio, e os primos coirmãos; (b) que, como testemunha do processo, tiver deposto de ciência própria.

O Congresso Nacional deverá ser convocado, extraordinariamente, pelo terço de uma de suas Câmaras, caso a sessão legislativa se encerre sem que se tenha ultimado o julgamento do Presidente da República, bem como, no caso de ser necessário, o início imediato do processo. No processo e julgamento do Presidente da República, serão subsidiários da Lei 1.079/1950, naquilo em que lhes forem aplicáveis, os regimentos internos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal e o Código de Processo Penal. O processo, repita-se, seguirá os trâmites legais, com oportunidade de ampla defesa ao acusado, concluindo pelo julgamento, que poderá ser absolutório, com o arquivamento do processo, ou condenatório por dois terços dos votos do Senado, limitando-se a decisão à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis (art. 52, parágrafo único, da CF/1988). É isso que caracteriza o chamado *impeachment* e cassação do mandato presidencial.

A decisão, conteúdo e efeito acessório. A regra (art. 52, parágrafo único, da CF/1988), como se vê, declara que a decisão do Senado Federal se limita à decretação da perda do cargo (a decisão decreta o *impeachment*, a cassação do mandato), com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública. A ideia subjacente era a de que "com inabilitação" importava numa consequência advinda da decretação da perda do cargo. Mas o Senado Federal, no caso Collor de Mello, deu outra interpretação ao texto, de onde proveio a compreensão de que a renúncia ao cargo, durante o processo de julgamento, não implica sustação deste, porque ele deve prosseguir para confirmar a inabilitação pelo prazo indicado. Deu-se à perda do cargo pela renúncia o mesmo efeito da perda por decisão do juízo político. Note-se que a inabilitação decorre necessariamente da pena de perda do cargo, pois, no sistema atual, não comporta apreciação quanto a saber se cabe ou não cabe a inabilitação. "Com inabilitação" é uma cláusula que significa decorrência necessária, não precisando ser expressamente estabelecida nem medida, pois o tempo também é prefixado pela própria Constituição. No caso Collor de Mello, o Senado teve que se pronunciar precisamente, porque a renúncia se dava justamente no momento do julgamento e cumpria verificar, à falta de precedentes, se o processo se encerrava ou se prosseguia o julgamento para concluir pela aplicação da pena de inabilitação para a função pública pelo prazo de oito anos. A decisão foi no sentido de que o julgamento prosseguia e, em prosseguindo, concluiu, como não poderia ser diferente, pela inabilitação, considerando esta uma pena autônoma. Contudo, não tem ela autonomia para, em se aplicando a pena de perda do cargo, deixar de aplicá-la. Aí ela decorre, por força de consequência, da norma em análise.

Irrecorribilidade da decisão do Senado Federal. "As decisões do Senado são

incontrastáveis, irrecorríveis, irrevisíveis, definitivas. Esta a lição, numerosa, de autores nacionais e estrangeiros", ensina o Min. Paulo Brossard, em sua, original e pioneira monografia sobre o *impeachment*[5] e em vários votos emitidos no STF. Essa é a lição correta, pois a Constituição erigiu o Senado Federal, sob a presidência do Presidente do STF; em tribunal especial, para julgamento político, que não é um tipo de julgamento próprio de tribunais jurisdicionais, porque estes não devem senão exercer a jurisdição técnico-jurídica. Apesar disso, no caso Collor de Mello, vimos o Pretório Excelso conhecer de propostas de revisão ou de anulação das decisões do juízo político, julgando, porém, improcedente a ação.

7. EXTINÇÃO DO MANDATO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Extinção é o perecimento do mandato pela ocorrência de fato ou ato que torna automaticamente inexistente a investidura eletiva.[6]

A extinção não constitui pena; não resulta de ato do Poder Legislativo, porque decorre de algum fato, ou do ato do próprio titular ou de mera consequência da perda de pressupostos à sua existência legítima. Tem-se, pois, a extinção de mandato nos casos de morte, renúncia, perda ou suspensão dos direitos políticos e perda da nacionalidade brasileira, doenças graves que impossibilita o exercício do cargo. Não há confundir cassação com extinção de mandato. Em primeiro lugar, diferenciam-se pela própria natureza dos respectivos motivos. A cassação tem por motivo a prática de atos definidos como crime de responsabilidade; a extinção de corre de motivos não infracionais, às vezes até independente da vontade de titular do cargo, coso de doença ou morte, ainda que possa também decorrer de ato voluntário que tenha como efeito a perda do mandato, como é o caso da renúncia. Em segundo lugar, uma e outra obedecem a procedimentos diversos. A cassação, como pena, decorre de uma decisão que só pode acontecer dentro de um processo formal, observado o princípio do devido processo legal, em que se assegure ao acusado plena defesa. A extinção decorre de mera declaração de reconhecimento do fato ou ato que lhe deu causa, sem necessidade de um processo formal, porque a perda do mandato não provém da declaração. No caso da cassação, a decisão é constitutivo-condenatória, ainda que de natureza apenas política. No caso da extinção, a declaração simplesmente reconhece o fato ou ato que causou a perda do mandato. No caso da cassação, a perda do mandato decorre da decisão proferida no processo; a perda do mandato por extinção não decorre da declaração, que se limita a reconhecer o fato (morte, por exemplo, não comparecimento para a posse) ou ato (renúncia ao cargo) que lhe deu causa.

Além, pois, das hipóteses examinadas, segundo as quais o Presidente pode perder o mandato por incidir em crimes de responsabilidade, há fatos, atos e

5 Cf. PINTO, Paulo Brossard de Souza. Ob. cit., p. 152, onde arrola inúmeros autores sobre o assunto.
6 Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 1977. p. 802, e Acórdão do Tribunal de Alçada de São Paulo, na *Revista de Direito Administrativo* 96/185. Rio de Janeiro: FGV, abr.-jun. 1969.

omissões cuja ocorrência importa extinção de seu mandato, mediante simples declaração do Congresso Nacional.

Isso se dá, quando o Presidente:

I - falecer (caso de Getúlio Vargas, em 24.08.1954), renunciar por escrito ao mandato (caso de Jânio Quadros, em 24.08.1961), perder ou tiver suspensos seus direitos políticos, for condenado por crime funcional ou eleitoral (art. 15 da CF/1988);

II - deixar de tomar posse, sem motivo justo aceito pelo Congresso Nacional, dentro do prazo de dez dias da data fixada para a posse; como a data fixa é 1.° de janeiro, o Presidente da República e seu Vice têm que comparecer perante o Congresso Nacional para tomar posse até o dia 11 de janeiro, sob pena de perda do cargo (art. 78, parágrafo único, da CF/1988: "Se, decorridos dez dias da data fixada para a posse, o Presidente ou o Vice-Presidente, salvo motivo de força maior, não tiver assumido o cargo, este será declarado vago");

III - incidir nos impedimentos para o exercício do cargo, estabelecidos em lei, e não se desincompatibilizar até a posse, e, nos casos supervenientes, no prazo que a lei ou o Congresso Nacional fixar.

8. CONCLUSÃO

Em resumo, o Presidente da República pode perder seu mandato em razão:

1. De uma sanção política, aplicada pelo Senado Federal num processo de cassação de seu mandato por ter cometido crime de responsabilidade;

2. De decisão judicial como pena acessória aplicada em processo condenatório de crime comum pelo STF;

3. De fato, ato ou omissão que importe, por si, a extinção de seu mandato, reconhecido por ato declaratório do Congresso Nacional;

4. Por declaração do Congresso Nacional da vacância do cargo por seu não comparecimento para a posse sem motivo de força maior. Tancredo Neves não compareceu à posse por motivo de força maior: grave enfermidade, por isso manteve seu mandato, que só foi extinto com sua morte.[7] Na verdade, o não comparecimento no prazo indicado, salvo motivo de força maior, vale como renúncia, e, então, a hipótese é de extinção do mandato, e o ato congressual de seu reconhecimento é meramente declaratório.

7 O caso de Rodrigues Alves foi diferente, porque, eleito Presidente da República pela segunda vez, morreu antes do dia da posse, em 16.01.1919, tendo, em consequência, assumido a presidência Delfim Moreira, eleito com ele Vice-Presidente da República. Como a vaga se deu antes de passados os primeiros dois anos do período presidencial, o Vice-Presidente, por força do art. 42 da CF/1891, não pode completar o período, como acontece hoje. Por isso, convocou-se nova eleição para a complementação do período, tendo sido eleito Epitácio Pessoa.

DO HABEAS CORPUS

José Barcelos de Souza *

Sumário. 1- Considerações iniciais. 2- Origem. 3- Evolução doutrinária. 4- História na Jurisprudência. 5- Outros recursos e a opção pelo *habeas corpus*. 6- 7- A função de tutelar a liberdade. 8- Natureza Jurídica. 9- Características essenciais. 10- A concessão de liminar. 11- O Mandado de Segurança como remédio a tutelar as liberdades da profissão e o *Habeas Corpus*. 12- Características comuns entre o Mandado de Segurança e o *Habeas Corpus*. 13. Uma nova tendência equivocada[1].

1. Garantia constitucional de proteção da liberdade de locomoção[2], o *habeas corpus* é remédio jurídico que ganhou contornos particulares em nosso direito processual, sendo tanto uma ação como um recurso.

Já não mais guarda apenas aquele seu sentido constitucional de "ação pela qual se reivindica a liberdade de locomoção", como o definiu João de Oliveira Filho no seu *Código de Processo Penal de Minas Gerais*, publicado em 1927, mas ganhou uma nova face, com que se apresenta em um dos lados como remédio processual contra a ilegalidade e contra os constrangimentos sem justa causa no processo penal, para o que pode ser perfeitamente utilizado *ainda que o réu não se ache preso nem concretamente ameaçado de prisão*.

Assim é que, incluído no Código de Processo Penal entre os recursos, e posto utilizável também como uma ação de impugnação (dele se valeu um ex-presidente da República, no período ditatorial, para que pudesse sair do País para tratamento médico no exterior)[3], assumiu o papel de um grande recurso, um *recurso-ônibus*,

* Advogado. Professor titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais e Subprocurador-geral da República aposentado. Livre-docente pela UFMG. Professor dos cursos de pós-graduação das Faculdades Milton Campos. Diretor do Departamento de Direito Processual Penal do Instituto dos Advogados de Minas Gerais. Ex-membro do Tribunal de Ética e Disciplina e da Comissão de Exame de Ordem da OAB/MG.

1 Conferência pronunciada em Congresso promovido pela OAB, seção de Minas Gerais. O item 13 é um acréscimo agora feito ao texto, tendo em vista o surgimento de uma nova orientação jurisprudencial.

2 "Conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder" (Constituição, art. 5º, inc. LXVIII).

3 Cumpre salientar que o *direito de ir e vir* (expresso na fórmula latina como *jus ambulandi, manendi, eund ultro citroque*) compreende o direito de locomoção tanto no sentido estático como dinâmico, como

como o tenho chamado, um *super-recurso*, como muitas vezes a ele se referiu o Prof. Heleno Cláudio Fragoso, o que na atualidade o torna - ainda mais com a notável evolução e aplicação que vem tendo - um remédio extraordinário[4], como de há muito foi considerado, um *remédio heróico*, como costuma ainda ser chamado.

Se utilizado, por exemplo, contra ato coativo de particular - como o de retenção em hospital de paciente já com alta, por não ter sido paga a conta, ou o de impedimento da entrada de alunos em faculdade, barrados por grevistas - , sem relação, portanto, com processo judicial, identifica-se como uma ação judicial. Já se impetrado contra uma sentença condenatória manifestamente nula, apresentar-se-á no papel de um recurso contra ato judicial. Mas o impetrante não diz, em um caso, que "move uma ação"; nem, em outro, que entra com "um recurso de *habeas corpus*", mas, em qualquer dos casos, que "impetra", ou "requer", ou "pede" um *habeas corpus* (ou uma ordem de *habeas corpus*.

Faço, desde já, essa distinção, em primeiro lugar porque estudantes têm estranhado esse dúplice papel do remédio, pensando que, como ação, o *habeas corpus* se subordinaria a uma petição inicial complicada, com indicação de valor da causa, pagamento de taxas, etc., e como recurso, teria que ser endereçado ao juiz da causa e processado nos autos da decisão impugnada, quando, em verdade, nada disso acontece, sendo que, em qualquer caso, a petição é muito simples e não varia, pois o que muda não passa do conceito ou classificação que o remédio teoricamente teria em um caso ou outro. Apesar de caber tanto no primeiro grau jurisdicional, como originariamente na segunda ou superior instâncias, não há maiores diferenças. Em segundo lugar, porque muitos negam sua condição de recurso, sobre o que diremos mais ao fim.

O uso do *habeas corpus* por motivo de ilegalidade processual, mesmo não estando o paciente preso nem ameaçado de prisão, é uma importante prestabilidade desse remédio, que se acha ameaçada de eliminação por um infeliz projeto de novo Código de Processo Penal em tramitação no Congresso Nacional[5].

Dada a importância da matéria, e considerando que o tema é muito extenso para os limites de uma conferência, esta ficará destinada especialmente à discussão de aspectos muito característicos, mas também hostilizados, da aplicação do remédio em nosso

lembrou antigo acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, ao conceder uma ordem de *habeas corpus* a prostitutas que eram impedidas por delegado de polícia de sair da zona em que residiam. O energúmeno que exercia a coação ilegal informara que não estava prendendo ninguém! E aqui está, por coincidência, mais um exemplo do emprego do remédio como ação não relacionada com o processo penal.

4 Na lição de Rogério Lauria Tucci, "tem-se acentuado, apropriadamente, a nosso ver, que, tanto histórica e tradicional, como filosoficamente, o *habeas corpus* sempre foi tido como *mandado-remédio*, e da classe dos *remédios excepcionais (extraordinary remedies)*" ("*Habeas corpus*", *ação e processo penal*, Edição Saraiva, São Paulo, 1978, p. 3).

Na observação de Vicente Sabino Júnior, "o vocábulo 'remédio' corresponde, na sistemática jurídica, a meio pelo qual se procura obter o reconhecimento de um direito, seja êle representado pela ação, seja pelo recurso ou postulação, para que a instância superior reexamine o caso e se pronuncie a respeito" (*O habeas corpus e a liberdade pessoal*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1964, p.40).

5 Até parece que fui profético quando escrevi no livro **Doutrina e Prática do *Habeas Corpus*** o seguinte: "Tão prestimoso é o remédio que não seria fantasioso recear surja alguma lei que lhe cerceie a utilização, nestes tempos em que tribunais clamam contra serviço".

direito, fora de seus moldes clássicos de ação para reivindicar a liberdade, não sem fazer uma pequena introdução sobre suas origens e algumas considerações gerais.

2. O instituto do *habeas corpus*, como é sabido, é originário da Inglaterra, onde, em 1215, ocorreu o importante acontecimento da assinatura da declaração de liberdades denominada *Magna Charga*, imposta ao despótico rei João Sem Terra pelos condes e barões, revoltados diante das arbitrariedades do governo daquele monarca, que, aliás, desrespeitara repetidamente a Carta que assinara.

Não há dúvida de que o *habeas corpus*, nos moldes e com o nome que nos foram legados, é uma instituição inglesa; mas sua origem, tem-se admitido, remonta ao interdito *de líbero homine exhibendo* dos romanos.

O nome vem das duas primeiras palavras, em latim, que significam "tome o corpo", palavras iniciais do *writ*, ou mandado que, como acontece nas encíclicas, ou *bulas* papais (*Rerum novarum, Pacem in terra*, etc), deram nome ao instituto.

O mandado dizia: "Tome o corpo do preso e o apresente à Corte". Nosso Código de Processo Penal conserva até hoje um resquício daquele mandado inglês. Lá está, com efeito, em um de seus artigos, que "Se o paciente estiver preso, o juiz mandará que ele seja trazido imediatamente à sua presença". Só que, atualmente, isso não ocorrerá de modo rotineiro, mas quando pedido pelo impetrante[6], visto que se firmou a praxe de, em vez disso, pedirem-se informações ao coator, tal como se faz nos tribunais, nos casos de competência originária.

O vocábulo "ordem", que aparece na expressão "ordem de *habeas corpus*", tradução do inglês ***"writ of habeas corpus"***, serve, primordialmente, para compor o nome do remédio, que também pode ser chamado simplesmente de *habeas corpus*, e ao qual se costuma referir também como *ordem* e, até mesmo, *writ*[7], como por vezes se vê em trabalhos forenses ou outros escritos jurídicos.

Significa também a expressão a própria ordem escrita, de soltura[8] ou do que for, que o juiz ou tribunal concede, tendo aí o sentido do vocábulo inglês *writ*.

O instituto se incorporou à legislação brasileira em 1832, com o Código de Processo Criminal, que a ele dedicou os arts. 340 a 355 – "que formam um dos mais belos capítulos de nossa legislação", nas palavras de Borges da Rosa[9]. Dispunha o citado Código de Processo Criminal no art. 340:

6 Muitos anos atrás, como promotor de Justiça, tive oportunidade de fazer isso, ao impetrar uma ordem em favor de preso que, além da ilegalidade da prisão, queixava-se de ter sido espancado pela autoridade policial coatora. E requeria mais: que o juiz interrogasse o paciente sobre a autoria da alegada violência, requisitasse um exame de corpo de delito e, após, encaminhasse, nos termos do art. 41 do CPP, cópia do expediente ao Ministério Público, para os devidos fins.

7 O "i" de *writ* não se pronuncia como "ai", barbarismo fonético ouvido de muitas pessoas ilustres. Contou-me colega amigo, hoje excelente jurista, que em sua primeira petição, por sinal dirigida a um Tribunal de Justiça, praticara o barbarismo gráfico de pedir a concessão do "right"!

8 Para Eliézer Rosa (*Dicionário de processo penal*, verbete **Habeas Corpus**), "ALVARÁ de liberdade (e não de soltura, que é palavra que soa mal)". A expressão "alvará de soltura", contudo, é tradicional e dificilmente sua substituição seria aceitável.

9 Inocêncio Borges da Rosa, *Processo penal brasileiro*, v. IV, Barcellos, Bertaso & Cia, Porto Alegre, 1942, p. 169.

"Todo cidadão que entender que ele, ou outrem, sofre uma prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade, tem o direito de pedir uma ordem de *habeas corpus* em seu favor".

Com o advento da República, a Constituição de 24 de fevereiro de 1891 elevou o *habeas corpus*, já introduzido em nosso direito, como visto, pelo Código de Processo Criminal do Império, de 1832, à categoria de garantia constitucional, inscrita que foi em seu art. 72.

3. O instituto do *habeas corpus* tem passado, entre nós, ao longo de sua história, por notável evolução, com avanços realmente espetaculares, e, curiosamente, quase sempre por criação doutrinária, por construção pretoriana e pela força de praxe forense, que têm sido mais significativas que a contribuição legislativa, esta algumas vezes até em desfavor de uma melhor proteção à liberdade individual.[10]

Ainda no passado, alcançara essa garantia constitucional extraordinária dimensão em nosso direito, de modo a estender sua proteção a outros direitos que não puramente o de ir e vir, como o de fazer comícios, tomar posse em cargo público (o senador Nilo Peçanha, recorde-se, só tomou posse no Governo do Estado do Rio por força de um h.c.), promover culto religioso etc., até que, com a reforma constitucional de 1926, retomou o *habeas corpus* seus moldes clássicos de remédio de proteção exclusivamente da liberdade de locomoção.

É que, com o advento da República, a Constituição de 24 de fevereiro de 1891 elevou o *habeas corpus*, já introduzido em nosso direito pelo Código de Processo Criminal de 1832, do Império, à categoria de garantia constitucional. Mas não se fazia alusão a liberdade de locomoção, numa redação que, assim, não restringia a proteção do remédio à liberdade de ir e vir. Era nos seguintes termos o texto constitucional: "Dar-se-á *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder".

Falando assim, indeterminadamente, em violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder, sem referir-se especificamente à liberdade de locomoção, favorecia-se o entendimento, sustentado por Rui Barbosa, de que o âmbito da garantia comportava ampliação. Isso certamente seria de encontrar boa receptividade, à falta de um outro remédio, como o mandado de segurança, inexistente na época.

Era o que Rui alegava em impetrações perante o Supremo Tribunal Federal e em discursos, como o proferido em sessão do Senado de 22 de janeiro de 1915,

---

10 A lei determinou que em todas as comarcas haverá um plantão permanente de 24 (vinte e quatro) horas do Poder Judiciário e do Ministério Público para apreciação de pedidos de prisão temporária (Lei nº 7.960, de 21/12/89, art. 5º). Mas não cuidou de estabelecer plantão para apreciar *habeas corpus*, providência que tem sido, entretanto, adotada por tribunais.
A Constituição de 1934, art. 73, I, letra *h*, havia incluído na competência do Supremo Tribunal Federal a concessão de *habeas corpus* em qualquer caso em que houvesse perigo de consumar-se a violência antes que outro juiz ou tribunal pudesse conhecer do pedido. Na Constituição de 1967 havia preceito semelhante, mas a Emenda n. 1 suprimiu aquele interessante caso de competência originária, que vez ou outra poderia ser de utilidade. Em época de greve (!) na Justiça, por exemplo.

em que argumentava:

"Não se fala em prisão, não se fala em constrangimento corporal. Fala-se amplamente, indeterminadamente, absolutamente, em coação e violência; de modo que, onde quer que surja, onde quer se manifeste a violência ou a coação, por um desses meios, aí está estabelecido o caso constitucional do *habeas corpus*".

De outra feita, argumentava:

"Logo, srs. senadores, o *habeas-corpus* hoje não está circunscrito aos casos de constrangimento corporal; o *habeas-corpus* hoje se estende a todos os casos em que um direito nosso, qualquer direito, estiver ameaçado, manietado, impossibilitado no seu exercício pela intervenção de um abuso de poder ou de uma illegalidade. Desde que a Constituição, srs. senadores, não particularizou os direitos que, com o *habeas-corpus*, queria proteger contra a coacção ou contra violência, claro está que o seu propósito era escudar contra a violência e a coacção todo e qualquer direito que ellas podiam tolher e lesar nas suas manifestações"[11].

Isso não obstante, havia uma corrente igualmente radical, que não admitia o remédio senão para amparar exclusivamente o direito de locomoção. A tese de Rui, porém, ganhou terreno no Supremo Tribunal, quase sempre não com a elasticidade por ele pretendida, mas com os temperamentos aduzidos pelo Ministro Pedro Lessa, que restringia a extensão do *writ* a outros direitos aos casos em que, para a proteção de um direito-escopo, que não fosse nem pudesse ser razoavelmente contestado, houvesse necessidade de proteger-se o direito-meio, ou seja, a liberdade de locomoção.

E a jurisprudência desenvolveu, então, um memorabilíssimo trabalho construtivo, reconhecendo ao *habeas corpus* uma latitude que, em país algum, jamais se lhe reconhecera", como observou Seabra Fagundes[12].

Pode-se, no que diz respeito à aplicação extensiva do *habeas corpus*, dizer, com Arnoldo Wald, que a jurisprudência adotou a lição de Pedro Lessa, inspirada em Rui[13].

Era a histórica e famosa teoria brasileira do *habeas corpus*. Nas palavras de Castro Nunes, foi "o episódio sem dúvida de maior culminância, o fato de maior significação em toda a nossa vida judiciária".[14]

Não faltaram declarações de que decisões do Supremo Tribunal não seriam cumpridas[15].

Mas foi assim que se concederam *habeas corpus* para que deputados pudessem ter seus discursos publicados, para que cultos religiosos fossem realizados, para que Rui Barbosa e correligionários fizessem comícios na Bahia.

11 "O *habeas-corpus*", *in Coletânea jurídica*, Cia. Editora Nacional, 1928, p.58.
12 Seabra Fagundes, *Ob. cit.*, p. 252.
13 *O mandado de segurança*, Rio, 1955, p. 36.
14 José de Castro Nunes, *Do mandado de segurança*, 4ª ed., Rio, 1954, p. 19.
15 Cf. Edgard Costa, *Os grandes julgamentos do Supremo Tribunal*, p. 51-53.

O Congresso Nacional, em 1926, sob a presidência Artur Bernardes, reformou a Constituição de 1891.

Como disse o citado Seabra Fagundes, "a reforma constitucional de 1926, retrogradando no campo das garantias individuais, procurou cercear, com a nova redação do texto relativo ao *habeas corpus*, a orientação até aí acolhida pela jurisprudência do Supremo".[16]

Encerrava-se, assim, já com a expectativa da regulamentação do mandado de segurança – notável criação do direito brasileiro – a aplicação da chamada "teoria brasileira do *habeas corpus*".

O *h.c.* voltou a seu padrão clássico: só para a liberdade de locomoção.

4. A influência daquele uso do *habeas corpus* para a defesa de direitos que hoje são protegidos pelo mandado de segurança podem ser responsáveis por equívocos que tempos depois ainda sucederam.

Veja-se, por exemplo, o que aconteceu na capital do Estado de São Paulo:

Um Secretário de Segurança Pública daquele Estado – não faz assim tanto tempo, foi em 1970 –, baixou portaria proibindo o exame por advogados nas delegacias de autos de inquérito e de prisão em flagrante. Pois bem. Advogados inconformados impetraram *habeas corpus*. Juiz da capital de São Paulo concedeu a ordem de *habeas corpus* preventivo para que os impetrantes – advogados da comarca –, não sofressem constrangimento no interior do edifício de delegacia de polícia, no que era ou seria legítimo direito relativo ao exercício da profissão de advogado.

As Câmaras Criminais Conjuntas do Tribunal de Justiça de São Paulo, por votação unânime, em 30 de setembro de 1970, no recurso *ex officio* de HC 101.444, cassaram a ordem.

Resume a ementa do acórdão, que recolhi no livro **A Defesa na Polícia e em Juízo**: "A concessão de *habeas corpus*, para a salvaguarda da liberdade de ofício ou profissão, não se enquadra dentro dos estritos termos do instituto. A questão seria pertinente ao mandado de segurança" (*RT*, 421/53)".

Correto o acórdão, já que se tratava de uma medida generalizada, desvinculada de qualquer caso concreto, visando tão somente à proteção de direitos profissionais. Se estivesse em causa a defesa de algum cliente em particular, já se poderia pensar em um *habeas corpus*.

É o mandado de segurança o remédio legal para fazer cessar constrangimento contra o exercício da profissão.

Como explicar semelhante equívoco, tanto dos advogados como do juiz de primeiro grau?

O uso inadequado do *habeas corpus* em hipóteses semelhantes, por vezes

16 *Ob. cit.*, p. 254.

verificado na prática, tem decorrido, certamente, da influência da concepção elástica que o remédio alcançou no Supremo Tribunal Federal antes da criação do mandado de segurança, de maneira tão notável que veio a constituir a chamada "concepção brasileira do *habeas corpus*".

5. Se, ainda no passado, alcançara aquela garantia constitucional extraordinária dimensão em nosso direito, de modo a estender sua proteção a outros direitos que não puramente o de ir e vir, modernamente, agora na área do direito processual penal, estamos assistindo à consolidação de uma nova concepção do instituto, tão importante e tão significativa como a da antiga e histórica doutrina brasileira do *habeas corpus*.

Temos, em verdade, uma nova e extraordinária doutrina brasileira do *habeas corpus*.

Trata-se de sua utilização como um remédio contra a ilegalidade em processo penal, um recurso de larga abrangência independentemente da existência de prisão ou de ameaça concreta à liberdade de locomoção.

É a sua face de remédio processual contra a ilegalidade e contra os constrangimentos sem justa causa no processo penal, para o que pode aí ser perfeitamente utilizado independentemente de existir constrangimento à liberdade de ir e vir, apresentando-se como uma outra face do remédio constitucional de proteção exclusiva da liberdade de locomoção, razão por que o tenho chamado de *habeas corpus* processual[17].

Hoje largamente utilizado para anular ou trancar processo criminal que não tenha justa causa, décadas atrás isso soaria como uma heresia jurídica.

Dizia, por exemplo, a ementa de um acórdão do respeitado e acatado Tribunal de Justiça de Minas Gerais, datado de 3 de junho de 1958, que "Não é o '*habeas-corpus*' meio adequado par obstar o curso de processo penal", tendo o voto do relator salientado que, "em acórdão recente (Revista Forense, vol. 174, p. 306) o Supremo Tribunal Federal decidiu, *soberanamente*, nestes termos: 'É pacífico nos domínios da jurisprudência que o 'habeas-corpus' não constitui meio idôneo para obstar a marcha do processo criminal'..." (*Jurisprudência Mineira*, v. XIV, n. 6, p., 117-118).

Empanada pela ideia de que o *habeas corprus* era um remédio para a proteção exclusivamente do direito de locomoção, passava despercebida a realidade de que nosso Código de Processo Penal, ao tratar do *habeas corpus*, ao mesmo tempo em que atendia à necessidade de regulamentar o processo da garantia constitucional, entre nós sempre afeto ao estatuto processual penal, que já cuidava do instituto antes de seu aparecimento na Constituição, estabeleceu hipóteses específicas em que uma coação no processo penal há de considerar-se ilegal (para fins de

17 Revista da Faculdade de Direito Milton Campos, n. 1 (artigo) e *Direito processual civil e penal*, Editora Forense, 1995, p. 148, nota 2.

A expressão "*habeas corpus* processual" foi também utilizada pela doutrina, raramente embora, para distinguir do "*habeas corpus* constitucional", isto é, da ação que veio a ser prevista pela Constituição, o remédio de que anteriormente só cuidava o Código de Processo Criminal de 1832.

cabimento do remédio, claro), erigido, em conseqüência, em um recurso, como de fato se achava também com sua inclusão no capítulo dos recursos. Essas hipóteses são as de nulidade manifesta do *processo* (a lei não falou em "auto ou decreto de prisão", mas em – **processo)** e a falta de justa causa para o **processo**.

Trata-se de uma extraordinária ação-recurso, a que nos temos referido com a expressão "*habeas corpus* processual", exatamente porque utilizável na justiça criminal independentemente de existir constrangimento à liberdade de ir e vir, apresentando-se como uma outra face do remédio constitucional de proteção exclusiva da liberdade de locomoção.[18]

Semelhante entendimento, porem, era recebido com resistência.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, pelo sucinto e expressivo voto do Min. Luiz Gallotti, em 18 de abril de 1969, reformou acórdão de tribunal estadual que não conhecera do pedido exatamente porque a ordem fora impetrada em favor de réu que não se achava preso nem na iminência de prisão, vale dizer, porque não estava em causa a liberdade de locomoção.

Eis a ementa do acórdão, de que demos notícia em nosso ***Doutrina e Prática do Habeas Corpus***': "*Cabe o habeas corpus e deve ser conhecido, sempre que no curso da ação penal se alega que foi praticada uma ilegalidade em prejuízo do reu*".

E frisou o douto relator:

"Tenho votado e, o que mais importa, tem decidido o Supremo Tribunal, que o âmbito do *habeas corpus* não se confina nos limites em que o entende a respeitável decisão recorrida".

Com efeito, enquanto o *habeas corpus* constitucional é ação que protege *exclusivamente* a liberdade de locomoção, no processo penal o *habeas corpus* é remédio que assume o papel de um grande recurso.

E assim é que, além de algumas vezes suprir a falta de um recurso próprio, como no caso de decretação da prisão preventiva, tem sido de utilidade em caso de recebimento da denúncia ou queixa, para o qual também não há recurso próprio, nada importando o fato de poder ser remota a probabilidade de uma prisão. É que denúncia ou queixa podem se mostrar ineptas, ou podem existir vícios diversos – incompetência, falta de condição de procedibilidade, punibilidade extinta, etc. – e, além disso, a ação penal pode mostrar-se ilegal ou injusta por razão ligada ao mérito da causa. O remédio heróico teria o objetivo, então, de trancar o processo, providência que o art. 651 do Código de Processo Penal abona.

Outras vezes, mesmo comportando a decisão recurso especifico, serve como outra opção, visto que, em princípio, e em que pese a uma ou outra manifestação jurisprudencial em contrário, a existência de um recurso não exclui a possibilidade da impetração e da concessão de *habeas corpus*, se for caso dele.

Veja-se, a esse respeito, o recurso em sentido estrito cabível da decisão que

18 Cf. José Barcelos de Souza, *Direito processual civil e penal*, Editora Forense, 1995, p. 148, nota 2.

negar fiança. Está praticamente em desuso diante da opção do *habeas corpus*, que não pode ser recusado pelos tribunais, visto que está escrito com todas as letras no art. 648, inc. V, que a coação considerar-se-á ilegal "quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autorize".

O que muito o distingue da generalidade dos recursos é exatamente a maior rapidez. Por isso mesmo, costuma ser usado de preferência ao recurso ordinário constitucional para o Superior Tribunal de Justiça, sendo certo que a proibição da impetração originária tida por substitutiva, que entrara para a Carta de 67 por força do Ato Institucional 6/69, não mais perdura[19]. Por isso mesmo, muitas vezes certamente preferirá ao recurso ordinário constitucional, por motivo de urgência, agora quando a proibição da então usual e chamada substituição deste por aquele, decorrente de Ato Institucional caduco, é apenas lembrança de uma época difícil.

Hoje não mais se põe em dúvida a possibilidade da utilização do *writ*, nos limites de seu cabimento, quando couber apelação, e até mesmo o uso concomitante desta e daquele. Mas, ainda poucas décadas atrás, tribunais não conheciam do pedido ou denegavam a ordem ao fundamento da existência de recurso específico. Até mesmo a apelação não impede o uso até simultâneo do *habeas corpus*, muitas vezes também apropriado, como quando manifesta a nulidade, por incompetência absoluta do juiz, por exemplo. Mas aí, sem a amplitude da apelação, que permite discussão mais aprofundada da matéria de fato. É curioso notar que, entretanto, pode até ter um âmbito mais amplo que o de um recurso específico, como o recurso especial, que é limitado a questões de direito unicamente.

Tempos atrás, chocou-nos a resposta estapafúrdia na prova de um aluno à questão que indagava qual o recurso cabível da decisão do juiz que indeferira, por suposta intempestividade, um recurso em sentido estrito. Inconscientemente, e com certeza sem qualquer noção a respeito de carta testemunhável, a despeito de sua segunda repetência, escreveu apenas isto: "*habeas corpus*". A perplexidade ante a inusitada resposta, já que existe recurso próprio e o *habeas corpus* não é específico para o caso, como ocorre no de fiança negada, nos fez parar para pensar a respeito, e ponderamos que a finalidade da carta, de corrigir a decisão errada, que prejudicava a defesa do réu, bem poderia ser alcançada através do remédio heróico. Por outro lado, objetávamos, seria uma opção injustificável e além disso descartável por se tratar, na hipótese, de medida até, por estranho que possa parecer, mais demorada, uma vez que, com ela, apenas se obteria a ordem de subida do recurso denegado, ao passo que a carta levaria para a apreciação desde logo pelo Tribunal, se já em condições para isso, o recurso negado. O remédio heróico, entretanto, poderá realmente ser de excepcional e grande valia se a parte perder o prazo para a carta (de apenas 48 horas para requerê-la ao

19 Em verdade, de há muito temos criticado a jurisprudência que chama de *substitutiva* a impetração em casos de cabimento de recurso ordinário. O que há é simples opção, como acentuou em importante acórdão o Superior Tribunal de Justiça (HC n. 15613 de Santa Catarina), relator o douto ministro Paulo Medina. Como não era caso de o Tribunal conhecer do recurso, por intempestividade, lembrou o douto relator que o *habeas corpus* era também cabível e não tinha prazo, pelo que poderia ser concedido de ofício, se fosse o caso, isto demonstrando o zelo do relator e da Turma, bem como a boa aplicação do Direito.

escrivão). E assim é que alguns pontos foram atribuídos à resposta do aluno.

6. Se o *habeas corpus* hoje não é apenas um remédio para quem se ache preso ou ameaçado de prisão, tendo evoluído para proteger também quem, mesmo solto e sem ameaça concreta de prisão, sofra o constrangimento de um processo ilegal, sendo utilizado, assim, para o trancamento de um processo criminal indevido, essa conquista corre perigo.

É que o intempestivo projeto de novo Código de Processo Penal, num tremendo retrocesso, trouxe a barbaridade de suprimir aquela notável conquista que tornou o *habeas corpus*, no direito processual penal, um remédio também contra a ilegalidade em prejuízo do réu.[20] Quer o projeto que o *habeas corpus* volte a proteger apenas a liberdade de ir e vir.[21]

7. Venho repetindo que o *habeas corpus* é também um remédio contra a ilegalidade no processo criminal. *Mas*, muito cuidado!

Remédio contra a ilegalidade no processo penal sim, mas bem entendido: ilegalidade contra o réu, dada sua índole de remédio referente à liberdade. O saudoso ex-procurador de Justiça e desembargador mineiro Lima Torres, diante de impetração de assistente da acusação contra despacho do juiz que indeferira requerimento de prisão preventiva, proferiu, na qualidade de relator, despacho indeferindo liminarmente o pedido, nos termos seguintes, como noticiado pelo jornal ESTADO DE MINAS: "o *habeas corpus* é peregrino remédio para alguém que sofre ou se acha ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. É um meio de tirar alguém da cadeia, e não um meio de enviar alguém para lá".

Uma outra impetração insólita foi a que objetivava a inclusão na ação penal de eventuais corresponsáveis no crime imputado ao paciente. Inadmitindo o *h.c.*, de que foi relator o Juiz Azevedo Franceschini, assim se manifestou a 1ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo: "Criado para, sob forma preventiva ou liberatória, tutelar o direito constitucional da liberdade de locomoção, jamais se poderá admitir postulação de *habeas corpus* com vistas a objetivo inverso, ou seja, por exemplo, para obter-se que eventuais corréus não denunciados venham a ser alcançados pelas malhas de um processo penal" (*RF*, 254/351).

---

20 Foi exatamente por isso que, ao responder à indagação de colega sobre o que achava do projeto de novo código, respondi-lhe simplesmente: "Não li e não gostei". É que já havia tido notícia daquela esdrúxula proposição.

21 É um tremendo equívoco pensar que a eliminação do recurso favorecerá o combate à morosidade da justiça e conseqüentemente à impunidade. Muito antes pelo contrário. .A grande vantagem que leva, por exemplo, como opção frente ao recurso especial está em contornar barreiras que costumam dificultar o acesso ao pedestal do tribunal *ad quem*, dentre elas a da peneira do presidente ou do vice-presidente do tribunal recorrido, que em geral barra o recurso, o que serve para provocar o indefectível agravo, novo recurso com que se procura afastar mais uma injustiça, mas a gerar o desgaste da parte e maior demora na solução do feito.

Além disso, em razão da maior rapidez na tramitação, é remédio preferido por profissional que não tem a menor intenção de procrastinar a tramitação do processo penal. É que só indiretamente, isto é, em sendo concedido, que poderá, anulando um decisão ilegal, de algum modo embaraçar a marcha normal do processo..Já um recurso específico poderá travar o andamento do feito.

Por que não seria isso possível? É por causa do gênio do remédio, voltado que é para a proteção da liberdade.

E é por isso que o direito que tem o Ministério Público, outorgado pelo Código, de impetrar *habeas corpus*, há de ser exercido, sempre, em favor da proteção da liberdade.

8. Voltemos, agora, à naturea jurídica do *habeas corpus*, se de recurso ou de ação. Se, em verdade, é um grande recurso – e foi incluído no Código entre os recursos – é bem de ver, por outro lado, que nem por isso perdeu sua natureza também de ação, uma vez que não constitui um ato de movimentação do processo, mas com ele se instaura uma relação processual nova ainda quando impetrado contra decisão judicial. Tem, porém, o espírito de um recurso. Repetindo Lopes da Costa a propósito da ação rescisória no ordenamento processual civil de 1939, pode-se dizer que nesses casos "é um recurso vestido de ação"[22].

Eis aí a natureza jurídica do *habeas corpus* processual: nem simplesmente ação, nem puramente recurso. Mas uma ação-recurso (para repetir expressão do autor citado), ou recurso-ação. Tanto assim que cabe não só contra decisões proferidas no curso do processo, mas até mesmo contra decisão transitada em julgado, quando for caso dele. E caso típico será o do processo ou da sentença eivada de nulidade manifesta.

Entretanto, sua natureza recursal sempre foi e tem sido negada. Projetos de Código em geral o deslocam dos recursos, para considerá-lo uma ação autônoma de impugnação. Afirmar, *tout court*, que o *habeas corpus* é uma ação peca por excesso, já que, podendo ser concedido de ofício[23], por isso mesmo nem sempre apresenta uma característica própria da ação: o pedido. De fato, quando concedido de ofício, como permite a lei (CPP, art. 654, § 2º), a jurisdição se exerce sem ação, como ensinava Carnelutti. Aí, então, simplesmente um remédio jurídico[24].

A respeito de sua inclusão entre os recursos, já até se escreveu que se trata de "indesculpável erro técnico".[25] A meu ver, simplesmente o peso da tradição.

Para afirmar-se, porém, que o *habeas corpus* é ação – e de fato também o é sempre que impetrado, pois que se requer uma sentença ao Judiciário, com a formação, sempre, de relação jurídica independente –, não é necessário negar que se trata também, quando utilizado como meio de impugnação de decisão ou despacho judicial, de acordo com o Código de Processo Penal, verdadeiramente

22 Alfredo de Araújo Lopes da Costa, *Direito processual civil*, 2ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1959, v. IV.
23 Uma ocasião, em tese de concurso para livre-docência, o candidato, ao fazer uma referência ao *habeas corpus*, fez uma observação intempestiva, que nada tinha a ver com objeto da tese, por isso mesmo dando a impressão de que estaria pretendendo mostrar erudição, de que aquele remédio não era recurso, mas sim ação. Reservei para ele a seguinte indagação: "Gostaria, e muito, que V. Sª me informasse quem seria o autor da ação, quando a ordem fosse concedida de ofício".
24 Na observação de Vicente Sabino Júnior, já mencionada, "o vocábulo 'remédio' corresponde, na sistemática jurídica, a meio pelo qual se procura obter o reconhecimento de um direito, seja êle representado pela ação, seja pelo recurso ou postulação, para que a instância superior reexamine o caso e se pronuncie a respeito" (*O habeas corpus e a liberdade pessoal*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1964, p.40.
25 Cf. J.M. Othon Sidou, *Os recursos na história do direito*, 2ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1978, p. 81.

de um recurso, veiculado, entretanto, diferentemente do que ocorre em geral com os recursos, de modo autônomo em relação ao processo em que se acha o ato impugnado, isto é, nos moldes de uma ação. Será, então, no caso, um misto de ação e de recurso.

É verdade que o *habeas corpus* destoa de outros recursos em mais de um aspecto. Assim é que com sua impetração se instaura nova instância, e não um procedimento recursal próprio dentro da mesma relação processual já existente; não tem prazo para interposição; cabe contra decisão passada em julgado; admite repetição, especialmente quando com novo fundamento; e não reclama, para que possa ser requerido, decisão com forma ou figura de juízo, pois cabe contra a ameaça de prisão ou a realidade de um processo sem justa causa, atendendo ao sentido comum e amplo do vocábulo recurso, de meio empregado em defesa de um direito.

Mas nem por isso é de lhe ser negada a qualidade técnica de recurso, que a lei mesma lhe empresta.

Disciplinar um meio de impugnação de decisão judicial como recurso ou como ação autônoma de impugnação de decisão judicial é questão de critério do legislador. Entre nós, a ação rescisória era tratada no Código de Processo Civil de 1939 como recurso. E essa, conforme informação que vi há algum tempo, se não me engano na obra de Barbosa Moreira, era a tendência de códigos europeus modernos, como o Código de Processo Civil de Portugal, de 1967, que, abandonando a distinção entre *recurso e ações autônomas de revisão* (tendo-se em vista tratar-se de meio que obsta o trânsito em julgado, ou ao contrário, que pressupõe a formação da coisa julgada), incluiu entre os recursos o de *revisão*, cabível contra sentença passada em julgado.

Não é comum, aliás, falar em "ação de *habeas corpus*", a não ser por conveniência de enfatizar sua natureza de ação ou para distinguir a ação do recurso que cabe da sentença que a julgar. Nem em "recurso de *habeas corpus*", a não ser com referência a recursos contra sentença ou acórdão em processo de *habeas corpus*, como o recurso em sentido estrito, ou o recurso ordinário.[26]

Se a lei diz que é recurso, o intérprete não poderá dizer que não é, porque cabe à lei, e não ao intérprete, dizer o que é recurso.

Por outro lado, considerando-se também que os outros recursos são diferentes dele, já que não se prestam, como ele, a invalidar também decisões administrativas, cumpre se faça a separação necessária, classificando-se os recursos em "recursos propriamente ditos" e "recurso impropriamente dito", como já o catalogava o insigne José Frederico Marques.

---

26 Assim é que, nas publicações referentes à entrada de ação de *habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal, falava-se em "petição de *habeas corpus*" (atualmente "*Habeas corpus*", ou "HC") e naquelas referentes à entrada do recurso, o registro mencionava a abreviação RHC (recurso de *habeas corpus*, que outro não era senão o recurso ordinário) seguida do número tomado pelo recurso. No Superior Tribunal de Justiça adotaram-se as indicações "*Habeas Corpus* (HC)" e "Recurso em *Habeas Corpus* (RHC)". Em alguns tribunais estaduais, contudo, RHC indica o recurso de ofício e o recurso em sentido estrito.

Trata-se, apenas, de um recurso diferente dos outros. Já dizia, por isso mesmo, Galdino Siqueira, "que é um recurso *especial* pelo *modo* de sua impetração e pela sua marcha processual.[27]

9. E, de fato, assistia razão ao eminente jurista . O grande recurso, cuja versatilidade já foi apontada, apresenta atualmente características que verdadeiramente o tornam especial.

Vejamos algumas das características que o diferenciam dos recursos em geral e o torna muito especial.

A simplicidade da petição (e pensar que certa feita o Supremo chegou a legislar sobre a maneira pela qual deveria ser elaborada a petição do recurso!) é outro fator que muito favorece a utilização do *habeas corpus*.

Outra característica, que o aparta dos recursos específicos, é a de não estar sujeito, como estes, a prazo para interposição, o que é mais cômodo para o advogado e não lhe traz o risco de uma contagem errada pelo tribunal.[28]

Quanto à capacidade postulacional, veja-se o seguinte:

Qualquer pessoa pode requerer *habeas corpus*, em favor próprio ou de outrem, isto é, todo mundo é parte legítima para impetrá-lo, o que se poderá fazer pessoalmente, sem a intervenção de advogado. Assim ele é uma ***ação popular***, não naquele sentido do Direito Administrativo, mas no sentido de medida utilizável por qualquer do povo.

Interessante é notar que a sentença concessiva da ordem é um bom exemplo de sentença **mandamental**, categoria pouca aceita, mas nem por isso sem importância.

E, utilizado como opção ao recurso especial, não tem aquela de ter de demonstrar a divergência jurisprudencial, ou a ofensa à letra da lei. Nem muito menos o célebre prequestionamento. A grande vantagem que leva sobre o recurso especial está, porém, em contornar barreiras que costumam dificultar o acesso ao pedestal do tribunal *ad quem*, dentre elas a da peneira do presidente ou do vice-presidente do tribunal recorrido, que em geral barra o recurso, o que serve para provocar o indefectível agravo, novo recurso com que se procura afastar mais uma injustiça, mas a gerar o desgaste da parte e maior demora na solução do feito[29].

Vou ficar por aqui, mas não poderia deixar de mencionar que até impetração oral, posto não prevista em lei, tem sido aceita.[30].

---

27 "*Curso de processo criminal*, 2a. ed.,1930, p.384.

28 Há por vezes casos complicados, e a ocorrência de um feriado local no início ou no fim do prazo pode levar a equívoco, principalmente se o advogado não chamar a atenção para o fato.

29 Mas é de ver que nem sempre o *habeas corpus* será uma opção preferível a um recurso próprio, e essa opção, mesmo se em tese existente, poderá faltar no caso concreto. É o que acontece com a apelação (nada impede nem mesmo seu uso concomitante do *habeas corpus*), recurso amplo no qual poderão ser debatidas as questões de fato e de direito pertinentes. Só excepcionalmente é que se pensará em *habeas corpus* em lugar da apelação, hipótese em que terá cabimento somente quando for caso dele, como, por exemplo, se presente uma nulidade manifesta.

30 Em Belo Horizonte, recebido um pedido telefônico de advogado em favor próprio, secretaria da Justiça

10. Outro grande marco na história e na prática do *habeas corpus* foi o aparecimento, na década de 60, hoje verdadeiro *jus receptum*, da concessão de **liminar** anteriormente ao julgamento do pedido, "uma das mais belas criações de nossa jurisprudência", no dizer de Fernando da Costa Tourinho Filho[31].

Hoje, poderá o juiz conceder uma liminar, se o caso a comportar, à semelhança do que prevê a lei do mandado de segurança,[32] invocada supletivamente nos termos do art. 3º do Código de Processo Penal. Providência já plenamente aceitável e aplicada sem causar espécie, prevista em regimentos de muitos tribunais, foi utilizada, há mais de trinta anos, no Tribunal Superior Militar e no Supremo Tribunal, neste em favor de um ex-governador de Estado, com prisão decretada em Auditoria Militar por crime político.[33]

A medida, à qual alguns magistrados ainda têm aversão, já encontrava, aliás, inteiro amparo no Código de Processo Penal, que preceitua no art. 649 que "o juiz ou tribunal, dentro dos limites de sua jurisdição, fará passar imediatamente a ordem impetrada, nos casos em que tenha cabimento, seja qual for a autoridade coatora"; e dispõe no § 4º do art. 660 que "se a ordem de *habeas corpus* for concedida para evitar ameaça de violência ou coação ilegal, dar-se-á ao paciente salvo-conduto assinado pelo juiz"; e esclarece, no art. 651, que "a concessão do *habeas corpus* não obstará, nem porá termo ao processo, desde que este não esteja em conflito com os fundamentos daquele".

11. E a evolução do instituto continua. Agora, parece, vai assumindo muitos casos de mandado de segurança no processo penal, sabido que não há repúdio a este em sede penal.

Federal reduziu o pedido escrito, não antes de retornar a ligação para conferir, levando o expediente ao digno Juiz Newton Miranda, da 4ª Vara, que logo concedeu liminar. É que o colega, perseguido por agentes da Policia Federal que pretendiam prendê-lo, correu e entrou em prédio em que funcionava um órgão da Policia Militar, da qual era advogado, adentrando logo ao cômodo em que havia um telefone e requereu a ordem. Barrados pelo oficial militar presente, os policiais federais se retiraram.

31 Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo penal*, 8ª ed., v. 4, Ed. Saraiva, São Paulo, 1986, p. 441.

32 Lei nº 1533/51, art. 7º, II, que prevê ordene o juiz, ao despachar a inicial, "que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida".

33 A respeito do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do h.c. nº 41.296, em que fora concedida a referida liminar pelo relator, Min. Gonçalves de Oliveira, observou Heleno Cláudio Fragoso que "deu, assim, o ilustre magistrado, como assinalou em seu voto, contornos construtivos ao h.c., para assegurar, de maneira pronta e precisa, o princípio de defesa das liberdades públicas. E salientava: 'se no mandado de segurança pode o relator conceder a liminar até em casos de interesses patrimoniais, não se compreenderia que, em casos em que está em jogo a liberdade individual ou as liberdades públicas, a liminar, no h.c. preventivo, não pudesse ser concedida'". Ainda segundo Fragoso, "havia, aliás, precedente na concessão de *liminar* em h.c. no STM, em caso de h.c. preventivo em que foi relator o antigo e excelente juiz Almte. José Espínola". "É esta uma das mais importantes decisões do STF, pois veio dar uma nova dimensão ao h.c. preventivo", acrescentou (*Revista brasileira de criminologia e direito penal*, nº 12, jan-março – 1966, p. 141).

Observou Arnoldo Wald, em artigo na *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, v. 4, julho-dezembro de 1998, que, ao contrário do que registrou o Min. Evandro Lins e Silva no livro *O salão dos Passos perdidos*, a referida liminar em favor do então governador goiano não foi a primeira concedida por um de nossos tribunais, pois que, em verdade, antes dela, houve a também acima mencionada do ministro do Superior Tribunal Militar, esta em *habeas corpus* impetrado por ele, enquanto a outra, no Supremo Tribunal, relacionava-se a pedido formulado pelo advogado Sobral Pinto, tendo o relator, Min. Gonçalves de Oliveira, feito em seu voto referência ao precedente então recente.

Exemplo elucidativo do cabimento, em tese, do mandado de segurança, é a denegação da admissão de assistente da acusação, decisão da qual não cabe recurso (CPP, art. 273), nem mesmo *habeas corpus*, que não teria pertinência alguma no caso, que de modo algum combinaria com a natureza do remédio. E, claro, casos como o de negativa devolução de bens apreendidos em inquérito policial, são de mandado de segurança, sim, visto que nada têm a ver com a liberdade de locomoção.

Direitos profissionais como os de examinar autos de inquérito e de prisão em flagrante são protegidos exclusivamente pelo mandado de segurança.

Grosso modo, o *habeas corpus* livra o réu de constrangimentos relacionados com a liberdade (assim, para não ser indevidamente identificado, para não ser impedido de viajar ao exterior, para não permanecer em prisão comum, se a prisão especial tiver direito, para obter *sursis* não concedido); o mandado de segurança assegura à parte direito processual (retirar autos do cartório, obter certidão de folha-corrida); e a correição parcial corrige desvios do devido procedimento legal que firam interesse da parte (exigência descabida de custas para a prática de atos processuais, retardamento de atos que devam ser apressados, omissões e irritualidades diversas).

Assim, cabível é a segurança para assegurar-se ao réu foragido o direito, se negado, de defender-se por advogado constituído (esse foi, aliás, o tema de um modelo de mandado de segurança que elaboramos, tempos atrás, para o livro *A Defesa na Polícia e em Juízo*). Ficaria reservado o *habeas corpus* para a anulação do processo ante o eventual e evidente prejuízo decorrente do cerceamento da defesa.

Hoje, preferiríamos o *habeas corpus*, na certeza de que não seria repelido, sem prejuízo do manejo do mandado de segurança, se necessário fosse, mas esse em favor não do réu foragido, cuja defesa estaria sendo prejudicada, mas do advogado, cujo direito profissional era cerceado.

Pode ocorrer, com efeito, que ao lado do direito profissional líquido e certo que for violado exista também um constrangimento, ilegal ou sem justa causa, a terceiro, relacionado com sua liberdade de locomoção ou com o processo penal. Assim, o direito do advogado, de um lado, de comunicar-se com o constituinte preso, e o deste, de outro lado, de comunicar-se com aquele. Um, amparável por mandado de segurança, e, o outro, por *habeas corpus*, em favor do preso. Este, ainda que legal a prisão em si mesma, estaria sofrendo constrangimento ilegal, dela decorrente, ante a exorbitância das condições processuais de sua execução. Posto que também presentes, no caso, as condições do mandado de segurança (direito líquido e certo denegado), tem preferência, em favor do preso, o *habeas corpus* (sem prejuízo da utilização do mandado de segurança pelo advogado), com a vantagem de ser suficiente, para a impetração, a simples falta de justa causa, visto ligar-se o constrangimento a procedimento penal.

Nessas condições, se porventura usado equivocadamente o *habeas corpus* pelo advogado em favor próprio, pode e deve o juiz ou tribunal, não conhecendo do

pedido, de ofício conceder a ordem de *habeas corpus* em favor do preso, nos termos do art. 645, § 2º, do Código de Processo Penal, se for o caso.

Foi exatamente para lhe assegurar seu direito da entrevistar-se com cliente preso incomunicável por autoridade militar, que o saudoso advogado SERRANO NEVES - no dizer de HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, que noticiou e comentou o caso em seu *Jurisprudência Criminal*, "sem dúvida, uma das maiores expressões da advocacia criminal brasileira" - impetrou *habeas corpus* ao Superior Tribunal Militar, que não conheceu do pedido por entender que não estava em causa direito a ser assegurado pela via do *habeas corpus*.

O mandado de segurança, posto adequado, deve ter sido descartado pelo eminente advogado pelo fato de não ter a Justiça Militar jurisdição em matéria cível, de modo que a impetração seria de ser feita a outro Tribunal, o que tornaria mais demorado ainda o julgamento. Talvez, mais exatamente, porque seria difícil obter a procuração no caso.

A 1ª Turma do Supremo Tribunal, entretanto, apreciando o recurso interposto, relator o Ministro LUIZ GALLOTTI, deu-lhe provimento para que o tribunal *a quo*, afastada a preliminar do cabimento, julgasse o pedido como de direito, firmando o acórdão:

> "Quando está em causa a liberdade de locomoção, o caso é de *habeas corpus*; se se tratar de direito ao exercício de uma profissão, o remédio admissível será o mandado de segurança. Na espécie, porém, a impetração, embora feita pelo advogado em causa própria, vincula-se a um processo criminal em curso e impugna uma incomunicabilidade da ré, prejudicial à sua defesa. Existe, pois, interesse desta a ser apreciado. Compreende-se a matéria, por isso, no âmbito do *habeas corpus*" (DJU, 4-12-70, p. 6.037).

Decisão da maior importância e significação, como acentuou Fragoso. Situa-se ela, observou, "como se percebe, na linha de ampliação do remédio heróico, para remover ilegalidades praticadas no curso do processo em detrimento da defesa, que não podem de outra forma receber pronta correção".[34]

12. Há em nosso direito esses dois remédios apropriados à proteção de direitos, quer na vida das pessoas, quer dentro de um processo judicial, como, neste caso, o direito à ampla defesa e ao contraditório. São esses dois remédios o mandado de segurança e o *habeas corpus*.

Algumas semelhanças aproximam os dois institutos.

Um e outro **são garantias** constitucionais.

Ambos **são remédios contra a ilegalidade** ou **abuso de poder.**

Tanto um quanto outro têm **até procedimento semelhante** (ao criá-lo, a lei adotou para o mandado de segurança o procedimento do *habeas corpus*), **que os distinguem de outras ações, com as características da** maior rapidez, da

34 HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, *Jurisprudência criminal*, 1º vol., 4ª ed., Forense, Rio, 1982, p. 328-329.

preferência para julgamento, da admissibilidade da impetração preventiva e da sujeição das sentenças concessivas ao duplo grau de jurisdição obrigatório.

Mas é o fato de um e outro ser utilizável contra a ilegalidade ou abuso de poder – nada importando que isso ocorra no processo penal –, que por vezes torna difícil a opção por um deles, embora nítida a diferença entre os dois. Já se firmará, com certeza, uma tendência no sentido de, sendo possível, aceitar-se a preferência pelo *habeas corpus*, não obstante as resistências.

Um eminente autor, hoje desembargador, cuja obra no momento não temos em mãos, manifestou sua incompreensão diante da utilização do *habeas corpus* para evitar uma identificação criminal ilegal.

Esse caso já é, pelo menos, consagrado pela tradição. Mas muito importa, porém, considerar que, embora cabível o mandado de segurança para a garantia de direito relacionado com o procedimento penal, substituível em muitos casos pela correição parcial, quando prevista na legislação local e a violação do direito ocorre em juízo, no bojo dos autos, o *habeas corpus* se apresentará como o remédio apropriado sempre que não se tratar primordialmente de garantia ou direito invocado e denegado, mas, antes, de constrangimento processual efetivado ou ameaçado, decorrente de ilegalidade ou abuso de poder, como a identificação criminal abusiva. É evidente que, se o direito denegado diz respeito à liberdade de ir e vir, o caso é de *habeas corpus*.

E assim é que, em casos em que seria de admitir-se, em tese, uma ou outra das ações, deverá ser feita a escolha conforme as circunstâncias.

E grandes são as vantagens do *habeas corpus* :

Com efeito, ele se desenvolve, pelo menos **no primeiro grau jurisdicional, sem a formalidade da vista ao Ministério Público, sendo que, no segundo grau, a vista é por menor número de dias que no mandado de segurança,** em que, demais disso, o prazo costuma ser, quase sempre, ultrapassado, não raro de muitos dias, até meses.

O *habeas corpus*, aliás, **processando-se na justiça penal, tem de modo geral mais agilidade na tramitação. A nova lei do mandado de segurança dá o prazo de 30 dias para o juiz decidir. Era de 5. No h.c. não deve passar de 24 horas.**

Dispensa procuração. Além do mais, há **isenção de custas, não havendo, pois, necessidade de pagamento de taxa** judiciária como condição para a distribuição, **nem preparo, no que, quase sempre, mais que o pagamento pesam o trabalho, a correria, o desgaste para o depósito, com o preenchimento de guias e perda de tempo em filas na distribuição e na agência bancária,**[35] pois a justiça, não confiando muito em seus serviços e gostando muito de pagamento antecipado, exige o depósito em estabelecimento bancário. Daí ser facilmente enviada a petição

35 Essa foi uma das dez razões que me levaram, em capitulo do livro *Recursos, artigos e outros escritos*, a considerar os Juizados Especiais Cíveis uma justiça de quinta categoria.

pelo correio. Veja-se mais:

A simplicidade da petição.

Prazo menor para informações do impetrado.

Não estar sujeito a prazo (para o mandado de segurança ocorre decadência em 120 dias).

Cabe até mesmo **contra decisão transitada** em julgado, quando for caso (o que, no mandado de segurança, só excepcionalmente se admitiria). E decisões judiciais.

Se for negada a ordem, não é preciso esperar publicar o acórdão para recorrer. Faz-se outro, como se fora um recurso, diretamente ao tribunal competente.

Não se exige pré-constituição de prova, podendo o juiz interrogar o paciente.

13. Vem surgindo, entretanto, a partir do terceiro quartel do corrente ano de 2012, uma tendência involutiva do instituto no mesmo STF, de tão ricas tradições, que tem sofrido influência, no ponto, de novo entendimento já observado no STJ, o que nos leva a acrescentar mais este número à descolorida palestra, dita conferência, pronunciada não faz muito em congresso promovido pela seção mineira da OAB.

Trata-se do retorno, promovido por jurisprudência daqueles tribunais, à limitação nada democrática imposta por emenda à Carta de 67, que proibiu a preferência do *habeas corpus* ao recurso ordinário constitucional para o Superior Tribunal de Justiça, sendo certo que a proibição da impetração originária, tida equivocadamente por substitutiva, e que entrara para a Carta de 67 por força do Ato Institucional 6/69, não mais perdura desde o advento da Constituição dita cidadã em 1988.

Por isso mesmo, muitas vezes certamente se preferirá ao recurso ordinário constitucional o *habeas corpus*, por motivo de urgência, agora quando a proibição da então usual e erradamente chamada substituição daquele por este, decorrente de Ato Institucional caduco, não mais existe.

Efetivamente, entre os casos de cabimento do *habeas corpus* estão os de nulidade manifesta do *processo* (a lei não falou em "auto ou decreto de prisão", mas em - **processo)** e a falta de justa causa para o **processo**. Por isso mesmo, um processo nulo ou indevido é uma coação ilegal para fins de *habeas corpus* (um italiano, aliás, já dizia que um processo injusto é mais vergonhoso que a própria condenação).

Por isso mesmo, um dos maiores juízes do Supremo, o ínclito Ministro Luiz Gallotti, com a experiência de cerca de vinte anos de casa, proclamou o cabimento da medida contra a ilegalidade desfavorável ao réu. E, acolhendo-lhe a lição, com o descortino de sempre, o excelente Ministro Fernando Gonçalves assim se manifestou no STJ, no julgamento do *habeas corpus* nº 11.743 - Pará, em 26-04-2.000:

"A competência é determinada pelo lugar onde consumada a infração que, uma vez estabelecido, apenas poderá ser afastado dentro das hipóteses rigorosamente previstas, sob pena de maltrato ao princípio do juiz natural e, reflexamente, ao direito de ir e vir. Não sendo o Juízo competente, haverá, evidentemente, coação, e coação ilegal, dado que a lei impõe onde deve ser o réu julgado. Vale, a propósito, observação do Ministro LUIZ GALLOTTI, do STF, em 18 de abril de 1969:

> '*Cabe o* ***habeas corpus*** *e deve ser conhecido, sempre que no curso da ação penal se alega que foi praticada uma ilegalidade em prejuízo do réu* (Doutrina e Prática do **Habeas Corpus** - José Barcelos de Souza - SIGLA Editora 1998 - pág. 38)'.

Impende, portanto, destacar a adequação da via eleita que não se apresenta como sucedânea de recurso, mas como remédio próprio ao debate e decisão acerca da legalidade ou não do desaforamento, em função dos reflexos provocados pelo deslocamento da competência no direito de locomoção do acusado".

Pretender um tribunal mudar isso é pretender legislar, função que não é sua, mas que costuma ser usurpada. Isso, aliás, é velho na justiça. Já na Roma antiga um imperador, que não era bobo, instituiu a máxima "*Interpretatio cessat in claris*" ("Onde houver clareza não cabe interpretar") precisamente pare impedir que pretores, a pretexto de interpretar a lei, ficassem legislando. E o juiz, muitas vezes, não é bom legislador. Foram lastimáveis, por exemplo, as limitações feitas ao recurso extraordinário pelo próprio Supremo Tribunal, com o Regimento Interno de 1970, que embaraçou o recurso em certas infrações penais mais benignamente apenadas, como se a honra do cidadão não merecesse proteção. Algumas súmulas, sem dúvida, exorbitaram.[36] Li, certa feita, ainda estudante, a opinião de um jurista de que a pior das ditaduras é a do Judiciário.

O que muito importa considerar, porém, é que não existe a figura de "*habeas corpus* substitutivo" O que há é mera opção, como já teve oportunidade, mais de uma vez, de salientar o Superior Tribunal de Justiça. Assim:

"Estamos, assim, perante uma inequívoca situação em que um direito é conferido em lei: o de escolha quanto ao caminho a ser trilhado, com vistas à obtenção da anulação do ato considerado ilegal. Se este direito é dado pelo ordenamento jurídico, somente à parte interessada compete eleger qual via pretende seguir; se irá exercer o direito ao recurso ou o direito à impetração do pedido originário; somente a ela compete optar por um ou outro caminho, segundo suas próprias motivações. Esta é a razão pela qual entendo não cabe falar em impetração substitutiva. Ora, de substituição não se trata, pois se a parte pode eleger a via da impetração originária do pedido, sem nenhuma importância é o fato de caber também o recurso ordinário. Tampouco é de exigir-se que a parte intente, por primeiro, a via recursal. A preferência é motivada pela conveniência que somente à parte cabe avaliar. A verdade é que não há critério outro a ser extraído das normas aplicáveis que não o de conveniência deixada à exclusiva faculdade da parte interessada na demonstração da ilegalidade do ato ofensivo à liberdade.

36 Cf . José Barcelos de Souza, *Recursos, artigos e outros escritos* cit., artigo "Súmulas vinculante e impeditiva de recursos".

É esse o entendimento de abalizada doutrina (José Barcelos de Souza, Doutrina e Prática do *Habeas Corpus* . Belo Horizonte: Sigla Editorial Ltda., 1998, p. 118): *'Em realidade, não existe a figura da impetração 'substitutiva', mas o direito à impetração do habeas corpus, nada importando o fato de caber também, no caso, o direito ao recurso ordinário'"*. (Recurso ordinário em habeas corpus nº 15.613 - SC (2004/0006038-8). Relator, o Exmº Sr. Ministro Paulo Medina.. 26/05/2004. Ementa: Processual Penal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Intempestividade. Recurso não conhecido, sem prejuízo do disposto no artigo 654, § 2º,CPP).

Tanto se trata de mera opção, que o réu poderá optar pelo recurso ordinário, por simples conveniência prática, se o caso, por exemplo, estiver nas vizinhanças da prescrição, tendo em vista a morosidade da justiça.

Eis, por fim, as ementas dos falados acórdãos do STF:

"HC n. 104.633-SP, relatora: Min. Rosa Weber. Ementa: Habeas corpus. Processo penal. Substitutivo do recurso constitucional. Inadequação da via eleita Tráfico de drogas. Crime do art. 13 da lei nº 6.368/1976. Subsidiariedade.

1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte.

2. No art. 13 da Lei nº 6.368/1976, o legislador antecipou o momento consumativo do crime de tráfico de drogas do art. 12 do mesmo diploma legal, na modalidade específica de produção ou preparo de drogas, tipificando a mera conduta de possuir ou guardar máquinas ou instrumentos destinados a essa finalidade. O crime em questão é, em regra, subsidiário e só se aplica quando não configurada a figura delitiva do art. 12 da Lei nº 6.368/1976.

3. Habeas corpus extinto sem resolução do mérito, mas com a concessão da ordem de ofício para exclusão da pena cominada ao crime do art. 13 da Lei nº 6.368/1976, sem prejuízo das demais condenações. Ordem estendida aos condenados na mesma situação".

*Noticiado no Informativo 679

HC N. 113.281-SP. RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI

"EMENTA: Habeas corpus substitutivo de recurso ordinário constitucional. Artigo 102, inciso II, alínea a, da Constituição Federal. Inadequação da via eleita ao caso concreto. Precedente da Primeira Turma. Flexibilização circunscrita às hipóteses de

flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia. Não ocorrência. Writ extinto.

1. Impetração manejada em substituição ao recurso ordinário constitucional prescrito no art. 102, inciso II, alínea a, da Carta da República, a qual esbarra em decisão da Primeira Turma, que, em sessão extraordinária datada de 7/8/12, assentou, quando do julgamento do HC nº 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio, a inadmissibilidade do habeas corpus que tenha por objetivo substituir o recurso ordinário.

2. Nada impede, entretanto, que essa Suprema Corte, quando do manejo inadequado do habeas corpus como substitutivo (art. 102, inciso II, alínea a, da CF), analise a questão de ofício nas hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia, o que não é o caso dos autos.

3. Habeas corpus extinto, por inadequação da via processual eleita".

Engraçadas as decisões acima. A primeira delas, se concedeu de ofício a ordem, é porque enxergou a existência de uma coação ilegal. E se o *habeas corpus* é remédio constitucional exatamente para coações ilegais, por que não deferir logo a ordem impetrada para, ao invés disso, vir a concedê-la de ofício? Isso só seria necessário se, em vez de impetrar a ordem, a parte tivesse optado pelo recurso ordinário e este se mostrasse, por exemplo, intempestivo, tal como fez o Min. Medina no caso acima citado. E, se o *habeas corpus* é remédio contra a ilegalidade, seria amesquinhá-lo ou vulgarizá-lo sua utilização exatamente contra a ilegalidade?

E a segunda, se entendeu razoável a coação, por que não indeferir o pedido, para, em lugar disso, declarar que não era caso de concessão de ofício?

Não há dúvida de que, no fundo, o que se esboça é a chamada "jurisprudência defensiva", uma reação contra um excessivo número de *habeas corpus* naquelas altas cortes. E com ela se procura destruir a notável construção que conceituei como uma nova e extraordinária doutrina brasileira do *habeas corpus*.

Opinarei com franqueza: Se há pedidos demais, é porque há ilegalidades demais praticadas nas justiças locais. Então a solução mais conveniente é a de fazer passar assessores e estagiários por uma boa reciclagem. E, depois disso, proibir a estes, terminantemente, a terceirização de votos.

Referências:

Barbosa, Rui. O habeas-corpus", in Coletânea jurídica, Cia. Editora Nacional, 1928, p.58.

Costa, Alfredo de Araújo Lopes da. Direito processual civil, 2ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1959, v. IV.

Costa, Edgard. Os grandes julgamentos do Supremo Tribunal, p. 51-53.

Fragoso, Heleno Cláudio. Jurisprudência criminal, 1º vol., 4ª ed., Forense, Rio, 1982, p. 328-329.

Fragoso. Revista brasileira de criminologia e direito penal, nº 12, jan-março - 1966

Rosa, Inocêncio Borges da. Processo penal brasileiro, v. IV, Barcellos, Bertaso & Cia, Porto Alegre, 1942, p. 169.

Nunes, José de Castro. Do mandado de segurança, 4ª ed., Rio, 1954, p. 19.

Othon Sidou, J.M. Os recursos na história do direito, 2ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1978

Rosa, Eliézer. Dicionário de processo penal, verbete Habeas Corpus.

Sabino Júnior, Vicente. O habeas corpus e a liberdade pessoal, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1964, p.40.

Sabino Júnior, Vicente. O habeas corpus e a liberdade pessoal, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1964, p.40.

Siqueira, Galdino. Curso de processo criminal, 2a. ed.,1930, p.384.

Souza, José Barcelos de. Direito processual civil e penal, Editora Forense, 1995, p. 148, nota 2.

Souza, José Barcelos de. A Defesa na Polícia e em Juízo.

Souza, José Barcelos de. Doutrina e Prática do Habeas Corpus.

Souza, José Barcelos de. Recursos, artigos e outros escritos.

Tourinho Filho, Fernando da Costa. Processo penal, 8ª ed., v. 4, Ed. Saraiva, São Paulo, 1986.

Tucci, Rogério Lauria. "Habeas corpus", ação e processo penal, Edição Saraiva, São Paulo, 1978, p. 3).

Wald, Arnoldo, em artigo na Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, v. 4, julho-dezembro de 1998.

Wald, Arnoldo. O mandado de segurança, Rio, 1955, p. 36.

CONSTITUIÇÃO, DEMOCRACIA E SUPREMACIA JUDICIAL: DIREITO E POLÍTICA NO BRASIL CONTEMPORÂNEO

LUÍS ROBERTO BARROSO[1-2]

I. INTRODUÇÃO

Parte I

A ASCENSÃO INSTITUCIONAL DO JUDICIÁRIO

II. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

III. A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DAS RELAÇÕES SOCIAIS

IV. O ATIVISMO JUDICIAL

V. CRÍTICAS À EXPANSÃO DA INTERVENÇÃO JUDICIAL NA VIDA BRASILEIRA

1. Crítica político-ideológica
2. Crítica quanto à capacidade institucional
3. Crítica quanto à limitação do debate

VI. IMPORTÂNCIA E LIMITES DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NAS DEMOCRACIAS CONTEMPORÂNEAS

1 Professor titular de direito constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professor visitante da Universidade de Brasília – UnB e da Universidade de Wroclaw, Polônia. Mestre em direito pela Universidade de Yale. Doutor e livre-docente pela UERJ. Ministro do Supremo Tribunal Federal.

2 Parte da pesquisa para este trabalho foi realizada na Universidade de Harvard – na Faculdade de Direito e na Kennedy School of Government. Sou grato à instituição e, especialmente, ao Professor Filipe Campante, pela acolhida que me deram como pesquisador visitante, nos meses de julho de 2009 e janeiro de 2010. E à Renata Campante e ao Paulo Barrozo, pela amizade, atenção e muitas dicas que tornaram a pesquisa e a vida mais fáceis. Sou grato, também, a Ana Paula de Barcellos e a Thiago Magalhães Pires, pela leitura atenta e comentários importantes. E a Daniel Sarmento por uma boa sugestão, que ficará para a próxima.

Parte II

Direito e política: a concepção tradicional

I. Notas sobre a distinção entre direito e política

II. Constituição e poderes constituídos

III. A pretensão de autonomia do Judiciário e do direito em relação à política

1. Independência do Judiciário
2. Vinculação ao direito posto e à dogmática jurídica
3. Limites da separação entre direito e política

Parte III

Direito e política: o modelo real

I. Os laços inevitáveis: a lei e sua interpretação como atos de vontade

II. A interpretação jurídica e suas complexidades: o encontro não marcado entre o direito e a política

1. A linguagem aberta dos textos jurídicos
2. Os desacordos morais razoáveis
3. As colisões de normas constitucionais
4. A interpretação constitucional e seus métodos

III. O juiz e suas circunstâncias: influências políticas em um julgamento

1. Valores e ideologia do juiz
2. Interação com outros atores políticos e institucionais
   2.1. Preservação ou expansão do poder da Corte
   2.2. Relações com outros Poderes, órgãos e entidades estatais
3. Perspectiva de cumprimento efetivo da decisão
4. Circunstâncias internas dos órgãos colegiados
5. A opinião pública

IV. A autonomia relativa do direito em relação à política e a fatores extrajudiciais

Conclusão

Entre a razão e a vontade

I. Introdução

O estudo que se segue está dividido em três partes. Na primeira, narra-se a ascensão institucional do Judiciário nos últimos anos, no Brasil e no mundo. São apresentados, assim, os fenômenos da jurisdição constitucional, da judicialização e do ativismo judicial, bem como as críticas à expansão do Judiciário na vida brasileira. O tópico se encerra com a demonstração da importância e dos limites da jurisdição constitucional nas democracias contemporâneas. A segunda parte é dedicada à concepção tradicional das relações entre direito e política, fundada na separação plena entre os dois domínios[3]. A Constituição faz a interface entre o universo político e o jurídico, instituindo o Estado de direito, os poderes constituídos e fazendo a distinção entre legislar, administrar e julgar. A atuação de juízes e tribunais é preservada do contágio político por meio da independência do Judiciário em relação aos demais Poderes e por sua vinculação ao direito, que constitui um mundo autônomo, tanto do ponto de vista normativo quanto doutrinário. Essa visão, inspirada pelo formalismo jurídico, apresenta inúmeras insuficiências teóricas e enfrenta boa quantidade de objeções, em uma era marcada pela complexidade da interpretação jurídica e por forte interação do Judiciário com outros atores políticos relevantes.

A terceira parte introduz uma questão relativamente nova no debate jurídico brasileiro: o modelo *real* das relações entre direito e política. Uma análise sobre o que de fato ocorre no exercício da prestação jurisdicional e na interpretação das normas jurídicas, e não um discurso convencional sobre como elas deveriam ser. Trata-se de uma especulação acerca dos elementos e circunstâncias que motivam e influenciam um juiz, para além da boa aplicação do direito. Com isso, procura-se superar a persistente negação com que os juristas tradicionalmente lidam com o tema, proclamando uma independência que não é desse mundo. Na construção do argumento, examinam-se algumas hipóteses que produzem os chamados *casos difíceis*, que exigem a atuação criativa de juízes e tribunais; e faz-se, igualmente, uma reflexão acerca dos diferentes métodos de interpretação e sua utilização em função do resultado a que se quer chegar. Por fim, são identificados diversos fatores extrajurídicos relevantes, capazes de repercutir em maior ou menor medida sobre um julgamento, como os valores pessoais do juiz, as relações do Judiciário com outros atores políticos e a opinião pública, dentre outros.

Entre o ceticismo do realismo jurídico e da teoria crítica, que equiparam o direito ao voluntarismo e à política, e a visão idealizada do formalismo jurídico, com sua crença na existência de um muro divisório entre ambos, o presente estudo irá demonstrar o que já se afigurava intuitivo: no mundo real, não vigora nem a equiparação nem a separação plena. Na concretização das normas jurídicas, sobretudo as normas constitucionais, direito e política convivem e se influenciam reciprocamente, numa interação que tem

3 É da tradição da doutrina brasileira grafar a palavra direito com letra maiúscula, em certos contextos. Nesse trabalho, todavia, em que o termo é empregado em sua relação com a política, o uso da maiúscula poderia passar a impressão de uma hierarquização entre os dois domínios, o que não é minha intenção. Restaria a alternativa de grafar política com maiúscula. Mas também não me pareceu ser o caso.

complexidades, sutilezas e variações[4]. Em múltiplas hipóteses, não poderá o intérprete fundar-se em elementos de pura razão e objetividade, como é a ambição do direito. Nem por isso, recairá na discricionariedade e na subjetividade, presentes nas decisões políticas. Entre os dois extremos, existe um espaço em que a vontade é exercida dentro de parâmetros de razoabilidade e de legitimidade, que podem ser controlados pela comunidade jurídica e pela sociedade. Vale dizer: o que se *quer* é balizado pelo que se *pode* e pelo que se *deve* fazer.

Parte I

A ascensão institucional do Judiciário[5]

II. A jurisdição constitucional

O Estado constitucional de direito se consolida, na Europa continental, a partir do final da II Guerra Mundial. Até então, vigorava um modelo identificado, por vezes, como Estado legislativo de direito[6]. Nele, a Constituição era compreendida, essencialmente, como um documento político, cujas normas não eram aplicáveis diretamente, ficando na dependência de desenvolvimento pelo legislador ou pelo administrador. Tampouco existia o controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário – ou, onde existia, era tímido e pouco relevante. Nesse ambiente, vigorava a centralidade da lei e a supremacia do parlamento. No Estado constitucional de direito, a Constituição passa a valer como norma jurídica. A partir daí, ela não apenas disciplina o modo de produção das leis e atos normativos, como estabelece determinados limites para o seu conteúdo, além de impor deveres de atuação ao Estado. Nesse novo modelo, vigora a centralidade da Constituição e a supremacia judicial, como tal entendida a primazia de um tribunal constitucional ou suprema corte na interpretação final e vinculante das normas constitucionais.

A expressão jurisdição constitucional designa a interpretação e aplicação da Constituição por órgãos judiciais. No caso brasileiro, essa competência é exercida por todos os juízes e tribunais, situando-se o Supremo Tribunal Federal no topo do sistema. A jurisdição constitucional compreende duas atuações particulares. A primeira, de aplicação direta da Constituição às situações nela contempladas. Por exemplo, o reconhecimento de que determinada competência é do Estado, não da União; ou do direito do contribuinte a uma imunidade tributária; ou do direito à liberdade de expressão, sem censura ou licença prévia. A segunda atuação envolve

4 O termo "política" é utilizado nesse trabalho em uma acepção ampla, que transcende uma conotação partidária ou de luta pelo poder. Na acepção aqui empregada, "política" abrange qualquer influência extrajurídica capaz de afetar o resultado de um julgamento.

5 A Parte I deste trabalho, especialmente os capítulos II e III, beneficia-se da pesquisa e de algumas passagens de texto anterior de minha autoria, "Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática", publicado na *Revista de direito do Estado* 13:71, 2009.

6 V. Luigi Ferrajoli, Pasado y futuro Del Estado de derecho. In: Miguel Carbonell (org.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003, p. 14-17; e Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*: ley, derechos, justicia, 2005, p. 21-41.

a aplicação indireta da Constituição, que se dá quando o intérprete a utiliza como parâmetro para aferir a validade de uma norma infraconstitucional (controle de constitucionalidade) ou para atribuir a ela o melhor sentido, em meio a diferentes possibilidades (interpretação conforme a Constituição). Em suma: a jurisdição constitucional compreende o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição.

III. A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DAS RELAÇÕES SOCIAIS[7]

Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo. Essa expansão da jurisdição e do discurso jurídico constitui uma mudança drástica no modo de se pensar e de se praticar o direito no mundo romano-germânico[8]. Fruto da conjugação de circunstâncias diversas[9], o fenômeno é mundial, alcançando até mesmo países que tradicionalmente seguiram o modelo inglês – a chamada democracia ao estilo de Westminster –, com soberania parlamentar e ausência de controle de constitucionalidade[10]. Exemplos numerosos e inequívocos de judicialização ilustram a fluidez da fronteira entre política e

7 Sobre o tema, v. o trabalho pioneiro de Luiz Werneck Vianna, Maria Alice Resende de Carvalho, Manuel Palacios Cunha Melo e Marcelo Baumann Burgos, *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, 1999. V. tb., Giselle Cittadino, Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de Poderes. In: Luiz Werneck Vianna (org.), *A democracia e os três Poderes no Brasil*, 2002. Vejam-se, ainda: Luiz Werneck Vianna, Marcelo Baumann Burgos e Paula Martins Salles, Dezessete anos de judicialização da política, *Tempo Social 19*:39, 2007; Ernani Carvalho, Judicialização da política no Brasil: controlo de constitucionalidade e racionalidade política, *Análise Social 44*:315, 2009, e Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem, *Revista de Sociologia Política 23*:115, 2004; Rogério Bastos Arantes, Judiciário: entre a justiça e a política, In: http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/9/9d/Arantes.pdf, e Constitutionalism, the expansion of justice and the judicialization of politics in Brazil. In: Rachel Sieder, Line Schjolden e Alan Angell, *The judicialization of politics in Latin America*, 2005, p. 231-62; Martonio Mont'Alverne Barreto Lima, Judicialização da política e comissões parlamentares de inquérito – um problema da teoria constitucional da democracia, *Revista Jurídica da FIC 7*:9, 2006; Luciano da Ros, Tribunais como árbitros ou como instrumentos de oposição: uma tipologia a partir dos estudos recentes sobre judicialização da política com aplicação ao caso brasileiro contemporâneo, *Direito, Estado e Sociedade 31*:86, 2007; e Thais Florencio de Aguiar, A judicialização da política ou o rearranjo da democracia liberal, *Ponto e Vírgula 2*:142, 2007.

8 V. Alec Stone Sweet, *Governing with judges: constitutional politics in Europe*, 2000, p. 35-36 e 130. A visão prevalecente nas democracias parlamentares tradicionais de ser necessário evitar um "governo de juízes", reservando ao Judiciário apenas uma atuação como legislador negativo, já não corresponde à prática política atual. Tal compreensão da separação de Poderes encontra-se em "crise profunda" na Europa continental.

9 Para uma análise das condições para o surgimento e consolidação da judicialização, v. C. Neal Tate e Torbjörn Vallinder (eds.), *The global expansion of judicial power*, 1995, p. 117.

10 V. Ran Hirschl, The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide, *Fordham Law Review 75*:721, 2006-2007, p. 721. A referência envolve países como Canadá, Israel, Nova Zelândia e o próprio Reino Unido.

justiça no mundo contemporâneo, documentando que nem sempre é nítida a linha que divide a criação e a interpretação do direito. Os precedentes podem ser encontrados em países diversos e distantes entre si, como Canadá[11], Estados Unidos[12], Israel[13], Turquia[14], Hungria[15] e Coreia[16], dentre muitos outros. No início de 2010, uma decisão do Conselho Constitucional francês e outra da Suprema Corte americana produziram controvérsia e a reação política dos dois presidentes[17]. Na América Latina[18], o caso da Colômbia é um dos mais significativos[19].

Há causas de naturezas diversas para o fenômeno. A primeira delas é o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas. Como consequência, operou-se uma vertiginosa ascensão institucional de juízes e tribunais, assim na Europa como em países da América Latina, particularmente no Brasil. A segunda causa envolve certa desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral. Há uma terceira: atores políticos, muitas vezes, preferem que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade. Com isso, evitam o próprio desgaste na deliberação de temas divisivos, como uniões homoafotetivas, interrupção de gestação ou demarcação de terras indígenas[20]. No Brasil, o fenômeno assumiu proporção ainda maior, em razão

11 Decisão da Suprema Corte sobre a constitucionalidade de os Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo canadense. Este exemplo e os seguintes vêm descritos em maior detalhe em Ran Hirschl, The judicialization of politics. In: Whittington, Kelemen e Caldeira (eds.), *The Oxford handbook of law and politics*, 2008, p. 124-5.

12 Decisão da Suprema Corte que definiu a eleição de 2000, em *Bush v. Gore*.

13 Decisão da Suprema Corte sobre a compatibilidade, com a Constituição e com os atos internacionais, da construção de um muro na fronteira com o território palestino.

14 Decisões da Suprema Corte destinadas a preserver o Estado laico contra o avanço do fundamentalismo islâmico.

15 Decisão da Corte Constitucional sobre a validade de plano econômico de grande repercussão sobre a sociedade.

16 Decisão da Corte Constitucional restituindo o mandato de presidente destituído por *impeachment*.

17 Na França, foi anulado o imposto do carbono, que incidiria sobre o consumo e a emissão de gases poluentes, com forte reação do governo. V. *Le Monde*, 12 jan. 2010, http://www.lemonde.fr/politique/article/2010/01/12/m-devedjian-je-souhaite-que-le-conseil-constitutionnel-soit-a-l-abri-des-soupcons_1290457_823448.html. Nos Estados Unidos, a decisão em *Citizens United v. Federal Election Commission*, invalidando os limites à participação financeira das empresas em campanhas eleitorais, foi duramente criticada pelo Presidente Barak Obama. V. *New York Times*, 24 jan. 2010, p. A-20.

18 Sobre o fenômeno na América Latina, v. Rachel Sieder, Line Schjolden e Alan Angell, *The judicialization of politics in Latin America*, 2005.

19 De acordo com Rodrigo Uprimny Yepes, Judicialization of politics in Colombia, *International Journal on Human Rights* 6:49, 2007, p. 50, algumas das mais importantes hipóteses de judicialização da política na Colômbia envolveram: a) luta contra a corrupção e para mudança das práticas políticas; b) contenção do abuso das autoridades governamentais, especialmente em relação à declaração do estado de emergência ou estado de exceção; c) proteção das minoriais, assim como a autonomia individual; d) proteção das populações estigmatizadas ou aqueles em situação de fraqueza política; e e) interferência com políticas econômicas, em virtude da proteção judicial de direitos sociais.

20 V. Rodrigo Uprimny Yepes, Judicialization of politics in Colombia, *International Journal on Human Rights* 6:49, mimeografado, 2007, p. 57. V. tb. José Ribas Vieira, Margarida Maria Lacombe Camargo e Alexandre Garrido Silva, O Supremo Tribunal Federal como arquiteto institucional: a judicialização da política e o ativismo judicial. In: *Anais do I Forum de Grupos de Pesquisa em direito Constitucional e Teoria*

da constitucionalização abrangente e analítica – constitucionalizar é, em última análise, retirar um tema do debate político e trazê-lo para o universo das pretensões judicializáveis – e do sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, em que é amplo o acesso ao Supremo Tribunal Federal por via de ações diretas.

Como consequência, quase todas as questões de relevância política, social ou moral foram discutidas ou já estão postas em sede judicial, especialmente perante o Supremo Tribunal Federal. A enunciação que se segue, meramente exemplificativa, serve como boa ilustração dos temas judicializados: (i) instituição de contribuição dos inativos na Reforma da Previdência (ADI 3105/DF); (ii) criação do Conselho Nacional de Justiça na Reforma do Judiciário (ADI 3367); (iii) pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3510/DF); (iv) liberdade de expressão e racismo (HC 82424/RS – caso Ellwanger); (v) interrupção da gestação de fetos anencefálicos (ADPF 54/DF); (vi) restrição ao uso de algemas (HC 91952/SP e Súmula Vinculante nº 11); (vii) demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol (Pet 3388/RR); (viii) legitimidade de ações afirmativas e quotas sociais e raciais (ADI 3330); (ix) vedação ao nepotismo (ADC 12/DF e Súmula nº 13); (x) não-recepção da Lei de Imprensa (ADPF 130/DF). A lista poderia prosseguir indefinidamente, com a identificação de casos de grande visibilidade e repercussão, como a extradição do militante italiano Cesare Battisti (Ext 1085/Itália e MS 27875/DF), a questão da importação de pneus usados (ADPF 101/DF) ou da proibição do uso do amianto (ADI 3937/SP). Merece destaque a realização de diversas audiências públicas, perante o STF, para debater a questão da judicialização de prestações de saúde, notadamente o fornecimento de medicamentos e de tratamentos fora das listas e dos protocolos do Sistema Único de Saúde (SUS)[21].

Uma observação final relevante dentro deste tópico. No Brasil, como assinalado, a judicialização decorre, sobretudo, de dois fatores: o modelo de constitucionalização abrangente e analítica adotado; e o sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, que combina a matriz americana – em que todo juiz e tribunal pode pronunciar a invalidade de uma norma no caso concreto – e a matriz européia, que admite ações diretas ajuizáveis perante a corte constitucional. Nesse segundo caso, a validade constitucional de leis e atos normativos é discutida em tese, perante o Supremo Tribunal Federal, fora de uma situação concreta de litígio. Essa fórmula foi maximizada no sistema brasileiro pela admissão de uma variedade de ações diretas e pela previsão constitucional de amplo direito de propositura. Nesse contexto, a judicialização constitui um *fato* inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário. Juízes e tribunais, uma vez provocados pela via processual adequada, não têm a alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão. Todavia, o modo como venham a exercer essa competência é que vai determinar a existência ou não de ativismo judicial.

---

dos direitos, 2009, p. 44: "Em casos politicamente custosos, os poderes Legislativo e Executivo podem, de um modo estratégico, por meio de uma inércia deliberada, abrir um espaço para a atuação ativista dos tribunais. Temas profundamente controvertidos, sem perspectiva de consenso na sociedade, tais como a abertura dos arquivos da ditadura militar, uniões homoafetivas, aborto, entre outros, têm os seus custos políticos estrategicamente repassados para os tribunais, cujos integrantes não precisam passar pelo crivo do voto popular após suas decisões".

21 V. http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude

IV. O ATIVISMO JUDICIAL

Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos[22] e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969[23]. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais[24]. Todas essas transformações foram efetivadas sem qualquer ato do Congresso ou decreto presidencial[25]. A partir daí, por força de uma intensa reação conservadora, a expressão ativismo judicial assumiu, nos Estados Unidos, uma conotação negativa, depreciativa, equiparada ao exercício impróprio do poder judicial[26]. Todavia, depurada dessa

22 A locução "ativismo judicial" foi utilizada, pela primeira vez, em artigo de um historiador sobre a Suprema Corte americana no período do *New Deal*, publicado em revista de circulação ampla. V. Arthur M. Schlesinger, Jr., The Supreme Court: 1947, *Fortune*, jan. 1947, p. 208, *apud* Keenan D. Kmiec, The origin and current meanings of 'judicial activism', *California Law Review* 92:1441, 2004, p. 1446. A descrição feita por Schlesinger da divisão existente na Suprema Corte, à época, é digna de transcrição, por sua atualidade no debate contemporâneo: "Esse conflito pode ser descrito de diferentes maneiras. O grupo de Black e de Douglas acredita que a Suprema Corte pode desempenhar um papel afirmativo na promoção do bem-estar social; o grupo de Frankfurter e Jackson defende uma postura de auto-contenção judicial. Um grupo está mais preocupado com a utilização do poder judicial em favor de sua própria concepção do bem social; o outro, com a expansão da esfera de atuação do Legislativo, mesmo que isso signifique a defesa de pontos de vista que eles pessoalmente condenam. Um grupo vê a Corte como instrumento para a obtenção de resultados socialmente desejáveis; o segundo, como um instrumento para permitir que os outros Poderes realizem a vontade popular, seja ela melhor ou pior. Em suma, Black-Douglas e seus seguidores parecem estar mais voltados para a solução de casos particulares de acordo com suas próprias concepções sociais; Frankfurter-Jackson e seus seguidores, com a preservação do Judiciário na sua posição relevante, mas limitada, dentro do sistema americano".

23 Sobre o tema, em língua portuguesa, v. Luís Roberto Barroso, A americanização do direito constitucional e seus paradoxos. In: *Temas de direito constitucional*, t. IV, p. 144 e s. (O legado de Warren: ativismo judicial e proteção dos direitos fundamentais). Para uma interessante biografia de Warren, bem como um denso relato do período, v. Jim Newton, *Justice for all*: Earl Warren and the Nation he made, 2006

23 Sobre o tema, em língua portuguesa, v. Luís Roberto Barroso, A americanização do direito constitucional e seus paradoxos. In: *Temas de direito constitucional*, t. IV, p. 144 e s. (O legado de Warren: ativismo judicial e proteção dos direitos fundamentais). Para uma interessante biografia de Warren, bem como um denso relato do período, v. Jim Newton, *Justice for all*: Earl Warren and the Nation he made, 2006.

24 Alguns exemplos representativos: considerou-se ilegítima a segregação racial nas escolas (*Brown v. Board of Education*, 1954); foram assegurados aos acusados em processo criminal o direito de defesa por advogado (*Gideon v. Wainwright*, 1963) e o direito à não-auto-incriminação (*Miranda v. Arizona*, 1966); e de privacidade, sendo vedado ao Poder Público a invasão do quarto de um casal para reprimir o uso de contraceptivos (*Griswold v. Connecticut*, 1965). Houve decisões marcantes, igualmente, no tocante à liberdade de imprensa (*New York Times v. Sullivan*, 1964) e a direitos políticos (*Baker v. Carr*, 1962). Em 1973, já sob a presidência de Warren Burger, a Suprema Corte reconheceu direitos de igualdade às mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), assim como em favor dos seus direitos reprodutivos, vedando a criminalização do aborto até o terceiro mês de gestação (*Roe v. Wade*).

25 Jim Newton, *Justice for all*: Earl Warren and the Nation he made, 2006, p. 405.

26 V. Randy E. Barnett, Constitututional clichês, *Capital University Law Review* 36:493, 2007, p. 495: "Normalmente, no entanto, 'ativismo judicial' é empregado para criticar uma prática judicial que deve ser evitada pelos juízes e que merece a oposição do público". Keenan D. Kmiec, The origin and current meanings of 'judicial activism', *California Law Review* 92:1441, 2004, p. 1463 e s. afirma que não se trata de um conceito monolítico e aponta cinco sentidos em que o termo tem sido empregado no debate americano, no geral com uma conotação negativa: a) declaração de inconstitucionalidade de atos de outros Poderes que não sejam claramente inconstitucionais; b) ignorar precedentes aplicáveis; c) legislação pelo Judiciário; d) distanciamento

crítica ideológica - até porque pode ser progressista ou conservadora[27] - a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios.

No Brasil, há diversos precedentes de postura ativista do STF, manifestada por diferentes linhas de decisão. Dentre elas se incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, como se passou em casos como o da imposição de fidelidade partidária e o da vedação do nepotismo; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição, de que são exemplos as decisões referentes à verticalização das coligações partidárias e à cláusula de barreira; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, tanto em caso de inércia do legislador - como no precedente sobre greve no serviço público ou sobre criação de município - como no de políticas públicas insuficientes, de que têm sido exemplo as decisões sobre direito à saúde. Todas essas hipóteses distanciam juízes e tribunais de sua função típica de aplicação do direito vigente e os aproximam de uma função que mais se assemelha à de criação do próprio direito.

A judicialização, como demonstrado acima, é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro. Já o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente, ele se instala - e este é o caso do Brasil - em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. O oposto do ativismo é a *auto-contenção judicial*, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes[28].

das metodologias de interpretação normalmente aplicadas e aceitas; e e) julgamentos em função dos resultados.

27 Como assinalado no texto, a expressão ativismo judicial foi amplamente utilizada para estigmatizar a jurisprudência progressista da Corte Warren. É bem de ver, no entanto, que o ativismo judicial precedeu a criação do termo e, nas suas origens, era essencialmente conservador. De fato, foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (Era *Lochner*, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937). A situação se inverteu no período que foi de meados da década de 50 a meados da década de 70 do século passado. Todavia, depois da guinada conservadora da Suprema Corte, notadamente no período da presidência de William Rehnquist (1986-2005), coube aos progressistas a crítica severa ao ativismo judicial que passou a desempenhar. V. Frank B. Cross e Stefanie A. Lindquistt, The scientific study of judicial activism, *Minnesota Law Review 91*:1752, 2006-2007, p. 1753 e 1757-8; Cass Sunstein, Tilting the scales rightward, *New York Times*, 26 abr. 2001 ("um notável período de ativismo judicial direitista") e Erwin Chemerinsky, Perspective on Justice: and federal law got narrower, narrower, *Los Angeles Times*, 18 mai. 2000 ("ativismo judicial agressivo e conservador").

28 Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas.

A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados). Por sua vez, a autocontenção se caracteriza justamente por abrir mais espaço à atuação dos Poderes políticos, tendo por nota fundamental a forte deferência em relação às ações e omissões desses últimos.

V. Críticas à expansão da intervenção judicial na vida brasileira

Diversas objeções têm sido opostas, ao longo do tempo, à expansão do Poder Judiciário nos Estados constitucionais contemporâneos. Identificam-se aqui três delas. Tais críticas não infirmam a importância do papel desempenhado por juízes e tribunais nas democracias modernas, mas merecem consideração séria. O modo de investidura dos juízes e membros de tribunais, sua formação específica e o tipo de discurso que utilizam são aspectos que exigem reflexão. Ninguém deseja o Judiciário como instância hegemônica e a interpretação constitucional não pode se transformar em usurpação da função legislativa. Aqui, como em quase tudo mais, impõem-se as virtudes da prudência e da moderação[29].

1. Crítica político-ideológica

Juízes e membros dos tribunais não são agentes públicos eleitos. Sua investidura não tem o batismo da vontade popular. Nada obstante isso, quando invalida atos do Legislativo ou do Executivo ou impõe-lhes deveres de atuação, o Judiciário desempenha um papel que é inequivocamente político. Essa possibilidade de as instâncias judiciais sobreporem suas decisões às dos agentes políticos eleitos gera aquilo que em teoria constitucional foi denominado de *dificuldade contramajoritária*[30]. A jurisdição constitucional e a atuação expansiva do Judiciário têm recebido, historicamente, críticas de natureza política, que questionam sua legitimidade democrática e sua suposta maior eficiência na proteção dos direitos fundamentais[31]. Ao lado dessas, há, igualmente, críticas de cunho ideológico, que veem no Judiciário uma instância tradicionalmente conservadora das

29 V. Aristóteles, *Ética a Nicômaco*, 2007, p. 70 e 77: "Em primeiro lugar, temos que observar que as qualidades morais são de tal modo constituídas que são destruídas pelo excesso e pela deficiência. (...) [O] excesso e a deficiência são uma marca do vício e a observância da mediania uma marca da virtude...".

30 Alexander Bickel, *The least dangerous branch*, 1986, p. 16-23: "A questão mais profunda é que o controle de constitucionalidade (*judicial review*) é uma força contramajoritária em nosso sistema. (...) [Q]uando a Suprema Corte declara inconstitucional um ato legislativo ou um ato de um membro eleito do Executivo, ela se opõe à vontade de representantes do povo, o povo que está aqui e agora; ela exerce um controle, não em nome da maioria dominante, mas contra ela. (...) O controle de constitucionalidade, no entanto, é o poder de aplicar e interpretar a Constituição, em matérias de grande relevância, contra a vontade da maioria legislativa, que, por sua vez, é impotente para se opor à decisão judicial".

31 Um dos principais representantes dessa corrente é Jeremy Waldron, autor de *Law and disagreement*, 1999, e The core of the case against judicial review, *Yale Law Journal 115*:1346, 2006. Sua tese central é a de que nas sociedades democráticas nas quais o Legislativo não seja "disfuncional", as divergências acerca dos direitos devem ser resolvidas no âmbito do processo legislativo e não do processo judicial.

distribuições de poder e de riqueza na sociedade. Nessa perspectiva, a judicialização funcionaria como uma reação das elites tradicionais contra a democratização, um antídoto contra a participação popular e a política majoritária[32].

2. Crítica quanto à capacidade institucional

Cabe aos três Poderes interpretar a Constituição e pautar sua atuação com base nela. Mas, em caso de divergência, a palavra final é do Judiciário. Essa primazia não significa, porém, que toda e qualquer matéria deva ser decidida em um tribunal. Para evitar que o Judiciário se transforme em uma indesejável instância hegemônica[33], a doutrina constitucional tem explorado duas ideias destinadas a limitar a ingerência judicial: a de capacidade institucional e a de efeitos sistêmicos[34]. *Capacidade institucional* envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria. Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou de conhecimento específico[35]. Também o risco de *efeitos sistêmicos* imprevisíveis e indesejáveis podem recomendar uma posição de cautela e de deferência por parte do Judiciário. O juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça[36], sem condições, muitas vezes, de avaliar o impacto de suas decisões sobre um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público[37].

---

32 V. Ran Hirschl, *Towrds juristocracy:* the origins and consequences of the new constitutionalism, 2004. Após analisar as experiências de Canadá, Nova Zelândia, Israel e África do Sul, o autor conclui que o aumento do poder judicial por via da constitucionalização é, no geral, "um pacto estratégico entre três partes: as elites políticas hegemônicas (e crescentemente ameaçadas) que pretendem proteger suas preferências políticas contra as vicissitudes da política democrática; as elites econômicas que comungam da crença no livre mercado e da antipatia em relação ao governo; e cortes supremas que buscar fortalecer seu poder simbólico e sua posição institucional" (p. 214). Nos Estados Unidos, em linha análoga, uma corrente de pensamento referida como "constitucionalismo popular" também critica a ideia de supremacia judicial. V., dentre muitos, Mark Tushnet, *Taking the constitution away from the courts*, 1999, p. 177, onde escreveu: "Os liberais (progressistas) de hoje parecem ter um profundo medo do processo eleitoral. Cultivam um entusiasmo no controle judicial que não se justifica, diante das experiências recentes. Tudo porque têm medo do que o povo pode fazer".

33 A expressão é do Ministro Celso de Mello. V. STF, *DJ*, 12 mai.2000, MS 23.452/RJ, Rel. Min. Celso de Mello.

34 V. Cass Sunstein e Adrian Vermeulle, Intepretation and institutions, *Public Law and Legal Theory Working Paper No. 28*, 2002: "Ao chamarmos atenção para as capacidades institucionais e para os efeitos sistêmicos, estamos sugerindo a necessidade de um tipo de virada institucional no estudo das questões de interpretação jurídicas" (p. 2). Sobre o tema, v. tb. Adrian Vermeule, Foreword: system effects and the constitution, *Harvard Law Review* 123:4, 2009.

35 Por exemplo: em questões como demarcação de terras indígenas ou transposição de rios, em que tenha havido estudos técnicos e científicos adequados, a questão da capacidade institucional deve ser sopesada de maneira criteriosa.

36 Ana Paula de Barcellos, Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático, *Revista de direito do Estado* 3:17, 2006, p. 34. Também sobre o tema, v. Daniel Sarmento, Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete. In: Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento e Gustavo Binenbojm (coords.), *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*, 2008, p. 317: "[U]ma teoria hermenêutica construída a partir de uma imagem romântica do juiz pode produzir resultados desastrosos quando manejada por magistrados de carne e osso que não correspondam àquela idealização...".

37 Exemplo emblemático nessa matéria tem sido o setor de saúde. Ao lado de intervenções necessárias

3. Crítica quanto à limitação do debate

O mundo do direito tem categorias, discurso e métodos próprios de argumentação. O domínio desse instrumental exige conhecimento técnico e treinamento específico, não acessíveis à generalidade das pessoas. A primeira consequência drástica da judicialização é a elitização do debate e a exclusão dos que não dominam a linguagem nem têm acesso aos *locus* de discussão jurídica[38]. Institutos como audiências públicas, *amicus curiae* e direito de propositura de ações diretas por entidades da sociedade civil atenuam mas não eliminam esse problema. Surge, assim, o perigo de se produzir uma apatia nas forças sociais, que passariam a ficar à espera de juízes providenciais[39]. Na outra face da moeda, a transferência do debate público para o Judiciário traz uma dose excessiva de politização dos tribunais, dando lugar a paixões em um ambiente que deve ser presidido pela razão[40]. No movimento seguinte, processos passam a tramitar nas manchetes de jornais – e não na imprensa oficial – e juízes trocam a racionalidade plácida da argumentação jurídica por embates próprios da discussão parlamentar, movida por visões políticas contrapostas e concorrentes[41].

VI. Importância e limites da jurisdição constitucional nas democracias contemporâneas

A jurisdição constitucional pode não ser um componente indispensável do constitucionalismo democrático, mas tem servido bem à causa, de uma maneira geral[42]. Ela é um espaço de legitimação discursiva ou argumentativa das

e meritórias, tem havido uma profusão de decisões extravagantes ou emocionais em matéria de medicamentos e terapias, que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos. Sobre o tema, v. Luís Roberto Barroso, Da falta de efetividade à constitucionalização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: *Temas de direito constitucional*, tomo IV, 2009.

38 V. Jeremy Waldron, The core case against judicial review, *The Yale Law Journal 115*:1346, p. 133: "A judicialização tende a mudar o foco da discussão pública, que passa de um ambiente onde as razões podem ser postas de maneira aberta e abrangente para um outro altamente técnico e formal, tendo por objeto textos e ideias acerca de interpretação" (tradução livre e ligeiramente editada).

39 Rodrigo Uprimny Yepes, Judicialization of politics in Colombia, *International Journal on Human Rights 6*:49, 2007, p. 63: "O uso de argumentos jurídicos para resolver problemas sociais complexos pode dar a impressão de que a solução para muitos problemas políticos não exige engajamento democrático, mas em vez disso juízes e agentes públicos providenciais".

40 Exemplo emblemático de debate apaixonado foi o que envolveu o processo de extradição do ex-militante da esquerda italiana Cesare Battisti. Na ocasião, assinalou o Ministro Eros Grau: "Parece que não há condições no tribunal de um ouvir o outro, dada a paixão que tem presidido o julgamento deste caso". Sobre o ponto, v. Felipe Recondo e Mariângela Galluci, Caso Battisti expõe crise no STF. In: *Estado de São Paulo*, 22.11.2009.

41 Em 22 abr.2009, diferentes visões sobre a relação Judiciário, mídia e sociedade levaram a uma ríspida discussão entre os Ministros Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa. V. http://oglobo.globo.com/pais/noblat/posts/2009/04/22/na-integra-bate-boca-entre-joaquim-barbosa-mendes-179585.asp.

42 V. Dieter Grimm, Jurisdição constitucional e democracia, *Revista de Direito do Estado 4*:3, 2006, p. 9: "A jurisdição constitucional não é nem incompatível nem indispensável à democracia. (...) [Há] suficientes provas históricas de que um estado democrático pode dispensar o controle de constitucionalidade. (...) Ninguém duvidaria do caráter democrático de Estados como o Reino Unido e a Holanda, que não

decisões políticas, que coexiste com a legitimação majoritária, servindo-lhe de "contraponto e complemento"[43]. Isso se torna especialmente verdadeiro em países de redemocratização mais recente, como o Brasil, onde o amadurecimento institucional ainda se encontra em curso, enfrentando uma tradição de hegemonia do Executivo e uma persistente fragilidade do sistema representativo[44]. As constituições contemporâneas, como já se assinalou, desempenham dois grandes papéis: (i) o de condensar os valores políticos nucleares da sociedade, os consensos mínimos quanto a suas instituições e quanto aos direitos fundamentais nela consagrados; e (ii) o de disciplinar o processo político democrático, propiciando o governo da maioria, a participação da minoria e a alternância no poder[45]. Pois esse é o grande papel de um tribunal constitucional, do Supremo Tribunal Federal, no caso brasileiro: proteger e promover os direitos fundamentais, bem como resguardar as regras do jogo democrático. Eventual atuação contramajoritária do Judiciário em defesa dos elementos essenciais da Constituição se dará a favor e não contra a democracia[46].

Nas demais situações – isto é, quando não estejam em jogo os direitos fundamentais ou os procedimentos democráticos –, juízes e tribunais devem acatar as escolhas legítimas feitas pelo legislador, assim como ser deferentes com o exercício razoável de discricionariedade pelo administrador, abstendo-se de sobrepor-lhes sua própria valoração política[47]. Isso deve ser feito não só por razões ligadas à legitimidade democrática, como também em atenção às capacidades institucionais dos órgãos judiciários e sua impossibilidade de prever e administrar os efeitos sistêmicos das decisões proferidas em casos individuais. Os membros do Judiciário não

adotam o controle de constitucionalidade". Sobre o tema, inclusive com uma reflexão acerca da posição de Dieter Grimm aplicada ao Brasil, v. Thiago Magalhães Pires, Crônicas do subdesenvolvimento: jurisdição constitucional e democracia no Brasil, *Revista de direito do Estado* 12:181, 2009, p. 194 e s.

43 Eduardo Bastos de Mendonça, A *constitucionalização da política*: entre o inevitável e o excessivo, p. 10. Artigo inédito, gentilmente cedido pelo autor. Para uma defesa do ponto de vista de que as cortes constitucionais deve servir como "instâncias de fortalecimento da representação política", v. Thamy Pogrebinschi, Entre judicialização e representação. O papel político do Supremo Tribunal Federal e o experimentalismo democrático brasileiro, mimeografado, 2009.

44 Um dos principais críticos da *judicial review*, isto é, à possibilidade de cortes de justiça declararem a inconstitucionalidade de atos normativos, Jeremy Waldron, no entanto, reconhece que ela pode ser necessária para enfrentar patologias específicas, em um ambiente em que certas características políticas e institucionais das democracias liberais não estejam totalmente presentes. V. Jeremy Waldron, The core case against judicial review, *The Yale Law Journal* 115:1346, p. 1359 e s.

45 Luís Roberto Barroso, *Curso de direito constitucional contemporâneo*, 2009, p. 89-90.

46 Para uma crítica da visão do Judiciário como instância de proteção das minorias e de defesa das regras democráticas, v. Luciano da Ros, Tribunais como árbitros ou como instrumentos de oposição: uma tipologia a partir dos estudos recentes sobre judicialização da política com aplicação ao caso brasileiro contemporâneo, *Direito, Estado e Sociedade* 31:86, 2007, p. 100-1, onde averbou: "Pode-se afirmar que tribunais são instituições que operam rigorosamente dentro dos limites que a dinâmica das outras forças políticas e institucionais lhes impõem, raramente decidindo fora do círculo de preferências dos atores políticos. A idéia de que tribunais salvaguardam a democracia e a Constituição contra tudo e contra todos, como muitas vezes se veicula nos círculos acadêmicos, pode ser considerada ingênua".

47 Na jurisprudência norte-americana, o caso *Chevron* é o grande precedente da teoria da *deferência administrativa* em relação à *interpretação razoável* dada pela Administração. De fato, em *Chevron USA Inc. vs. National Resources Defense Council Inc.* (467 U.S. 837 (1984) ficou estabelecido que, havendo ambiguidade ou delegação legislativa para a agência, o Judiciário somente deve intervir se a Administração (no caso, uma agência reguladora) tiver atuado *contra legem* ou de maneira irrazoável.

devem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida –, supondo-se *experts* em todas as matérias. Por fim, o fato de a última palavra acerca da interpretação da Constituição ser do Judiciário não o transforma no único – nem no principal – foro de debate e de reconhecimento da vontade constitucional a cada tempo. A jurisdição constitucional não deve suprimir nem oprimir a voz das ruas, o movimento social, os canais de expressão da sociedade. Nunca é demais lembrar que o poder emana do *povo*, não dos juízes.

Parte II

Direito e política: a concepção tradicional

I. Notas sobre a distinção entre direito e política

A separação entre direito e política tem sido considerada como essencial no Estado constitucional democrático. Na política, vigoram a soberania popular e o princípio majoritário. O domínio da vontade. No direito, vigora o primado da lei (*the rule of law*) e do respeito aos direitos fundamentais. O domínio da razão. A crença mitológica nessa distinção tem resistido ao tempo e às evidências. Ainda hoje, já avançado o século XXI, mantém-se a divisão tradicional entre o espaço da política e o espaço do direito[48]. No plano de sua *criação*, não há como o direito ser separado da política, na medida em que é produto do processo constituinte ou do processo legislativo, isto é, da vontade das maiorias. O direito é, na verdade, um dos principais produtos da política, o troféu pelo qual muitas batalhas são disputadas[49]. Em um Estado de direito, a Constituição e as leis, a um só tempo, legitimam e limitam o poder político.

Já no plano da *aplicação* do direito, sua separação da política é tida como possível e desejável. Tal pretensão se realiza, sobretudo, por mecanismos destinados a evitar a ingerência do poder político sobre a atuação judicial. Isso inclui limitações ao próprio legislador, que não pode editar leis retroativas, destinadas a atingir situações concretas[50]. Essa separação é potencializada por uma visão tradicional e formalista do fenômeno jurídico. Nela se cultivam crenças como a da neutralidade científica, da completude do direito e a da interpretação judicial como um processo puramente mecânico de concretização das normas jurídicas, em valorações estritamente técnicas[51]. Tal perspectiva esteve sob fogo cerrado ao longo de boa parte do século passado, tendo sido criticada por tratar questões políticas como se fossem linguísticas e por ocultar escolhas entre diferentes

48 V. Larry Kramer, *The people themselves*: popular constitutionalism and judicial review, 2004, p. 7.
49 V. Keith E. Whittington, R. Daniel Kelemen e Gregory A. Caldeira (eds.), *The Oxford handbook of law and politics*, 2008, p. 3.
50 Dieter Grimm, *Constituição e política*, 2006, p. 13.
51 O termo *formalismo* é empregado aqui para identificar posições que exerceram grande influência em todo o mundo, como a da Escola da Exegese, na França, a Jurisprudência dos Conceitos, na Alemanha, e o Formalismo Jurídico, nos Estados Unidos, cuja marca essencial era a da concepção mecanicista do direito, com ênfase na lógica formal e grande desconfiança em relação à interpretação judicial.

possibilidades interpretativas por trás do discurso da única solução possível[52]. Mais recentemente, autores diversos têm procurado resgatar o formalismo jurídico, em uma versão requalificada, cuja ênfase é a valorização das regras e a contenção da discricionariedade judicial[53].

II. Constituição e poderes constituídos

A Constituição é o primeiro e principal elemento na interface entre política e direito. Cabe a ela transformar o poder constituinte originário – energia política em estado quase puro, emanada da soberania popular – em poder constituído, que são as instituições do Estado, sujeitas à legalidade jurídica, à *rule of law*. É a Constituição que institui os Poderes do Estado, distribuindo-lhes competências diversas[54]. Dois deles recebem atribuições essencialmente políticas: o Legislativo e o Executivo. Ao Legislativo toca, precipuamente, a criação do direito positivo[55]. Já o Executivo, no sistema presidencialista brasileiro, concentra as funções de chefe de Estado e de chefe de governo, conduzindo com razoável proeminência a política interna e externa. Legislativo e Executivo são o espaço por excelência do processo político majoritário, feito de campanhas eleitorais, debate público e escolhas discricionárias. Um universo no qual o título principal de acesso é o voto: o que elege, reelege ou deixa de fora.

Já ao Poder Judiciário são reservadas atribuições tidas como fundamentalmente técnicas. Ao contrário do chefe do Executivo e dos parlamentares, seus membros não são eleitos. Como regra geral, juízes ingressam na carreira no primeiro grau de jurisdição, mediante concurso público. O acesso aos tribunais de segundo grau se dá por via de promoção, conduzida pelo órgão de cúpula do próprio tribunal[56].

52 Para Brian Z. Tamahana, *Beyond the formalist-realist divide*: the role of politics in judging, 2010, a existência do formalismo jurídico, com as características que lhe são atribuídas, não corresponde à realidade histórica. Segundo ele, ao menos nos Estados Unidos, essa foi uma invenção de alguns realistas jurídicos, que se apresentaram para combater uma concepção que jamais exisitiu, ao menos não com tais características: autonomia e completude do direito, soluções únicas e interpretação mecânica. A tese refoge ao conhecimento convencional e certamente suscitará polêmica.

53 V. Frederick Schauer, Formalism: legal, constitutional, judicial. In: Keith E. Whittington, R. Daniel Kelemen e Gregory A. Caldeira (eds.), *The Oxford handbook of law and politics*, 2008, p. 428-36; e Noel Struchiner, Posturas interpretativas e modelagem institucional: a dignidade (contingente) do formalismo jurídico. In: Daniel Sarmento (coord.), *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*, 2009, p. 463-82. Sobre as ambiguidades do termo *formalismo*, v. Martin Stone, verbete "formalismo". In: Jules Coleman e Scott Shapiro (Eds), *The Oxford handbook of jurisprudence and philosophy of law*, 2002, p. 166-205.

54 O poder constituinte, titularizado pelo povo, elabora a Constituição. A Constituição tem por propósito submeter a política ao direito, impondo a ela regras procedimentais e determinados valores substantivos. Isso não significa, todavia, quer a judicialização plena quer a supressão da política, mas a mera existência de limites, de uma "moldura", como referido por Dieter Grimm, que acrescentou: "[U]ma política totalmente judicializada estaria no fundo despida de seu caráter político e por fim reduzida à administração" (*Constituição e política*, 2006, p. 10).

55 Note-se que no âmbito da atuação política do Legislativo inclui-se, com destaque, a fiscalização do governo e da administração pública. Importante ressaltar, igualmente, que nos países presidencialistas – e no Brasil, especialmente –, o chefe do Executivo tem participação destacada no processo legislativo, seja pela iniciativa seja pelo poder de sanção ou veto. Sobre o tema, v. Clèmerson Merlin Clève, *A atividade legislativa do Poder Executivo*, 2000, p. 99-118.

56 Salvo no tocante ao chamado quinto constitucional, em que há participação do chefe do Executivo

No tocante aos tribunais superiores, a investidura de seus membros sofre maior influência política, mas, ainda assim, está sujeita a parâmetros constitucionais[57]. A atribuição típica do Poder Judiciário consiste na aplicação do direito a situações em que tenha surgido uma disputa, um litígio entre partes. Ao decidir a controvérsia – esse o entendimento tradicional –, o juiz faz prevalecer, no caso concreto, a solução abstratamente prevista na lei. Desempenharia, assim, uma função técnica de conhecimento, de mera declaração de um resultado já previsto, e não uma atividade criativa, suscetível de influência política[58]. Mesmo nos casos de controle de constitucionalidade em tese – isto é, de discussão acerca da validade abstrata de uma lei –, o Judiciário estaria fazendo prevalecer a vontade superior da Constituição sobre a decisão política majoritária do Legislativo.

IV. A pretensão de autonomia do Judiciário e do direito em relação à política

A maior parte dos Estados democráticos do mundo reserva uma parcela de poder político para ser exercido pelo Judiciário, isto é, por agentes públicos que não são eleitos. Quando os órgãos judiciais resolvem disputas entre particulares, determinando, por exemplo, o pagamento de uma indenização por quem causou um acidente, decretando um divórcio ou o despejo de um imóvel, não há muita polêmica sobre a legitimidade do poder que exerce. A Constituição confere a ele competência para solucionar os litígios em geral e é disso que se trata. A questão ganha em complexidade, todavia, quando o Judiciário atua em disputas que envolvem a validade de atos estatais ou nas quais o Estado – isto é, outros órgãos de Poder – seja parte. É o que ocorre quando declara inconstitucional a cobrança de um tributo, suspende a execução de uma obra pública por questões ambientais ou determina a um hospital público que realize tratamento experimental em paciente que solicitou tal providência em juízo. Nesses casos, juízes e tribunais sobrepõem sua vontade à de agentes públicos de outros Poderes, eleitos ou nomeados para o fim específico de fazerem leis, construírem estradas ou definirem as políticas de saúde.

Para blindar a atuação judicial da influência imprópria da política, a cultura jurídica tradicional sempre se utilizou de dois grandes instrumentos: a independência do Judiciário em relação aos órgãos propriamente políticos de governo; e a vinculação ao direito, pela qual juízes e tribunais têm sua atuação determinada pela Constituição e pelas leis. Órgãos judiciais, ensina o conhecimento convencional, não exercem vontade própria, mas concretizam a vontade política majoritária manifestada pelo constituinte ou pelo legislador. A atividade de interpretar e aplicar normas jurídicas é regida por um conjunto

na designação de advogados e membros do Ministério Público para o tribunal (CF, art. 94).

57 Nos tribunais superiores – Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior Eleitoral, Tribunal Superior do Trabalho e Superior Tribunal Militar –, a indicação de seus ministros é feita pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal (exceto no caso do TSE). Ainda assim, existem balizamentos constitucionais, que incluem, conforme o caso, exigências de notório saber jurídico e reputação ilibada, idade e origem funcional. V. CF, arts. 101, 104, 119, 111-A e 123.

58 Sobre a interpretação jurídica como mera função técnica de conhecimento, v. Michel Troper, verbete "Interprétation". In: Denis Alland e Stéphane Rials *Dictionnaire de la culture juridique*, 2003, p. 843.

de princípios, regras, convenções, conceitos e práticas que dão especificidade à ciência do direito ou dogmática jurídica. Esse, portanto, o discurso padrão: juízes são independentes da política e limitam-se a aplicar o direito vigente, de acordo com critérios aceitos pela comunidade jurídica.

1. Independência do Judiciário

A independência do Judiciário é um dos dogmas das democracias contemporâneas. Em todos os países que emergiram de regimes autoritários, um dos tópicos essenciais do receituário para a reconstrução do Estado de direito é a organização de um Judiciário que esteja protegido de pressões políticas e que possa interpretar e aplicar a lei com isenção, baseado em técnicas e princípios aceitos pela comunidade jurídica. Independência e imparcialidade como condições para um *governo de leis*, e não de homens. De leis, e não de *juízes*, fique bem entendido[59]. Para assegurar que assim seja, a Constituição brasileira, por exemplo, confere à magistratura garantias institucionais – que incluem autonomia administrativa e financeira – e funcionais, como a vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de remuneração[60]. Naturalmente, para resguardar a harmonia com outros Poderes, o Judiciário está sujeito a *checks and balances* e, desde a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, ao controle administrativo, financeiro e disciplinar do Conselho Nacional de Justiça. Em uma democracia, todo poder é representativo, o que significa que deve ser transparente e prestar contas à sociedade. Nenhum poder pode estar fora do controle social, sob pena de se tornar um fim em si mesmo, prestando-se ao abuso e a distorções diversas[61].

2. Vinculação ao direito posto e à dogmática jurídica

O mundo do direito tem suas fronteiras demarcadas pela Constituição e seus caminhos determinados pelas leis. Além disso, tem valores, categorias e procedimentos próprios, que pautam e limitam a atuação dos agentes jurídicos, sejam juízes, advogados ou membros do Ministério Público. Pois bem: juízes não inventam o direito do nada. Seu papel é o de aplicar normas que foram

59 Registre-se a aguda observação de Dieter Grimm, ex-juiz da Corte Constitucional alemã: "A garantia constitucional de independência judicial protege os juízes da política, mas não protege o sistema constitucional e a sociedade de juízes que, por razões distintas da pressão política direta, estão dispostos a desobedecer ou distorcer a lei (Dieter Grimm, Constitutions, constitutional courts and constitutional interpretation at the interface of law and politics. In: Bogdan Iancu (ed.), *The law/politics distinction in contemporary public law adjudication*, 2009, p. 26).

60 V. Constituição Federal, arts. 95 e 99. Sobre o tema, v. Luís Roberto Barroso, Constitucionalidade e legitimidade da criação do Conselho Nacional de Justiça, *Interesse Público* 30:13, 2005.

61 Em texto escrito anteriormente à criação do Conselho Nacional de Justiça, e tendo como pano de fundo disputas politizadas ligadas à privatização e aos planos econômicos, escreveu Carlos Santiso, Economic reform and judicial governance in Brazil: balancing independence with accountability. In: Siri Gloppen, Roberto Gargarella e Elin Skaar, *Democratization and the judiciary*, 2004, p. 172 e 177: "Excessiva independência tende a gerar incentivos perversos e insular o Judiciário do contexto político e econômico mais amplo, convertendo-o em uma instituição autárquica, incapaz de responder às demandas sociais. (...) Independência sem responsabilidade política (*accountability*) pode ser parte do problema e não da solução".

positivadas pelo constituinte ou pelo legislador. Ainda quando desempenhem uma função criativa do direito para o caso concreto, deverão fazê-lo à luz dos valores compartilhados pela comunidade a cada tempo. Seu trabalho, portanto, não inclui escolhas livres, arbitrárias ou caprichosas. Seus limites são a vontade majoritária e os valores compartilhados. Na imagem recorrente, juízes de direito são como árbitros desportivos: cabe-lhes valorar fatos, assinalar faltas, validar gols ou pontos, marcar o tempo regulamentar, enfim, assegurar que todos cumpram as regras e que o jogo seja justo. Mas não lhes cabe formular as regras[62]. A metáfora já teve mais prestígio, mas é possível aceitar, para não antecipar a discussão do próximo tópico, que ela seja válida para qualificar a rotina da atividade judicial, embora não as grandes questões constitucionais.

Não está em questão, portanto, que as escolhas políticas devem ser feitas, como regra geral, pelos órgãos eleitos, isto é, pelo Congresso e pelo Presidente. Os tribunais desempenham um papel importante na vida democrática, mas não o papel principal. Dois autores contemporâneos utilizaram expressões que se tornaram emblemáticas para demarcar o papel das cortes constitucionais. Ronald Dworkin referiu-se a "fórum de princípios". Em uma sociedade democrática, algumas questões decisivas devem ser tratadas como questões de princípios – morais ou políticos – e não como questões de poder político, de vontade majoritária. São elas as que envolvem direitos fundamentais das pessoas, e não escolhas gerais sobre como promover o bem-estar social[63]. Já John Rawls explorou a idéia de "razão pública". Em uma democracia pluralista, a razão pública consiste na justificação das decisões políticas sobre questões constitucionais essenciais e sobre questões de justiça básica, como os direitos fundamentais. Ela expressa os argumentos que pessoas com formação política e moral diversa podem acatar, o que exclui, portanto, o emprego de doutrinas abrangentes, como as de caráter religioso ou ideológico[64]. Em suma: questões de princípio devem ser decididas, em última instância, por cortes constitucionais, bom base em argumentos de razão pública.

62 Em uma das audiências que antecederam sua confirmação como Presidente da Suprema Corte americana, em setembro de 2005, John G. Roberts Jr. voltou a empregar essa metáfora frequente: "Juízes são como árbitros desportivos (*umpires*). Eles não fazem as regras; eles as aplicam. O papel de um árbitro, assim como o de um juiz, é muito importante. Eles asseguram que todos joguem de acordo com as regras. Mas é um papel limitado". A passagem está reproduzida em Week in review, *New York Times*, 12 jul. 2009. V. a íntegra do depoimento em http://www.gpoaccess.gov/congress/senate/judiciary/sh109-158/55-56.pdf.

63 V. Ronald Dworkin, *A matter of principle*, 1985, p. 69-71. "A fiscalização judicial assegura que as questões mais fundamentais de moralidade política serão apresentadas e debatidas como questões de princípio, e não apenas de poder político. Essa é uma transformação que não poderá jamais ser integralmente bem-sucedida apenas no âmbito do Legislativo". Por exemplo: a igualdade racial, a igualdade de gênero, a orientação sexual, os direitos reprodutivos, o direito do acusado ao devido processo legal, dentre outras, são questões de princípio, e não de política.

64 John Rawls, *Political liberalism*, 1996, p. 212 e s., especialmente p. 231-40. Nas suas próprias palavras: "(A razão pública) se aplica também, e de forma especial, ao Judiciário e, acima de tudo, à suprema corte, onde haja uma democracia constitucional com controle de constitucionalidade. Isso porque os Ministros têm que explicar e justificar suas decisões, baseadas na sua compreensão da Constituição e das leis e precedentes relevantes. Como os atos do Legislativo e do Executivo não precisam ser justificados dessa forma, o papel especial da Corte a torna um caso exemplar de razão pública". Para uma crítica da visão de Rawls, v. Jeremy Waldron, Public reason and 'justification' in the courtroom, *Journal of Law, Philosophy and Culture* 1:108, 2007.

3. Limites da separação entre direito e política

Direito é, certamente, diferente da política. Mas não é possível ignorar que a linha divisória entre ambos, que existe inquestionavelmente, nem sempre é nítida, e certamente não é fixa[65]. Do ponto de vista da teoria jurídica, tem escassa adesão, nos dias que correm, a crença de que as normas jurídicas tragam sempre em si um sentido único, objetivo, válido para todas as situações sobre as quais incidem. E que, assim, caberia ao intérprete uma atividade de mera revelação do conteúdo preexistente na norma, sem desempenhar qualquer papel criativo na sua concretização. Há praticamente consenso, na doutrina contemporânea, de que a interpretação e aplicação do direito envolvem elementos cognitivos e volitivos. Do ponto de vista funcional, é bem de ver que esse papel de intérprete final e definitivo, em caso de controvérsia, é desempenhado por juízes e tribunais. De modo que o Poder Judiciário e, notadamente, o Supremo Tribunal Federal, desfruta de uma posição de primazia na determinação do sentido e do alcance da Constituição e das leis, pois cabe-lhe dar a palavra final, que vinculará os demais Poderes. Essa *supremacia judicial* quanto à determinação do que é o direito envolve, por evidente, o exercício de um poder político, com todas as suas implicações para a legitimidade democrática[66].

Parte III

Direito e política: o modelo real

I. Os laços inevitáveis: a lei e sua interpretação como atos de vontade

No mundo romano-germânico, é comum fazer-se referência ao direito como uma ciência. A afirmação pode ser aceita, ainda que com reserva, se o termo ciência for tomado no sentido de um conjunto organizado de conhecimentos, que guarda uma lógica interna e tem princípios, conceitos e categorias específicos, unificados em uma terminologia própria. Mas é intuitiva a distinção a ser feita em relação às ciências da natureza. Essas últimas são domínios que lidam com fenômenos que se ordenam independentemente da vontade humana, seja o legislador, o público em geral ou o intérprete. São ciências que se destinam a explicar o que lá já está. Sem pretender subestimar complexidades epistemológicas, são domínios em que o anseio científico por objetividade e comprovação imparcial se realiza mais intensamente. Já o direito se insere no campo das ciências sociais e tem, sobretudo, uma pretensão prescritiva: ele procura moldar a vida de acordo com suas normas. E normas jurídicas não são reveladas, mas, sim, criadas por decisões e escolhas políticas, tendo em

65 V. Eduardo Mendonça, A inserção da jurisdição constitucional na democracia: algum lugar entre o direito e a política, *Revista de direito do Estado* 13:211, 2009, p. 212.

66 Sobre o conceito de legitimidade e sua evolução, v. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, 2008, *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno*, p. 33-47.

vista determinadas circunstâncias e visando determinados fins. E, por terem caráter prospectivo, precisarão ser interpretadas no futuro, tendo em conta fatos e casos concretos.

Como consequência, tanto a criação quanto a aplicação do direito dependem da atuação de um sujeito, seja o legislador ou o intérprete. A legislação, como ato de vontade humana, expressará os interesses dominantes – ou, se se preferir, o interesse público, tal como compreendido pela maioria, em um dado momento e lugar. E a jurisdição, que é a interpretação final do direito aplicável, expressará, em maior ou menor intensidade, a compreensão particular do juiz ou do tribunal acerca do sentido das normas. Diante de tais premissas, é possível extrair uma conclusão parcial bastante óbvia, ainda que frequentemente encoberta: o mantra repetido pela comunidade jurídica mais tradicional de que o direito é diverso da política exige um complemento. É distinto, sim, e por certo; mas não é isolado dela. Suas órbitas se cruzam e, nos momentos mais dramáticos, se chocam, produzindo vítimas de um ou dos dois lados: a justiça e a segurança jurídica, que movem o direito; ou a soberania popular e a legitimidade democrática, que devem conduzir a política. A seguir exploram-se diferentes aspectos dessa relação. Alguns deles são ligados à teoria do direito e da interpretação, e outros às circunstâncias dos juízes e órgãos julgadores.

II. A interpretação jurídica e suas complexidades: o encontro não marcado entre o direito e a política

1. A linguagem aberta dos textos jurídicos

A linguagem jurídica, como a linguagem em geral, utiliza-se de signos que precisam ser interpretados. Tais signos, muitas vezes, possuem determinados sentidos consensuais ou de baixo grau de controvérsia. Embora nem sempre as coisas sejam simples como parecem, há pouca dúvida do que signifique município, orçamento ou previdência complementar. Mas a Constituição se utiliza, igualmente, de inúmeras cláusulas abertas, que incluem conceitos jurídicos indeterminados e princípios. Calamidade pública, relevância e urgência ou crime político são conceitos que transmitem uma ideia inicial de sentido, mas que precisam ser integrados à luz dos elementos do caso concreto. E, em relação a eles, embora possam existir certezas positivas e negativas sobre o que significam ou deixam de significar, é indiscutível que há uma ampla área de penumbra que se presta a valorações que não poderão refugir a algum grau de subjetividade. O fenômeno se repete com maior intensidade quando se trate de princípios constitucionais, com sua intensa carga axiológica, como dignidade da pessoa humana, moralidade administrativa ou solidariedade social. Também aqui será impossível falar em sentidos claros e unívocos. Na interpretação de normas cuja linguagem é aberta e elástica, o direito perde muito da sua objetividade e abre espaço para valorações do intérprete. O fato de existir consenso de que ao atribuir

sentido a conceitos indeterminados e a princípios não deve o juiz utilizar-se dos seus próprios valores morais e políticos não elimina riscos e complexidades, funcionando como uma bússola de papel.

2. Os desacordos morais razoáveis

Além dos problemas de ambiguidade da linguagem, que envolvem a determinação semântica de sentido da norma, existem, também, em uma sociedade pluralista e diversificada, o que se tem denominado de desacordo moral razoável[67]. Pessoas bem intencionadas e esclarecidas, em relação a múltiplas matérias, pensam de maneira radicalmente contrária, sem conciliação possível. Cláusulas constitucionais como direito à vida, dignidade da pessoa humana ou igualdade dão margem a construções hermenêuticas distintas, por vezes contrapostas, de acordo com a pré-compreensão do intérprete. Esse fenômeno se revela em questões que são controvertidas em todo o mundo, inclusive no Brasil, como, por exemplo, interrupção de gestação, pesquisas com células-tronco embrionárias, eutanásia/ortotanásia, uniões homoafetivas, em meio a inúmeras outras. Nessas matérias, como regra geral, o papel do direito e do Estado deve ser o de assegurar que cada pessoa possa viver sua autonomia da vontade e suas crenças. Ainda assim, inúmeras complexidades surgem, motivadas por visões filosóficas e religiosas diversas.

3. As colisões de normas constitucionais

Constituições são documentos dialéticos e compromissórios, que consagram valores e interesses diversos, que eventualmente entram em rota de colisão. Essas colisões podem se dar, em primeiro lugar, entre princípios ou interesses constitucionalmente protegidos. É o caso, por exemplo, da tensão entre desenvolvimento nacional e proteção do meio-ambiente ou entre livre-iniciativa e repressão ao abuso do poder econômico. Também é possível a colisão entre direitos fundamentais, como a liberdade de expressão e o direito de privacidade, ou entre a liberdade de reunião e o direito de ir e vir (no caso, imagine-se, de uma passeata que bloqueie integralmente uma via de trânsito essencial). Por fim, é possível cogitar de colisão de direitos fundamentais com certos princípios ou interesses constitucionalmente protegidos, como o caso da liberdade individual, de um lado, e a segurança pública e a persecução penal, de outro. Em todos esses exemplos, à vista do princípio da unidade da Constituição, o intérprete não pode escolher arbitrariamente um dos lados, já que não há hierarquia entre normas constitucionais. De modo que ele precisará demonstrar, argumentativamente, à luz dos elementos do caso concreto, mediante ponderação e uso da proporcionalidade, que determinada solução realiza mais adequadamente a vontade da Constituição, naquela situação específica.

67 Sobre o tema, na literatura mais recente, v. Christopher McMahon, *Reasonable disagreement: a theory of political morality*, 2009; e Folke Tersman, *Moral disagreement*, 2006.

Todas essas hipóteses referidas acima - ambiguidade da linguagem, desacordo moral e colisões de normas - recaem em uma categoria geral que tem sido referida como casos difíceis (*hard cases*)[68]. Nos casos fáceis, a identificação do efeito jurídico decorrente da incidência da norma sobre os fatos relevantes envolve uma operação simples, de mera subsunção. O proprietário de um imóvel urbano deve pagar imposto predial. A Constituição não permite ao Chefe do Executivo um terceiro mandato. Já os casos difíceis envolvem situações para as quais não existe uma solução acabada no ordenamento jurídico. Ela precisa ser construída argumentativamente, por não resultar do mero enquadramento do fato à norma. Pode um artista, em nome do direito de privacidade, impedir a divulgação de sua biografia, escrita por um pesquisador? Pode o autor de uma ação de investigação de paternidade exigir que o indigitado pai se submeta coativamente a exame de DNA? Em ambos os casos, que envolvem questões constitucionais - privacidade, liberdade de expressão, direitos da personalidade, liberdade individual - a solução para a disputa não é encontrável pré-pronta no sistema jurídico: ela precisa ser desenvolvida justificadamente pelo intérprete.

4. A interpretação constitucional e seus métodos

Em todas as hipóteses referidas acima, envolvendo casos difíceis, o sentido da norma precisará ser fixado pelo juiz. Como se registrou, são situações em que a solução não estará pronta em uma prateleira jurídica e, portanto, exigirá uma atuação criativa do intérprete, que deverá argumentativamente justificar seu itinerário lógico e suas escolhas. Se a solução não está integralmente na norma, o juiz terá de recorrer a elementos externos ao direito posto, em busca do justo, do bem, do legítimo. Ou seja, sua atuação terá de se valer da filosofia moral e da filosofia política. Mesmo admitida esta premissa - a de que o juiz, ao menos em certos casos, precisa recorrer a elementos extrajurídicos -, ainda assim se vai verificar que diferentes juízes adotam diferentes métodos de interpretação. Há juízes que pretendem extrair da Constituição suas melhores potencialidades, realizando na maior extensão possível os princípios e direitos fundamentais. Há outros que entendem mais adequado não ler na Constituição o que nela não está de modo claro ou expresso, prestando maior deferência ao legislador ordinário[69]. Uma pesquisa empírica revelará, sem surpresa, que os mesmos juízes nem sempre

68 Sobre o tema, v. Ronald Dworkin, *Taking rights seriiusly*, 1997, p. 81 e s.; e Aharon Barak, *The judge in a democracy*, 2006, p. xiii e s.

69 Cass Sunstein, *Radicals in robes*, 2005, identifica quatro abordagens no debate constitucional: perfeccionismo, majoritarianismo, minimialismo e fundamentalismo. O perfeccionismo, adotado por muitos juristas progressistas, quer fazer da Constituição "o melhor que ela possa ser". O majoritarianismo pretende diminuir o papel da Suprema Corte e favorecer o processo político democrático, cujo centro de gravidade estaria no Legislativo. O minimalismo é cético acerca de teorias interpretativas e acredita em decisões menos abrangentes, focadas no caso concreto e não em proposições amplas. O fundamentalismo procura interpretar a Constituição dando-lhe o sentido que tinha quando foi ratificada. Para uma dura crítica ao minimalismo defendido por Sunstein, v. Ronald Dworkin, Looking for Cass Sunstein, *The New York Review of Books* 56, 30 abr. 2009 (também disponível em http://www.nybooks.com/articles/22636).

adotam os mesmos métodos de interpretação[70]. Seu método ou filosofia judicial é mera racionalização da decisão que tomou por outras razões[71]. E aí surge uma nova variável: o resultado baseado não no princípio, mas no fim, no resultado[72].

Nesse ponto, impossível não registrar a tentação de se abrir espaço para o debate acerca de uma das principais correntes filosóficas do direito contemporâneo: o *pragmatismo jurídico*, com seu elemento constitutivo essencial, que é o consequencialismo. Para essa concepção, as consequências e resultados práticos das decisões judiciais, assim em relação ao caso concreto como ao sistema como um todo, devem ser o fator decisivo na atuação dos juízes e tribunais[73]. O pragmatismo jurídico afasta-se do debate filosófico em geral, seja moral ou político – inclusive o que mobilizou jusnaturalistas e positivistas em torno da resposta à pergunta "o que é o direito?" – e se alinha a um empreendimento teórico distinto, cuja indagação central é: "como os juízes devem decidir?"[74]. Não é o caso, aqui, de se objetar que uma coisa não exclui a outra. A realidade incontornável, na circunstância presente, é que o desvio que conduz ao debate sobre o pragmatismo jurídico não poderá ser feito no âmbito desse trabalho. E isso não apenas por afastá-lo do seu eixo central, como também pela complexidade da tarefa de qualificar o que seja pragmatismo jurídico e de sistematizar as diferentes correntes que reivindicam o rótulo.

---

70 Sobre o ponto, v. Alexandre Garrido da Silva, Minimalismo, democracia e *expertise*: o Supremo Tribunal Federal diante de questões políticas e científicas complexas, *Revista de direito do Estado* 12:107, p. 139: "É importante destacar que não há um magistrado que em sua prática jurisdicional seja sempre minimalista ou perfeccionista. Nos casos da fidelidade partidária, da cláusula de barreira e da inelegibilidade, por exemplo, o Min. Eros Grau assumiu um posicionamento nitidamente minimalista e formalista, ao passo que no caso do amianto aproximou-se, conforme foi visto, do modelo perfeccionista".

71 Para essa visão cética, v. Richard A. Posner, *How judges think*, 2008, p. 13, onde registrou que as filosofias judiciais "são ou racionalizações para decisões tomadas por outros fundamentos ou armas retóricas".

72 V., ainda uma vez, Alexandre Garrido da Silva, Minimalismo, democracia e *expertise*: o Supremo Tribunal Federal diante de questões políticas e científicas complexas, *Revista de Direito do Estado* 12:107, p. 139: "Frequentemente, os juízes tendem a fazer um uso estratégico dos modelos anteriormente descritos tendo em vista fins previamente escolhidos, ou seja, optam pragmaticamente pelo modelo mais adequado para a resolução do problema enfrentado no caso concreto". Sobre o consequencialismo – isto é, o processo decisório fundado no resultado –, v. Diego Werneck Arguelles, *Deuses pragmáticos, mortais formalistas:* a justificação consequencialista das decisões judiciais, dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em direito Público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, mimeografado, 2006.

73 Sobre o pragmatismo filosófico, v. Richard Rorty, *Consequences of pragmatism*, 1982. Sobre o pragmatismo jurídico, no debate norte-americano, vejam-se, dentre muitos: Richard Posner, *Law, pragmatism and democracy*, 2003; e Jules Coleman, *The practice of principle: in defence of a pragmatic approach to legal theory*, 2001. Em língua portuguesa, v. Diego Werneck Arguelhes e Fernando Leal, Pragmatismo como [meta] teoria normativa da decisão judicial: caracterização, estratégia e implicações. In: Daniel Sarmento (coord.), *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*, 2009; Thamy Pogrebinschi, *Pragmatismo:* teoria social e política, 2005; e Cláudio Pereira de Souza Neto, A interpretação constitucional contemporânea entre o construtivismo e o pragmatismo. In: Maia, Melo, Cittadino e Pogrebinschi (orgs.), *Perspectivas atuais da filosofia do direito*, 2005.

74 Sobre esse ponto específico, v. Diego Werneck Arguelhes e Fernando Leal, Pragmatismo como [meta] teoria normativa da decisão judicial: caracterização, estratégia e implicações. In: Daniel Sarmento (coord.), *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*, 2009, p. 175 e 187.

III. O juiz e suas circunstâncias: influências políticas em um julgamento[75]

No modelo idealizado, o direito é imune às influências da política, por força de diferentes institutos e mecanismos. Basicamente, eles consistiriam: na independência do Judiciário e na vinculação do juiz ao sistema jurídico. A independência se manifesta, como assinalado, em garantias institucionais – como a autonomia administrativa e financeira – e garantias funcionais dos juízes, como a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídios. Como regra geral, a investidura e a ascensão na carreira da magistratura se dá por critérios técnicos ou por valorações *interna corporis*. Nos casos em que há participação política na nomeação de magistrados para tribunais, ela se esgota após a posse, pois a permanência vitalícia do magistrado no cargo já não dependerá de qualquer novo juízo político. A autonomia e especificidade do universo jurídico, por sua vez, consistem em um conjunto de doutrinas, categorias e princípios próprios, manejados por juristas em geral – aí incluídos juízes, advogados, membros do Ministério Público e demais participantes do processo jurídico e judicial – que não se confundem com os da política. Trata-se de um discurso e de um código de relação diferenciados. Julgar é distinto de legislar e de administrar. Juízes não criam o direito nem definem as ações administrativas. Seu papel é aplicar a Constituição e as leis, valendo-se de um conjunto de institutos consolidados de longa data, sendo que a jurisprudência desempenha, crescentemente, um papel limitador dessa atuação, pela vinculação aos precedentes. Direito e política, nessa visão, constituem mundos apartados.

Há um modelo oposto a esse, que se poderia denominar de modelo cético, que descrê da autonomia do direito em relação à política e aos fenômenos sociais em geral. Esse é o ponto de vista professado por movimentos teóricos de expressão, como o realismo jurídico, a teoria crítica e boa parte das ciências sociais contemporâneas. Todos eles procuram descrever o mundo jurídico e as decisões judiciais como são, e não como deveriam ser. Afirmam, assim, que a crença na objetividade do direito e a existência de soluções prontas no ordenamento jurídico não passam de mitos. Não é verdade que o direito seja um sistema de regras e de princípios harmônicos, de onde um juiz imparcial e apolítico colhe as soluções adequadas para os problemas, livre de influências externas. Essa é uma fantasia do formalismo jurídico. Decisões judiciais refletem as preferências pessoais dos juízes, proclama o realismo jurídico; são essencialmente políticas, verbera a teoria crítica; são influenciadas por inúmeros fatores extrajurídicos, registram os cientistas sociais. Todo *caso difícil* pode ter mais de uma solução razoável construída pelo intérprete, e a solução que ele produzirá será, em última análise, aquela que melhor atenda a suas preferências pessoais, sua ideologia ou outros fatores externos, como os de natureza institucional. Ele sempre agirá assim, tenha ou não consciência do que está fazendo.

O modelo real, como não é difícil de intuir, terá uma dose razoável de cada uma das visões extremas descritas acima. O direito pode e deve ter uma vigorosa

75 As ideias que se seguem beneficiaram-se, intensamente, das formulações contidas em Barry Friedman, The politics of judicial review, *Texas Law Review* 84:257, 2005.

pretensão de autonomia em relação à política. Isso é essencial para a subsistência do conceito de Estado de direito e para a confiança da sociedade nas instituições judiciais. A realidade, contudo, revela que essa autonomia será sempre relativa. Existem razões institucionais, funcionais e humanas para que seja assim. Decisões judiciais, com frequência, refletirão fatores extrajurídicos. Dentre eles incluem-se os valores pessoais e ideológicos do juiz, assim como outros elementos de natureza política e institucional. Por longo tempo, a teoria do direito procurou negar esse fato, a despeito das muitas evidências. Pois bem: a energia despendida na construção de um muro de separação entre o direito e a política deve voltar-se agora para outra empreitada[76]. Cuida-se de entender melhor os mecanismos dessa relação intensa e inevitável, com o propósito relevante de preservar, no que é essencial, a especificidade e, sobretudo, a integridade do direito[77]. Pois é justamente este o objetivo do presente tópico: analisar alguns desses elementos metajurídicos que influenciam ou podem influenciar as decisões judiciais. Confira-se a sistematização a seguir.

1. Valores e ideologia do juiz

Como assinalado, o realismo jurídico, um dos mais importantes movimentos teóricos do direito no século XX, contribuiu decisivamente para a superação do formalismo jurídico e da crença de que a atividade judicial seria mecânica, acrítica e unívoca. Enfatizando que o direito tem ambiguidades e contradições, o realismo sustentava que a lei não é o único – e, em muitos casos, sequer o mais importante – fator a influenciar uma decisão judicial. Em uma multiplicidade de hipóteses, é o juiz que faz a escolha do resultado, à luz de suas intuições, personalidade, preferências e preconceitos[78]. Em linha análoga, mas dando proeminência absoluta ao elemento político, a teoria crítica[79], no mundo romano-germânico, e os *critical legal studies*, nos Estados Unidos, sustentaram que decisões judiciais não passam de escolhas políticas, encobertas por um discurso que procura exibir neutralidade[80]. Tanto o realismo quanto a teoria crítica refluíram drasticamente nas últimas décadas, mas deixaram uma marca indelével no pensamento jurídico contemporâneo[81]. Mais

76 V. Barry Friedman, The politics of judicial review, *Texas Law Review* 84:257, 2005, p. 267 e p. 269, onde averbou: "Se, como os juristas vêm crescentemente reconhecendo, direito e política não podem ser mantidos separados, ainda precisamos de uma teoria que possa integrá-los, sem abrir mão dos compromissos com o Estado de direito que esta sociedade tanto preza".

77 Sobre a ideia de direito como integridade, v. Ronald Dworkin, *O império do direito*, 1999, p. 271-331.

78 Sobre o tema, v. William W. Fisher III et. Al (eds.), *American Legal realism*, 1993, 164-5; Oliver Wendel Holmes, Jr., The path of the law, *Harvard Law Review* 10:457, 1897; Karl Llewellyn, Some realism about realism – responding to Dean Pound, *Harvard Law Review* 44: 1222, 1931; e Jerome Frank, What courts do in fact, *Illinois Law Review* 26:645, 1932. Para uma análise da incorporação de ideias do realismo jurídico americano no Brasil, sua "assimilação antropofágica", v. Paulo Macedo Garcia Neto, *A influência do realismo jurídico americano no direito constitucional brasileiro*, mimeografado, dissertação de mestrado apresentada na Universidade de São Paulo, sob orientação do Professor José Reinaldo Lima Lopes.

79 V. Michel Miaille, *Introdução crítica ao direito*, 1989; Carlos Maria Cárcova, *Teorías jurídicas alternativas:* escritos sobre derecho y política, 1993; e Luiz Fernando Coelho, *Teoria crítica do direito*, 1991.

80 V. Duncan Kennedy, Legal education and the reproduction of hierarchy, *Journal of Legal Education* 32:591, 1982; Mark Tushnet, Critical legal studies: a political history, *Yale Law Journal* 100:1515, 1991.

81 V. Jeremy Waldron, Public reason and 'justification' in the courtroom, *Journal of Law, Philosophy and Culture* 1:107,

recentemente, um conjunto de estudos empíricos, oriundos, sobretudo, da ciência política, recolocaram no centro do debate jurídico o tema dos valores, preferências e ideologia do juiz na determinação do resultado de casos judiciais[82].

Há, de fato, quem sustente ser mais fácil saber um voto ou uma decisão pelo nome do juiz do que pela tese jurídica aplicável[83]. Essa visão cética acarreta duas consequências negativas: deslegitima a função judicial e libera os juízes para fazerem o que quiserem[84]. Há uma razão subjetiva e outra objetiva que se pode opor a esse ponto de vista. A primeira: é possível assumir, como regra geral, que juízes verdadeiramente vocacionados têm como motivação primária e principal a interpretação adequada do direito vigente, com a valoração imparcial dos elementos fáticos e jurídicos relevantes[85]. Não se deve minimizar esse sentido de dever que move as pessoas de bem em uma sociedade civilizada. Em segundo lugar, o direito – a Constituição, as leis, a jurisprudência, os elementos e métodos de interpretação – sempre desempenhará uma função limitadora. O discurso normativo e a dogmática jurídica são autônomos em relação às preferências pessoais do julgador. Por exemplo: o desejo de punir uma determinada conduta não é capaz de superar a ocorrência de prescrição. O ímpeto de conhecer e julgar uma causa não muda a regra sobre legitimação ativa ou sobre prejudicialidade[86]. De modo que o sentimento pessoal de cumprir o próprio dever e a força vinculante do direito são elementos decisivos na atuação judicial. Mas há que se reconhecer que não são únicos.

Com efeito, a observação atenta, a prática política e pesquisas empíricas confirmam o que sempre foi possível intuir: os valores pessoais e a ideologia dos juízes influenciam, em certos casos de maneira decisiva, o resultado dos julgamentos. Por exemplo: na apreciação da constitucionalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias, a posição contrária à lei que as autorizava foi liderada por Ministro ligado historicamente ao pensamento e à militância católica[87], sendo certo que a Igreja se opõe às investigações científicas dessa natureza[88]. Nos Estados

2007, p. 127: "A maioria dos juristas contemporâneos não aceita a visão crítica do realismo jurídico".

82 V. Cass Sunstein, David Schkade, Lisa M. Ellman e Andres Sawicki, *Are judges political? An empirical analysis of the Federal Judiciary*, 2006; e Thomas J. Miles e Cass Sunstein, The new legal realism. *Public Law and Legal Theory Working Paper nº 191*, dezembro de 2007. V. sítio http://ssrn.com/abstract_id=1070283, acesso em 16 ago. 2009.

83 Robert H. Bork, *Coercing virtue:* the worldwide rule of judges, 2003, p. 9.

84 Michael Dorf, *No litmus test:* Law versus politics in the twentieth century, 2006, xix.

85 Barry Friedman, The politics of judicial review. *Texas Law Review* 84:257, 2005, p. 270.

86 Foi o que ocorreu, por exemplo, em ação direta de inconstitucionalidade em que se questionava lei que, supostamente, impediria o reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas como entidade familiar. O Ministro Relator, claramente contrariado, viu-se na contingência de extinguir a ação, pois a superveniência do novo Código Civil revogou a lei impugnada (STF, *DJ* 9 fev. 2006, ADI 3300 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática). O mesmo se passou em *habeas corpus* no qual se discutia a legitimidade da interrupção da gestação na hipótese de feto anencefálico. O Relator chegou a divulgar o seu voto favorável ao direito de escolha da mulher, mas a ocorrência do parto, seguido do óbito, anteriormente ao julgamento, impediu a sua realização (STF, *DJ* 25 jun.2004, HC 84.025-6/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa).

87 A referência é ao saudoso Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, falecido em setembro de 2009.

88 Na Adin nº 3.510, na qual se questionou a constitucionalidade do dispositivo legal que autorizava as pesquisas, a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, representada pelo Professor Ives Gandra da Silva Martins, foi admitida como *amicus curiae* e pediu a procedência da ação.

Unidos, fez parte da estratégia conservadora, iniciada com a posse de Ronald Reagan, em 1981, nomear para a Suprema Corte Ministros que pudessem reverter decisões judiciais consideradas progressistas, em temas como ações afirmativas, aborto e direitos dos acusados em processos criminais[89]. Inúmeras pesquisas, no Brasil[90] e nos Estados Unidos[91], confirmam que as preferências políticas dos juízes constituem uma das variáveis mais relevantes para as decisões judiciais, notadamente nos casos difíceis. É de se registrar que o processo psicológico que conduz a uma decisão pode ser consciente ou inconsciente[92].

Note-se que, no Brasil, ao contrário dos Estados Unidos, o carimbo político é menos relevante ou, no mínimo, menos visível, na medida em que a maior parte dos cargos no Judiciário são preenchidos mediante concurso público e promoções internas[93]. Mas não é esse o caso das nomeações para o Supremo Tribunal Federal, em que os parâmetros constitucionais são vagos - reputação ilibada e notável saber jurídico - e a escolha pessoal do Presidente é o fator mais importante, sem embargo da aprovação pelo Senado Federal. Na literatura norte-americana, tem sido destacada a importância do gênero e da raça na determinação de certos padrões decisórios do juiz. No caso brasileiro, em tribunais superiores, em geral, e no STF, em particular, a origem profissional do Ministro imprime características perceptíveis na sua atuação judicial: Ministros que vêm da Magistratura, do Ministério Público, da advocacia privada, da advocacia pública ou da academia tendem a refletir, no exercício da jurisdição, a influência de experiências pretéritas[94]. Note-se, todavia, em desfecho do tópico, que eventuais preferências políticas do juiz são contidas não apenas por sua subordinação aos sentidos mínimos das normas constitucionais e legais, como também por fatores extrajudiciais, dentre os quais se podem destacar: a interação com outros atores políticos e institucionais, a perspectiva de cumprimento efetivo da decisão, as circunstâncias internas dos órgãos colegiados e a opinião pública.

---

89 Robert Post. Roe rage: democratic constitutionalism and backlash, *Harvard Civil Rigts-Civil Liberties Law Review* 42:373, 2007, p. 9: "É bem documentado que o Departamento de Justiça, durante o Governo Reagan, de maneira pré-ordenada e bem-sucedida utilizou as nomeações de juízes para alterar as práticas então predominantes em termos de interpretação constitucional".

90 Alexandre Garrido da Silva, Minimalismo, democracia e *expertise*: o Supremo Tribunal Federal diante de questões políticas e científicas complexas, *Revista de Direito do Estado* 12:107, 2008.

91 Theodore W. Ruger, Pauline T. Kim, Andrew D. Martin e Kevin M. Quinn, The Supreme Court Forecasting Project: legal and political science approaches to predicting Supreme Courte decisionmaking, *Columbia Law Review* 104:1150, 2004.

92 Ao produzir uma decisão, o juiz atua dentro de um universo cognitivo próprio, que inclui sua formação moral e intelectual, suas experiências passadas, sua visão de mundo e suas crenças. Tais fatores podem levá-lo, inconscientemente, a desejar um resultado e procurar realizá-lo. Tal fenômeno é diverso do que se manifesta na vontade consciente e deliberada de produzir determinado resultado, ainda que não seja o que se considera juridicamente melhor, com o propósito de agradar a quem quer que seja ou para a satisfação de sentimento pessoal. Nessa segunda hipótese, como intuitivo, a conduta não será legítima. Sobre o ponto, v. Brian Z. Tamanaha, *Beyond the formalist-realist divide*: the role of politics in judging, 2010, p. 187-8.

93 Nos EUA, os juízes federais são indicados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado. No plano estadual, muitos são eleitos e outros são nomeados.

94 Um exemplo, colhido na composição atual do STF: Ministros que têm sua origem funcional no Ministério Público - como os Ministros Joaquim Barbosa e Ellen Gracie - têm uma visão mais rígida em matéria penal do que os que vêm da advocacia privada ou da academia, como Carlos Ayres Britto e Eros Grau.

2. Interação com outros atores políticos e institucionais

Como se vem enfatizando até aqui, decisões judiciais são influenciadas por fatores múltiplos. Tribunais não são guardiães de um direito que não sofre o influxo da realidade, das maiorias políticas e dos múltiplos atores de uma sociedade plural. Órgãos, entidades e pessoas que se mobilizam, atuam e reagem. Dentre eles é possível mencionar, exemplificativamente, os Poderes Legislativo e Executivo, o Ministério Público, os Estados da Federação e entidades da sociedade civil. Todos eles se manifestam, nos autos ou fora deles, procurando fazer valer seus direitos, interesses e preferências. Atuam por meios formais e informais. E o Supremo Tribunal Federal, como a generalidade das cortes constitucionais, não vive fora do contexto político-institucional sobre o qual sua atuação repercute. Diante disso, o papel e as motivações da Corte sofrem a influência de fatores como, por exemplo: a preservação e, por vezes, a expansão de seu próprio poder; a interação com outros Poderes, instituições ou entes estatais; e as consequências práticas de seus julgados, inclusive e notadamente, a perspectiva de seu efetivo cumprimento.

2.1. Preservação ou expansão do poder da Corte

O primeiro impulso natural do poder é a autoconservação. É intuitivo, assim, que um tribunal, em suas relações com os outros atores políticos, institucionais ou sociais, procure demarcar e preservar seu espaço de atuação e sua autoridade, quer pelo acolhimento de reclamações[95], quer pela reafirmação de sua jurisprudência. Alguns exemplos comprovam o argumento. Após haver cancelado a Súmula nº 394, excluindo do *foro privilegiado* os agentes públicos que deixassem o exercício da função[96], o STF invalidou lei editada pelo Congresso Nacional que restabelecia a orientação anterior. O acórdão considerou haver usurpação de sua função de intérprete final da Constituição[97]. Em outro caso, o STF considerou inconstitucional dispositivo legal que impedia a progressão de regime em caso de crime hediondo[98]. Decisão do juiz de direito de Rio Branco, no Acre, deixou de aplicar a nova orientação, sob o argumento de que a declaração de inconstitucionalidade fora incidental e não produzia efeitos vinculantes. A Corte reagiu, e não apenas desautorizou o pronunciamento específico do magistrado estadual, como deu início a uma discussão de mais largo alcance sobre a atribuição

95 A reclamação é o remédio jurídico previsto na Constituição e regulamentado pela Lei nº 8.038/90, pela Lei nº 11.417/06 e pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, cujo objeto é a preservação da competência da Corte, a garantia da autoridade de suas decisões e a observância do entendimento consolidado em súmula vinculante (CF/88, arts. 102, I, *l*, e 103-A, § 3º).

96 Súmula n. 394: "Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício". O cancelamento se deu em decisão proferida em 1999. V. STF, *DJ* 9 nov. 2001, QO no Inq 687/DF, Rel. Min. Sydney Sanches.

97 STF, *DJ* 19 dez. 2006, ADIn 2.797, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

98 STF, *DJ* 1 set. 2006, HC 82.959, Rel. Min. Marco Aurélio. Decisão constante do sítio do STF: http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=169&dataPublicacaoDj=01/09/2006&numProcesso=82959&siglaClasse=HC&codRecurso=0&tipoJulgamento=M&codCapitulo=5&numMateria=27&codMateria=1).

de efeitos vinculantes e *erga omnes* à sua decisão de inconstitucionalidade, mesmo que no controle incidental, retirando do Senado a atribuição de suspender a lei considerada inválida[99]. Um terceiro e último exemplo: após haver concedido *habeas corpus* a um banqueiro, preso temporariamente ao final de uma polêmica operação policial, o STF considerou afronta à Corte a decretação, horas depois, de nova prisão, dessa vez de natureza preventiva, ordenada pelo mesmo juiz, e concedeu um segundo *habeas corpus*[100].

O segundo impulso natural do poder é a expansão[101]. No caso brasileiro, esse movimento de ampliação do Poder Judiciário, particularmente do Supremo Tribunal Federal, tem sido contemporâneo da retração do Legislativo, que passa por uma crise de funcionalidade e de representatividade. Nesse vácuo de poder, fruto da dificuldade de o Congresso Nacional formar maiorias consistentes e legislar, a corte suprema tem produzido decisões que podem ser reputadas ativistas, tal como identificado o fenômeno em tópico anterior[102]. Exemplos emblemáticos e sempre lembrados são os dos julgamentos da fidelidade partidária - em que o STF criou, por interpretação do princípio democrático, uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar[103] - e do nepotismo, em que a Corte, com base na interpretação dos princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade, estabeleceu a vedação do nepotismo nos três Poderes[104]. Ações como as que tratam da legitimidade da interrupção da gestação em caso de feto anencefálico[105] e da extensão do regime da união estável às uniões homoafetivas[106] também envolvem uma atuação quase normativa do Supremo Tribunal Federal. Tudo sem mencionar a mudança jurisprudencial em tema de mandado de

99 STF, Rcl nº 4.335, Rel. Min. Gilmar Mendes. Em setembro de 2009, o processo se encontrava com vista para o Ministro Ricardo Lewandowski. Haviam votado favoravelmente ao caráter vinculante da decisão do STF, mesmo que em controle incidental de constitucionalidade, os Ministro Gilmar Mendes e Eros Grau. Divergiram, no particular, os Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa.

100 Med. Caut. no HC 95.009-4 - São Paulo, Rel. Min. Eros Grau. A decisão concessiva de ambos os *habeas corpus* foram do Presidente do Tribunal, Ministro Gilmar Mendes, em razão do recesso de julho.

101 V. Tom Ginsburg, *Judicial review in new democracies: constitutional courts in Asian cases*, 2003. Em resenha sobre diferentes livros versando o tema da judicialização, Shannon Roesler, em Permutations of judicial Power: the new constitutionalism and the expansion of judicial authority, *Law and Social Inquiry* 32:557, assim descreveu a posição de Ginsburg: "Os juízes são atores estratégicos que buscam aumentar seu poder em vez de interpretar e aplicar normas de acordo com a intenção ou os interesses originais dos agentes eleitos que as elaboraram. (...) Uma das premissas dessa abordagem é que os juízes vão buscar aumentar o poder de um tribunal, mesmo que divirjam entre si quanto ao direito substantivo" (tradução livre, texto ligeiramente editado).

102 Nesse sentido, v. também Forum de Grupos de Pesquisa em direito Constitucional e Teoria do direito, *Anais do I Forum de Grupos de Pesquisa em direito Constitucional e Teoria do direito*. Rio de Janeiro: Faculdade Nacional de direito, 2009, p. 54: "A hipótese assumida na investigação reconhece, por parte dos integrantes do Supremo Tribunal Federal, sim um 'ativismo', mas de caráter jurisdicional. Isto é, um procedimento, construído a partir das mais relevantes decisões, objetivando, precipuamente, não a concretização de direitos, mas o alargamento de sua competência institucional". Pesquisa "A judicialização da política e o ativismo judicial no Brasil", conduzida por Alexandre Garrido da Silva et. al.

103 STF *DJ* 17 out. 2008, MS nº 26602/DF, Rel. Min. Eros Grau; *DJ* 19 dez. 2008, MS nº 26603/DF, Rel. Min. Celso de Mello; e *DJ* 3 out. 2008, MS nº 26604/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia.

104 STF, *DJ* 18 dez.2009, ADC 12, Rel. Min. Carlos Britto; e *DJ* 24 out.2009. RE 579.951/RN, Rel. Min. Ricardo Lewandowski.

105 STF, ADPF nº 54, Rel. Min. Marco Aurélio.

106 STF, ADPF nº 132, Rel. Min. Carlos Britto.

injunção[107] e o progressivo questionamento que se vem fazendo, no âmbito da própria Corte, acerca da jurisprudência tradicional de que o STF somente possa funcionar como legislador negativo[108].

Em 2009, o STF solucionou uma disputa constitucional - e de espaço político - entre a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em favor da expansão do poder desse último. De fato, acórdão da 2ª. Turma do STF, por diferença de um voto, legitimou decisão do STJ de devolver lista sêxtupla enviada pela OAB, sem motivação objetiva, sob o fundamento de que nenhum dos nomes obteve quorum para figurar na lista tríplice a ser encaminhada ao Presidente da República[109]. A decisão, de certa forma, está em desacordo com precedente do próprio STF[110] e esvazia a competência do órgão de representação dos advogados, cuja lista, doravante, estará sujeita a ingerência do STJ. A matéria não chegou ao Plenário do STF, onde o resultado, possivelmente, teria sido diverso.

2.2. Relações com outros Poderes, órgãos e entidades estatais

As manifestações processuais e extraprocessuais de outros Poderes, órgãos e entidades estatais são elementos relevantes do contexto institucional em que produzidas as decisões judiciais, especialmente do Supremo Tribunal Federal. Em tema de ações diretas de inconstitucionalidade, as ações movidas pelo Procurador-Geral da República têm o maior índice de acolhimento dentre todos os legitimados[111]. O parecer da Procuradoria-Geral da República - isto é, seu pronunciamento nos casos em que não é parte - é visto como expressão do interesse público primário que deve ser preservado na questão. A despeito da ausência de pesquisas empíricas, é possível intuir que um percentual muito significativo das decisões do STF acompanha a manifestação do Ministério Público Federal[112]. Já a atuação da Advocacia-Geral da União expressará o interesse ou o ponto de vista do Poder Executivo, especialmente do Presidente da República.

107 STF, *DJ* 6 nov. 2007, MI nº 670, Rel. Min. Maurício Corrêa; *DJ* 31 out.2008, MI nº 708, Rel. Min. Gilmar Mendes; *DJ* 31 out.2008, MI nº 712, Rel. Min. Eros Grau.

108 V. voto do Min. Gilmar Mendes em STF, ADIn nº 3.510, Rel. Min. Carlos Britto: "Portanto, é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais européias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional".

109 Decisão do STJ: *DJ* 22 out. 2008, MS nº 13532-DF, Rel. Min. Paulo Gallotti. Decisão do STF: *DJ* 4 dez. 2009, RMS 27920-DF, Rel. Min. Eros Grau.

110 STF, *DJ* 19 dez.2006, MS 25624/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence

111 V. Luiz Werneck Vianna, Marcelo Baumann Burgos e Paula Martins Salles, Dezessete anos de judicialização da política, *Tempo Social* 19:38, p. 43, 48 e 79, de onde se colheram os dados a seguir. Entre 1988 e 2005, foram ajuizadas 1.713 Adins. Destas, 810 foram ajuizadas pelo PGR (22,2% do total). De acordo com a pesquisa, o PGR "teve nada menos que 68,5% das liminares de Adins julgadas deferidas ou parcialmente deferidas". No mesmo sentido, Ernani Carvalho, Judicialização da política no Brasil: controlo de constitucionalidade e racionalidade política, *Análise Social* 44:315, p. 327.

112 Recente pesquisa empreendida pelo autor revelou que em cem pedidos de extradição, apenas três resultaram em decisões que não acompanharam a manifestação do Ministério Público.

Em questões que envolvem a Fazenda Pública, estudos empíricos certamente demonstrariam uma atuação favorável ao erário, revelada emblematicamente em questões de vulto, como as relativas ao FGTS, à Cofins ou ao IPI alíquota zero, por exemplo[113]. Em todas elas, a Corte alterou ou a sua própria jurisprudência ou a do Superior Tribunal de Justiça, dando ganho de causa à União[114]. A cultura política dominante ainda considera aceitável que Ministros de Estado visitem pessoalmente os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por vezes após iniciados os julgamentos, para pedirem decisões favoráveis ao ponto de vista em que têm interesse[115].

Também o Congresso Nacional apresenta defesa em processos nos quais seja parte e, especialmente, em ações diretas contra leis federais. Sendo a ação direta de inconstitucionalidade contra lei estadual, também participam do processo a Assembleia Legislativa e o Governador do Estado. Note-se que o peso político do Estado pode fazer diferença em relação à deferência para com a legislação estadual. Por exemplo: após inúmeras decisões considerando inconstitucionais leis estaduais que proibiam o uso do amianto, o STF deixou de conceder medida cautelar para suspender lei do Estado de São Paulo que dispunha no mesmo sentido, revisitando tema que se encontrava já pacificado na Corte[116].

3. Perspectiva de cumprimento efetivo da decisão

Tribunais, como os titulares de poder em geral, não gostam de correr o risco de que suas decisões não sejam efetivamente cumpridas. E, portanto, essa é uma avaliação ordinariamente feita por órgãos judiciais, ainda que não seja explicitada. Tribunais não têm tropas nem a chave do cofre[117]. Em muitas

113 V., a propósito, Fábio Martins de Andrade, O argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico e a modulação temporal dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária, mimeografado, 2010. Tese de doutorado submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito Público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ.

114 No caso do FGTS, deixou de considerar o tema do direito adquirido como infraconstitucional. No da Cofins, mudou a orientação sumulada pelo STJ, mesmo depois de haver recusado conhecimento a diversos recursos extraordinários na matéria, e sequer modulou os efeitos, como seria próprio em razão da alteração da jurisprudência. No IPI alíquota zero, considerou que uma decisão do Plenário por 9 a 1, decisão de uma das turmas e mais de 5 dezenas de decisões monocráticas não firmavam jurisprudência. Em seguida, mudou a orientação, igualmente sem modular efeitos.

115 V. Blog do Noblat, 6 ago. 2009: "O ministro das Comunicações, Helio Costa, empenhou-se na defesa dos interesses econômicos da ECT. Na terça-feira, após classificar de desastre a eventual abertura do mercado de cartas comerciais à iniciativa privada, ele foi ao STF para conversar a portas fechadas com Ayres Brito e Gilmar Mendes, presidente da Corte". In: http://oglobo.globo.com/pais/noblat/posts/2009/08/06/decisao-do-stf-mantem-monopolio-dos-correios-211690.asp.

116 STF, *Inf. STF nº 477 e 509*, ADI nº 3937 MC/SP, Rel. Min. Marco Aurélio. O relator votou na linha do entendimento tradicional, expresso em decisões como as das ADIs nºs. 2656/SP e 2396/MS. Mas o Min. Eros Grau deu início à dissidência, suscitando a inconstitucionalidade da própria lei federal que cuida da matéria.

117 Shannon Roesler, Permutations of judicial Power: the new constitutionalism and the expansion of judicial authority, *Law and Social Inquiry* 32:557: "(...) [T]ribunais não possuem as garantias convencionais do poder, vale dizer, dinheiro e poder militar". Por isso mesmo, Alexander Hamilton se referiu ao Judiciário como "the least dangerous branch" (o poder menos perigoso), no Federalista nº 78. V. Barry Friedman, The politics of judicial review, *Texas Law Review* 84:257, 2005, p. 260.

situações, precisarão do Executivo, do Congresso ou mesmo da aceitação social para que suas deliberações sejam cumpridas. Há exemplos, em diferentes partes do mundo, de decisões que não se tornaram efetivas. Na Itália, aliás, o primeiro Presidente do Tribunal Constitucional renunciou precisamente por essa razão[118]. Na Alemanha, a decisão no célebre caso do crucifixo foi generalizadamente desrespeitada[119]. Nos Estados Unidos, a dessegregação imposta por *Brown v. Board of Education*, em decisão de 1954, levou mais de uma década para começar a ser efetivamente cumprida[120]. A decisão no caso *Chada* foi ignorada pelo Congresso[121]. No Brasil, há precedentes em que o STF fixou prazo para a atuação do legislador, sem que tivesse sido obedecido[122]. Em tema de intervenção federal, a despeito do manifesto descumprimento por Estados da Federação do dever constitucional de pagar precatórios, a Corte igualmente optou por linha jurisprudencial que não desmoralizasse suas decisões, diante das dificuldades financeiras dos entes estatais[123]. Outro exemplo emblemático, nesse domínio, foi a decisão proferida em 1955, quando da tentativa do Vice-Presidente Café Filho de retornar à presidência[124].

---

118 Criada pela Constituição de 1948, a instalação efetiva da Corte Constitucional somente se deu oito anos depois, em 1956. Pouco tempo após, seu Presidente, Enrico de Nicola, renunciou ao cargo, indignado com a recalcitrância do governo democrata-cristão em dar cumprimento às decisões do tribunal. V. Revista *Time*, 1º out. 1956, "Italy: effective resignation". In: http://www.time.com/time/magazine/article/0,9171,862380,00.html, acesso em 23 jan. 2010. V. tb. Georg Vanberg, *The politics of constitutional review in Germany*. Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 7.

119 A decisão declarou inconstitucional uma lei da Bavária que previa a exibição de crucifixos nas salas de aula das escolas públicas de ensino fundamental. V. BVerfGE 93, I. Sob protestos e manifestações que mobilizaram milhares de pessoas, os crucifixos terminaram não sendo efetivamente retirados. V. Georg Vanberg, *The politics of constitutional review in Germany*, 2005, p. 2-4.

120 V. Robert J. Cottrol, Raymond T. Diamond e Leland B. Ware, *Brown v. Board of Education*: case, culture, and the constitution, 2003, p. 183.

121 *INS v. Chadda*, 462 U.S. 919, 1983. Nessa decisão, a Suprema Corte considerou inconstitucional o chamado *legislative veto*, procedimento pelo qual uma das Casas do Congresso poderia suspender decisões de agências reguladoras que estivessem atuando por delegação legislativa. A Corte entendeu que a providência somente poderia ser tomada mediante lei, que inclui a manifestação das duas Casas e a possibilidade de veto pelo Presidente. Não obstante isso, inúmeras leis foram aprovadas, prevendo o veto legislativo por apenas uma das Casas do Congresso. V. Georg Vanberg, *The politics of constitutional review in Germany*. Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 5 e s.

122 V. STF, *DJ* 3 ago. 2007, Adin 2240, Rel. Min. Eros Grau, No julgamento do Mandado de Injunção nº 725, o STF determinara que o Congresso Nacional, no prazo de 18 meses, editasse a lei complementar federal referida no § 4º do art. 18 da Constituição, o que não aconteceu.

123 O STF adotou a orientação de que somente autorizaria a intervenção federal o descumprimento doloso do dever de pagar precatórios. A omissão na inclusão das verbas correspondentes em orçamento e a falta de recursos são, assim, elementos suficientes para afastar a intervenção. Nesse sentido, v., por todos, STF, *DJ* 25 abr. 2008, IF 5050 AgR/SP, Relª. Minª. Ellen Gracie.

124 Vice-presidente no segundo governo de Getúlio Vargas, Café Filho assumiu a presidência após o suicídio de Vargas, em 1954. Dela afastou-se, por motivo de saúde, tendo sido substituído por Carlos Luz. Após a eleição de Juscelino, em 1955, o Marechal Henrique Lott liderou um "contragolpe preventivo" para assegurar a posse do presidente eleito, destituindo Carlos Luz. Quando Café Filho, já recuperado, tenta voltar à presidência por via de ação impetrada no STF, a Corte adia o julgamento até o fim do Estado de sítio, o que somente se daria por ocasião da posse de Juscelino, quando o mandado de segurança já estaria prejudicado. Interessante registro histórico é o do voto vencido do Ministro Nelson Hungria, que lavrou: "Contra uma insurreição pelas armas, coroada de êxito, somente valerá uma contra-insurreição com maior força. E esta, positivamente, não pode ser feita pelo Supremo Tribunal, posto que este não iria cometer a ingenuidade de, numa inócua declaração de princípios, expedir mandado para cessar

4. Circunstâncias internas dos órgãos colegiados

Inúmeros fatores extrajurídicos influenciam as decisões de um órgão colegiado[125]. No caso do Supremo Tribunal Federal, em particular, a primeira característica distintiva relevante é que o tribunal delibera em sessão pública. Na maior parte dos países, sem embargo da existência de uma audiência pública, de um *hearing*, com a intervenção dos advogados, o processo de discussão e decisão é interno, em conferência reservada, na qual participam apenas os ministros ou juízes. A deliberação pública é uma singularidade brasileira. A transmissão ao vivo dos julgamentos, por uma televisão oficial, constitui traço distintivo ainda mais original, talvez sem outro precedente pelo mundo afora[126]. Em parte como consequência desse modelo de votação pública, o sistema brasileiro segue um padrão agregativo e não propriamente deliberativo. Vale dizer: a decisão é produto da soma de votos individuais e não da construção argumentativa de pronunciamentos consensuais ou intermediários[127]. Isso não significa que não possam ocorrer mudanças de opinião durante os debates. Mas o modelo não é concebido como uma troca de impressões previamente à definição de uma posição final.

Nada obstante isso, um colegiado nunca será a mera soma de vontades individuais, mesmo em um sistema como o brasileiro. Não é incomum um Ministro curvar-se à posição da maioria, ao ver seu ponto de vista derrotado. Por vezes, os julgadores poderão procurar, mediante concessões em relação à própria convicção, produzir um resultado de consenso[128]. Alinhamentos internos, em função da liderança intelectual ou pessoal de um Ministro, podem afetar posições. Por vezes, até mesmo um desentendimento pessoal poderá produzir impacto sobre a votação. Ainda quando possa ocorrer em qualquer tribunal do mundo, seria menos aceitável, eticamente, a troca de apoios em casos diversos: um Ministro acompanhando o outro em determinada votação, em troca de reciprocidade – em típica apropriação da linguagem político-partidária[129]. Também

---

a insurreição. (...) O impedimento do impetrante para assumir a Presidência da República, antes de ser declaração do Congresso, é imposição das forças insurreicionais do Exército, contra a qual não há remédio na farmacologia jurídica. Não conheço do pedido de segurança". V. Luís Roberto Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 2009, p. 29-30.

125 Sobre o tema, v. José Carlos Barbosa Moreira, Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado" *Caderno de Doutrina e Jurisprudência da Ematra XV*, v. 1, n. 3, 2005, p. 79 e s.

126 A despeito de críticas e de um ou outro inconveniente que se pode apontar, a transmissão ao vivo deu visibilidade, transparência e legitimidade democrática à jurisdição constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil.

127 Na Suprema Corte americana, coube a John Marshall a transformação do modelo agregativo ou *seriatim* para o modelo de discussão prévia, com vistas à produção de consenso. V. William E. Nelson, The province of the Judiciary, *John Marshall Law Review 37:325*, 2004, p. 345. V. tb. Barry Friedman, The politics of judicial review, *Texas Law Review 84:257*, 2005, p. 284: "No modelo agregativo, as decisões colegiadas simplesmente cumulam as visões dos membros do tribunal. No modelo deliberativo, os julgadores devem interagir de modo a que cada um considere os pontos de vista do outro, produzindo-se, dessa forma, melhores decisões".

128 Com efeito, pesquisa realizada nos EUA concluiu que juízes federais atuando em colegiados de três membros são afetados pela forma como votam os colegas: se um juiz nomeado por Presidente republicano atua com dois nomeados por Presidente democrata, seus votos mostram padrões liberais, enquanto um juiz nomeado por um democrata vota em linha mais conservadora quando atua com dois nomeados por Presidente republicano. Em qualquer dos casos, os padrões tornam-se mais moderados se há, no órgão, juízes nomeados por Presidentes de partidos diversos. O resultado da pesquisa é relatado por Richard H. Thaler e Cass R. Sunstein, *Nudge*: improving decisions about health, wealth, and happiness, 2009, p. 55.

129 Sobre comportamentos estratégicos no âmbito de órgãos colegiados, v. Evan H. Caminker, Sincere

podem influenciar decisivamente o resultado de um julgamento o relator sorteado, a ordem de votação efetivamente seguida ou mesmo um pedido de vista. Por igual, o método de seleção de casos a serem conhecidos e a elaboração da própria pauta de julgamentos envolve escolhas políticas acerca da agenda da corte a cada tempo[130].

5. A opinião pública

O poder de juízes e tribunais, como todo poder político em um Estado democrático, é representativo. Vale dizer: é exercido em nome do povo e deve contas à sociedade. Embora tal assertiva seja razoavelmente óbvia, do ponto de vista da teoria democrática, a verdade é que a percepção concreta desse fenômeno é relativamente recente. O distanciamento em relação ao cidadão comum, à opinião pública e aos meios de comunicação fazia parte da autocompreensão do Judiciário e era tido como virtude[131]. O quadro, hoje, é totalmente diverso[132]. De fato, a legitimidade democrática do Judiciário, sobretudo quando interpreta a Constituição, está associada à sua capacidade de corresponder ao sentimento social. Cortes constitucionais, como os tribunais em geral, não podem prescindir do respeito, da adesão e da aceitação da sociedade. A autoridade para fazer valer a Constituição, como qualquer autoridade que não repouse na força, depende da confiança dos cidadãos. Se os tribunais interpretarem a Constituição em termos que divirjam significativamente do sentimento social, a sociedade encontrará mecanismos de transmitir suas objeções e, no limite, resistirá ao cumprimento da decisão[133].

A relação entre órgãos judiciais e a opinião pública envolve complexidades e sutilezas. De um lado, a atuação dos tribunais, em geral – e no controle de constitucionalidade das leis, em particular –, é reconhecida, de longa data, como um mecanismo relevante de contenção das paixões passageiras da vontade popular. De outra parte, a ingerência do Judiciário, em linha oposta à das maiorias políticas, enfrenta, desde sempre, questionamentos quanto à sua legitimidade democrática. Nesse ambiente, é possível estabelecer uma correlação

---

and strategic: voting norms on multimbember courts, *Michigan Law Review* 97:2297, 1999; Robert Post, The Supreme Court opinion as institutional practice: dissent, legal scholarship and decisiomaking in the Taft Court, *Minnesota Law Review* 85:1267, 2001; e V. Barry Friedman, The politics of judicial review, *Texas Law Review* 84:257, 2005, p. 287.

130 A repercussão geral, introduzida pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, e regulamentada pela Lei nº 11.418, de 19.12.2006, produziu significativa redução do volume de processos julgados pelo STF. O número, todavia, ainda é muito superior ao máximo possível tolerável. A pauta das sessões plenárias é elaborada pelo presidente da Corte, que seleciona, com razoável grau de discrição, as prioridades. A própria ordem de inserção de um processo na pauta pode ter repercussão sobre o resultado do julgamento. José Carlos Barbosa Moreira, Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado", *Caderno de Doutrina e Jurisprudência da Ematra XV*, v. 1, n. 3, 2005, p. 82.

131 Sobre este ponto, v. Luís Roberto Barroso, A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo. In: *Temas de direito constitucional*, tomo I, 2002, p. 69 e s.

132 Sobre o modo como os juízes veem a si mesmos e à sua função, v. pesquisa realizada em 2005 "Magistrados brasileiros: caracterização e opiniões", patrocinada pela Associação dos Magistrados Brasileiros, sob a coordenação de Maria Tereza Sadeck. In: http://www.amb.com.br/portal/docs/pesquisa/PesquisaAMB2005.pdf. Sobre a mudança de perfil da magistratura, pela incorporação das mulheres e de magistrados cuja origem está em família mais humildes, v. entrevista dada pela pesquisadora à revista eletrônica *Consultor Jurídico*, 8 fev. 2009.

133 Robert Post e Reva Siegel, Roe rage: democratic constitutionalism and backlash, *Harvard Civil Rigts-Civil Liberties Law Review* 42:373, 2007, p. 373.

entre Judiciário e opinião pública e afirmar que, quando haja desencontro de posições, a tendência é no sentido de o Judiciário se alinhar ao sentimento social[134]. Três exemplos de decisões do Supremo Tribunal Federal, no Brasil, que representaram revisão de entendimentos anteriores que não correspondiam às demandas sociais: a limitação das hipóteses de foro por prerrogativa de função (cancelamento da Súmula nº 394); a proibição do nepotismo, conduta que por longo tempo foi social e juridicamente aceita; e a imposição de fidelidade partidária, penalizando o "troca-troca" de partidos após as eleições[135]. Nos Estados Unidos, a Suprema Corte, na década de 30, após se opor tenazmente às políticas sociais do *New Deal*, terminou por se alinhar com as iniciativas de Roosevelt, que tinham amplo apoio popular. Mais recentemente, passou-se o mesmo em relação à descriminalização das relações homossexuais[136].

Todavia, existe nesse domínio uma fina sutileza. Embora deva ser transparente e prestar contas à sociedade, o Judiciário não pode ser escravo da opinião pública. Muitas vezes, a decisão correta e justa não é a mais popular. Nessas horas, juízes e tribunais não devem hesitar em desempenhar um papel contramajoritário. O populismo judicial é tão pernicioso à democracia como o populismo em geral. Em suma: no constitucionalismo democrático, o exercício do poder envolve a interação entre as cortes judiciais e o sentimento social, manifestado por via da opinião pública ou das instâncias representativas. A participação e o engajamento popular influenciam e legitimam as decisões judiciais, e é bom que seja assim[137]. Dentro de limites, naturalmente. O mérito de uma decisão judicial não deve ser aferido em pesquisa de opinião pública. Mas isso não diminui a importância de o Judiciário, no conjunto de sua atuação, ser compreendido, respeitado e acatado pela população. A opinião pública é *um* fator extrajurídico relevante no processo de tomada de decisões por juízes e tribunais[138]. Mas não é o único e, mais que isso, nem sempre é singela a tarefa de captá-la com fidelidade[139].

134 Barry Friedman, The politics of judicial review, *Texas Law Revie w 84*:257, 2005, p. 321-2.

135 Exemplo inverso, em que o STF não seguiu a opinião pública dominante, envolveu a questão da elegibilidade de candidatos que tivessem "ficha-suja", isto é, tivessem sofrido condenações judiciais, ainda que não transitadas em julgado. A Corte entendeu que só a lei complementar, prevista no § 9º do art. 14 da Constituição, poderia instituir outros casos de inelegibilidade. *Inf. STF nº 514*, ADPF 144, Rel. Min. Celso de Mello.

136 Em *Bowers v. Hardwick*, julgado em 1986, a Suprema Corte considerou constitucional lei estadual que criminalizava a sodomia. Em 2003, ao julgar *Lawrence v. Texas*, considerou inconstitucional tal criminalização. A Ministra Sandra O'Connor, que votou com a maioria nos dois casos – isto é, mudou de opinião de um caso para o outro –, observou em seu livro *The majesty of the law: reflections of a Supreme Court Justice*, 2003, p. 166: "Mudanças reais, quando chegam, derivam principalmente de mudanças de atitude na população em geral. É rara a vitória jurídica – no tribunal ou no legislativo – que não seja a conseqüência de um novo consenso social. Tribunais, em particular, são notadamente instituições reativas".

137 V., a propósito, uma vez mais, o depoimento de Sandra O'Connor, Public trust as a dimension of equal justice: some suggestions to increase public trust, *The Supreme Court Review 36*:10, 1999, p. 13: "Nós não possuímos forças armadas para dar cumprimento a nossas decisões, nós dependemos da confiança do público na correção das nossas decisões. Por essa razão, devemos estar atentos à opinião e à atitude públicas em relação ao nosso sistema de justiça, e é por isso que precisamos tentar manter e construir esta confiança".

138 Na sustentação oral, no julgamento da ADI nº 3.510-DF, este foi um dos pontos destacados: o fato de que as entidades da sociedade civil, maciçamente, e a opinião pública, em percentuais bastante elevados, apoiavam a legitimidade das pesquisas com células-tronco embrionárias. V. o vídeo em http://www.lrbarroso.com.br/pt/videos/celula_tronco_1.html.

139 A sintonia com a opinião pública envolve diversas nuances. Por vezes, grupos de pressão bem situados são capazes de induzir ou falsear a real vontade popular. De parte isso, a opinião pública, manipulada ou não, sofre variações, por vezes abruptas, em curto espaço de tempo. Será preciso, assim, distinguir, com as

IV. A AUTONOMIA RELATIVA DO DIREITO EM RELAÇÃO À POLÍTICA E A FATORES EXTRAJUDICIAIS

Na literatura jurídica norte-americana, os autores costumam identificar modelos diversos de comportamento judicial, dentre os quais se destacam o legalista, o ideológico e o estratégico[140]. O modelo legalista corresponde à concepção mais tradicional, próxima ao formalismo jurídico, crente na objetividade do direito e na neutralidade do intérprete. O modelo ideológico coloca ênfase nas preferências políticas pessoais do juiz como fator determinante das decisões judiciais. O modelo estratégico, por sua vez, leva em conta pretensões de juízes e tribunais de conservação e expansão de seu poder, conjugada com a preocupação de ver suas decisões cumpridas e, no limite, assegurar a própria sobrevivência. O presente trabalho desenvolveu-se sobre a crença de que nenhum dos três modelos prevalece em sua pureza: a vida real é feita da combinação dos três. Sem embargo das influências políticas e das opções estratégicas, o direito conservará sempre uma autonomia parcial[141].

Ainda quando não possa oferecer todas as soluções pré-prontas em seus enunciados normativos, conceitos e precedentes, o direito limita as possibilidades legítimas de solução. De fato, deverão elas caber nas alternativas de sentido e de propósitos dos textos, assim como harmonizar-se com o sistema jurídico como um todo. De parte isso, os argumentos utilizáveis em um processo judicial na construção de qualquer decisão precisam ser assimiláveis pelo direito, não somente por serem de razão pública, mas por seguirem a lógica jurídica, e não a de qualquer outro domínio[142]. Ademais, a racionalidade e a razoabilidade de qualquer decisão estará sujeita, no mínimo, à revisão por um segundo grau de jurisdição, assim como ao controle social, que hoje é feito em sítios jurídicos na *internet*, em fóruns de debates e, crescentemente, na imprensa geral. Vale dizer: a atuação judicial é limitada pelas possibilidades de solução oferecidas pelo ordenamento, pelo tipo de argumentação jurídica utilizável e pelo controle de razoabilidade e de racionalidade que restringem as influências extrajudiciais de natureza ideológica ou estratégica. Mas não as inibem inteiramente. Reconhecer isso não diminui o direito, mas antes permite que ele se relacione com a política de maneira transparente, e não escamoteada.

---

dificuldades previsíveis, entre clamor público, paixões do momento e opinião sedimentada. Ted Roosevelt, antigo presidente norte-americano, referiu-se à distinção entre "vontade popular permanente" e "opinião pública do momento. Sobre esse último ponto, v. Barry Friedman, *The will of the people*: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution, 2009, p. 382.

140 V. Jeffrey A. Segal e Harold J. Spaeth, *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*, 2002; Lee Epstein e Jack Knight, *The choices justices make*, 1998; Richard Posner, How judges think?,, 2008, p. 19-56, identifica "nove teorias de comportamento judicial": ideological, estratégica, organizacional, econômica, psicológica, sociológica, pragmática, fenomenológica e legalista . V. tb. Cass Sunstein, David Schkade, Lisa M. Ellman e Andres Sawicki, *Are judges political? An empirical analysis of the Federal Judiciary*, 2006; e Richard Posner, *How judges think*, 2008.

141 Este é, também, o ponto de vista de Michael Dorf, em *No litmus test:* Law versus politics in the twentieth century, 2006, xix. O autor defende uma posição intermediária entre os extremos representados pelo realismo e pelo formalismo. Em suas palavras: "Os realistas prestam um serviço importante ao corrigirem a visão exageradamente mecânica que os formalistas têm do direito. Mas vão longe demais ao sugerirem que não há nada de especificamente *jurídico* na metodologia de decisão empregada pelos tribunais e outros atores jurídicos".

142 A lógica jurídica, como intuitivo, é diferente da econômica, da histórica ou da psicanalítica. Por exemplo: um juiz não poderá se recusar a aplicar uma regra que exacerbe a proteção do inquilino em um contrato de aluguel, sob o fundamento de que a teoria econômica já provou que o protecionismo produz efeito negativo sobre os interesses dos inquilinos em geral, por diminuir a oferta de imóveis e aumentar o preço da locação. Cabe-lhe aplicar a norma mesmo que discorde da lógica econômica subjacente a ela.

Conclusão

Entre a razão e a vontade

Examinando cada uma das partes em que se dividiu o presente trabalho, é possível enunciar, em proposições objetivas, três ideias básicas:

1. Um dos traços mais marcantes do constitucionalismo contemporâneo é a ascensão institucional do Poder Judiciário. Tal fenômeno se manifesta na amplitude da jurisdição constitucional, na judicialização de questões sociais, morais e políticas, bem como em algum grau de ativismo judicial. Nada obstante isso, deve-se cuidar para que juízes e tribunais não se transformem em uma instância hegemônica, comprometendo a legitimidade democrática de sua atuação, exorbitando de suas capacidades institucionais e limitando impropriamente o debate público. Quando não estejam em jogo os direitos fundamentais ou a preservação dos procedimentos democráticos, juízes e tribunais devem acatar as escolhas legítimas feitas pelo legislador, assim como ser deferentes com o exercício razoável de discricionariedade pelo administrador, abstendo-se de sobrepor a eles sua própria valoração política. Ademais, a jurisdição constitucional não deve suprimir nem oprimir a voz das ruas, o movimento social e os canais de expressão da sociedade. Nunca é demais lembrar que o poder emana do *povo*, não dos juízes.

2. Na concepção tradicional e idealizada, direito e política integram mundos apartados, que não devem se comunicar. Para realizar tal propósito, o Judiciário é dotado de garantias que visam a assegurar sua independência e os órgãos judiciais são vinculados ao direito posto. Vale dizer: limitar-se-iam a aplicar a Constituição e as leis, produtos da vontade do constituinte e do legislador, sem exercer vontade política própria nem atividade criativa. Essa pretensão de autonomia absoluta do direito em relação à política é impossível de se realizar. As soluções para os problemas nem sempre são encontradas prontas no ordenamento jurídico, precisando ser construídas argumentativamente por juízes e tribunais. Nesses casos – ao menos neles –, a experiência demonstra que os valores pessoais e a ideologia do intérprete desempenham, tenha ele consciência ou não, papel decisivo nas conclusões a que chega.

3. Embora não possa oferecer soluções pré-prontas em muitas situações, o direito limita as possibilidades legítimas de solução que podem ser construídas pelos intérpretes judiciais. Com isso, contém-se parcialmente o exercício de escolhas voluntaristas e arbitrárias. De parte isso, inúmeros outros fatores influenciam a atuação de juízes e tribunais, como a interação com outros atores políticos e institucionais, preocupações com o cumprimento das decisões judiciais, circunstâncias internas dos órgãos colegiados e a opinião pública, dentre outros. Em suma: o direito pode e deve ter uma vigorosa pretensão de autonomia em relação à política. Isso é essencial para a subsistência do conceito

de Estado de direito e para a confiança da sociedade nas instituições judiciais. Essa autonomia, todavia, será sempre relativa. Reconhecer este fato não envolve qualquer capitulação, mas antes dá transparência a uma relação complexa, na qual não pode haver hegemonia nem de um nem de outro. A razão pública e a vontade popular – o direito e a política, se possível com maiúscula – são os dois pólos do eixo em torno do qual o constitucionalismo democrático executa seu movimento de rotação. Dependendo do ponto de observação de cada um, às vezes será noite, às vezes será dia.

Observatório Jurídico

A VERDADE SOBRE O CARF

IVES GANDRA MARTINS[1]

Dois cidadãos, marido e mulher, entraram, com dezenas de ações populares contra as decisões definitivas do CARF (Conselho Administrativo de Recursos Fiscais) proferidas a favor de contribuintes, sob a alegação de que tais decisões teriam causado lesão ao erário.

O fato de os autores estarem respondendo a ação penal, por transferência de bens de pessoa jurídica devedora do Fisco para seu patrimônio pessoal e de ter sido, o marido, demitido da Procuradoria da Fazenda Nacional, a bem do serviço público, por improbidade administrativa, é irrelevante. Todos os cidadãos brasileiros têm direito de propor ações populares contra atos lesivos ao Estado, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

Relevante, para o presente artigo, é conhecer os fundamentos da ação que, baseada em interpretação personalíssima das normas tributárias, processuais e administrativas, pretende a revisão de decisões definitivas do CARF, no âmbito de uma ação popular.

Já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que as decisões do CARF, órgão do Ministério da Fazenda, quando proferidas a favor do contribuinte, são definitivas, descabendo à Procuradoria da Fazenda Nacional reabrir, no Judiciário, o que a própria União, por meio daquele órgão, reconheceu, definitivamente, não ter direito de cobrar. Cabe aos contribuintes contestar judicialmente as decisões administrativas que lhes são contrárias, mas carece a União de legitimidade ativa para pleitear em juízo aquilo que ela própria, pelo órgão máximo da administração superior, considerou inexistente ou indevido. É esta a pacífica jurisprudência dos Tribunais superiores.

Por outro lado, o CARF é órgão que goza de grande respeitabilidade entre os tribunais administrativos do País e na comunidade jurídica brasileira, sendo suas decisões sempre citadas, em trabalhos doutrinários de professores de direito das diversas universidades, e mesmo em sentenças ou acórdãos judiciais.

Constituído por membros da Fazenda Nacional e representantes dos contribuintes indicados pelas confederações nacionais – composição paritária

1 Ives Gandra da Silva Martins é jurista e, entre outros títulos, é professor emérito das Universidades Mackenzie e Unip, das Escolas de Comando e Estado Maior do Exército e Superior de Guerra e membro nato do Conselho Superior da Associação Comercial de São Paulo.

do Fisco e contribuinte – tem prestado relevantes serviços ao país, confirmando o lançamento tributário, quando isento de ilegalidades, o que ocorre na grande maioria dos casos – as decisões favoráveis aos contribuintes, são em número bem menor – e evitando, ao anular lançamentos ilegais, que o Fisco ingresse em juízo, promovendo execuções, em que certamente o erário seria lesado pela condenação nos honorários de sucumbência.

Nas referidas ações populares, em nenhum momento argumenta-se com o desvio de conduta dos conselheiros, nem que o processo administrativo não tenha sido regular. O direito de defesa dos contribuintes e a atuação da Procuradoria da Fazenda Nacional, no sentido de respaldar os autos lavrados, foram assegurados e o devido processo legal rigorosamente seguido.

O único argumento é que, na visão dos autores, a tese da Procuradoria seria melhor que a esposada na decisão do CARF, razão pela qual teriam que ser anuladas, via ação popular, nada obstante a pacífica jurisprudência do STJ de que são decisões definitivas.

Ora, o que não pode a Procuradoria da Fazenda Nacional fazer, ou seja, executar o contribuinte para dele exigir tributo que o CARF reconheceu indevido, pretendem, os autores, alcançar via ação popular, como se fossem mais habilitados para fazer prevalecer a tese que a Procuradoria da Fazenda Nacional não conseguiu fosse vitoriosa no Tribunal Administrativo do Ministério da Fazenda! Tal esdrúxulo procedimento representa atentado às normas do processo administrativo fiscal e à mansa e pacífica jurisprudência do STJ, firmes em atestar que as decisões do CARF são definitivas.

O pior, entretanto, é que tal pretensão, se viável – o que não é – geraria uma insegurança jurídica absoluta, pois nenhuma decisão definitiva seria definitiva, e não mais os procuradores da Fazenda Nacional – que são os advogados habilitados para executar os créditos da Fazenda – mas qualquer cidadão brasileiro poderia transformar-se em "procurador substituto" exigindo, via ação popular, créditos considerados inexistentes pelo CARF.

Mais ainda: nenhum conselheiro sentir-se-ia à vontade, nem independente para julgar de acordo com suas convicções. Professores renomados, juristas consagrados que compõem o órgão por indicação do fisco e das Confederações, dele não desejarão mais participar, para não ter o aborrecimento de – sem qualquer desvio de conduta – responder a ações populares.

A insensatez das referidas ações contra as decisões definitivas do CARF, atingindo a honorabilidade da instituição, de seus conselheiros e do próprio Ministério da Fazenda, é de tal ordem que se, argumentando pelo absurdo, fosse aceita, criar-se-ia o caos absoluto.

Um dos cinco fundamentos maiores dos direitos individuais na Constituição, que é a segurança jurídica (caput do art. 5º), seria pulverizado, criando-se, em matéria tributária, a insegurança máxima, sujeita aos humores de cada cidadão, que, a seu exclusivo alvitre, passaria a ingressar em juízo, a pretexto de fazer

valer a "sua" justiça e de avaliar melhor do que os órgãos competentes, o que representa dano ao erário.

Sendo o Ministro da Fazenda, pelos artigos 19 e 20 do Decreto-lei nº 200/67, responsável pelo órgão, sujeito à sua área de competência, tal fato levaria a ter que compor necessariamente o polo passivo da demanda, algo que deslocaria a competência do julgamento da ação popular para o Superior Tribunal de Justiça, onde a jurisprudência é pacífica a favor da definitividade das decisões do CARF.

Espero, como velho advogado e professor universitário, com 56 anos de exercício profissional, que o bom senso dos eminentes magistrados federais de Brasília – fui examinador de dois concursos da magistratura federal e sei da competência dos que são neles aprovados – ceifem, na origem, a pretensão de tais cidadãos, para que volte a imperar a ordem e o "due processo of Law", nos processos administrativos tributários federais.

Peças Processuais

PARECERES

Ação Rescisória reformatio in pejus *pelo Acórdão rescindendo, o que consubstancia à violação literal de lei (CPC, arts. 128 e 460).*

ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PROCESSO Nº 0027796-78.2011.8.19.0000

Ação Rescisória nº 0027796-78.2011.8.19.0000
Relator: Des. Maurício Caldas Lopes

Autora: Carvalho Hosken S/A Engenharia e Construções
Réus: Gilvan Pereira Gomes e Outra

Parecer do Ministério Público

Ação Rescisória. Violação a literal disposição de lei. Ação indenizatória originária onde o magistrado de primeiro grau julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial, afastando expressamente a pretensão referente aos lucros cessantes. Recurso interposto apenas pela ré, quedando-se inerte a parte autora. Acórdão que, reformando parcialmente a sentença, condenou a ré ao pagamento de indenização por lucros cessantes. Se, satisfeita com o resultado obtido na ação, a parte vencedora não recorreu, e a parte sucumbente, por completa ausência de interesse, não se manifestou sobre a questão, esse aspecto da decisão transitou em julgado. Assim, não resta dúvida de que o acórdão rescindendo, ao ultrapassar os limites da controvérsia, incorreu em violação ao princípio da proibição da *reformatio in pejus*, agravando a situação processual do único recorrente. A vedação da *reformatio in pejus* se justifica, uma vez que o órgão colegiado *ad quem* deve se pronunciar em conformidade com os limites do que foi postulado no recurso, ou seja, consagra a proibição do julgamento *extra* e *ultra petita*, a que se referem os artigos 128 e 460 do CPC, os quais determinam que o juiz deverá decidir a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte, bem como proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, ou ainda condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado. Os mesmos

princípios devem ser observados em sede recursal e, não obstante a regra do efeito devolutivo, prevista no artigo 515 do CPC, não cabe ao julgador de segundo grau avaliar pretensão já decidida na sentença e sobre a qual não houve recurso, impondo-se a adstrição aos limites da controvérsia. Precedentes jurisprudenciais. Violação literal aos artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil. Procedência da rescisória para, em juízo rescindendo, desconstituir-se parcialmente o acórdão impugnado, apenas para, em juízo rescisório, eliminar, tão-somente, o excesso indevido, mantendo-se, no mais, a integridade da r. decisão.

Com a presente ação, com pedido de tutela antecipada, pretende a sociedade autora a rescisão do v. acórdão proferido nos autos das apelações cíveis nºs. 0097997-78.2000.8.19.0001 (2002.001.22784) e 0137887-58.1999.8.19.0001 (2002.001.22788), de relatoria do ilustre Desembargador José de Magalhães Peres, originária da 14ª Câmara Cível deste E. Tribunal, que, em reforma parcial da sentença de procedência parcial, entendeu cabível, na ação indenizatória, a reparação do lucro cessante a partir do momento em que o imóvel deveria ter sido entregue, bem como excluiu da condenação, na ação de consignação em pagamento, a declaração de quitação, a outorga de escritura definitiva e a multa diária, em razão de importarem em julgamento *extra petita* (cópia do acórdão às fls. 64/69, da sentença às fls. 56/61 e dos aclaratórios às fls. 72/75).

Em sua inicial, alega a sociedade autora que os fundamentos desta rescisória residem nos incisos IV e V, do artigo 485, do Código de Processo Civil, relatando que houve: 1º) **ofensa à coisa julgada;** e 2º) **violação a dispositivo legal**, constante dos artigos 2º, 128, 460, 512 e 515, todos do Código de Processo Civil, reclamando que embora a parte adversa não tenha apelado, o acórdão rescindente terminou por condená-la ao pagamento por lucros cessantes.

Recolhimento de custas e multa às fls. 53/54 e 807, respectivamente.

A comprovação do trânsito em julgado foi acostada às fls. 136.

A decisão de fls. 804 indeferiu o pleito de tutela antecipatória, sendo ratificada com o julgamento dos aclaratórios de fls. 826/831.

Os réus apresentaram contestação às fls. 847/854, destacando o efeito devolutivo da apelação interposta, em prestígio ao acórdão impugnado, afastando a tese de *reformatio in pejus*.

Réplica às fls. 860/872.

Em seguida vieram os autos ao Ministério Público.

Este o relatório final.

A presente ação foi interposta dentro do prazo legal, estabelecido no artigo 495 do Código de Processo Civil, porque antes de completados os dois anos do trânsito em julgado respectivo.

Também foram observados os demais requisitos previstos nos artigos 487 e 488 do mesmo diploma legal.

No mérito, há que se analisar se a sociedade autora comprovou os alegados motivos de rescindibilidade, dentre aqueles estabelecidos no artigo 485, e seus incisos, do Código de Processo Civil.

Pelo que se depreende dos autos, os fundamentos utilizados são o da ofensa à coisa julgada e violação a dispositivo legal, previstos nos incisos IV e V do citado artigo.

Vejamos.

Destaca-se, inicialmente, que a ação rescisória tem natureza jurídica autônoma, não se caracterizando como instrumento recursal, tratando-se de excepcional possibilidade de revisão de decisão de mérito já transitada em julgado, somente passível de ser levada adiante quando rigorosamente atendidas as determinações legais que a autorizam.

Por outro lado, não é uma ação totalmente desvinculada ao feito original, que vise somente o reexame da matéria, motivada pela insatisfação do sucumbente, sendo certo que seu manejo depende de atos efetivamente praticados na ação originária.

Gizadas tais considerações, pelo que se depreende dos autos, os ora réus ajuizaram duas ações distintas - consignação em pagamento e reparação de danos - , cujas decisões deram origem a dois recursos de apelação - nº 2002.001.22784 e 2002.001.2788 -, julgados em conjunto pela C. 14ª Câmara Cível em razão do reconhecimento da conexão.

Contudo, não obstante o v. acórdão rescindendo ter abrangido dois processos, com sentenças distintas, a presente ação rescisória deve se restringir, tão-somente, à parte que diz respeito à ação de reparação de danos, pois a questão posta em discussão se limita a possível condenação indevida por lucros cessantes, circunstância que, em tese, caracterizaria a decisão *extra petita*.

Partindo dessa premissa, impõe-se a análise dos pedidos formulados na petição inicial e respectiva sentença.

Às fls. 373/378, observa-se a cópia da inicial da ação ordinária de reparação de danos, proposta por GILVAN PEREIRA GOMES e LUCIA DE ARAÚJO GOMES em face de CARVALHO HOSKEN S.A ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES, formulando os então autores os seguintes pedidos, em síntese (fls. 377/378):

a)reembolso de todas as despesas efetuadas durante o curso do processo, com os gastos de moradia, tendo em vista que estão compelidos a se valer de locação de imóvel de terceiros;

b)pagamento, a título de lucros cessantes, de valores a ser apurados em perícia, pelos meses em que os autores ficaram impedidos de dar em locação o imóvel

objeto da ação, que comporiam seus rendimentos mensais;

c)pagamento, a título de indenização por danos morais, de quantia a ser arbitrada pelo juízo, não inferior a 500 salários mínimos;

d)atualização monetária de todas as importâncias indicadas anteriormente, até a data de sua efetiva entrega, acrescidos de juros de mora; e

e)reembolso de todas as custas e despesas processuais monetariamente corrigidas, e honorários advocatícios de 20% sobre o valor da condenação.

Ao proferir a respectiva sentença (cópia às fls. 56/61), o digno magistrado de primeiro grau julgou procedente em parte o pedido, decidindo da seguinte forma (*in verbis*):

"Isto posto, julgo procedente em parte o pedido, condenando a Ré no ressarcimento pelos danos morais, que fixo em vinte mil reais, quantia esta devidamente corrigida da data da publicação desta sentença até a data do efetivo pagamento, acrescida de juros de mora à base de meio por cento ao mês e ao pagamento dos valores pagos pelos autores e devidamente comprovados à título de locação, a partir da data estipulada para a entrega do imóvel até a data da entrega do mesmo, valores estes a serem apurados em liquidação de sentença e corrigidos das datas de cada desembolso até a data do efetivo pagamento. Diante da maior sucumbência da ré, condeno-a ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios que fixo em 10% sobre o valor da condenação".

Observa-se que o Juiz não julgou procedente o pedido relativo aos lucros cessantes. Ao contrário, na fundamentação de sua decisão, afirmou o seguinte:

"A parcela do pedido que trata de reembolso com moradia e com a impossibilidade de oferecer o imóvel em locação, ou seja, em vantagens que deixaram de auferir por força da inexecução contratual se contrapõem inexoravelmente ou os autores morariam no imóvel ou o ofereceria em locação. Neste sentido, apenas os valores pagos pelos autores e devidamente comprovados à título de locação, a partir da data estipulada para a entrega do imóvel e que deverão ser ressarcidos aos autores, em sede de liquidação de sentença são cabíveis, ***afastando-se a parcela do pedido que diz respeito a possíveis lucros cessantes****". (verbis* – fls. 61 – negrito nosso).

Em outras palavras, restou expressamente afastado o pedido referente aos lucros cessantes.

Após a sentença, apenas a empresa ré daquele processo (autora dessa ação rescisória), interpôs recurso de apelação, quedando-se inertes os respectivos autores.

Segundo alega a empresa autora, o v. acórdão rescindendo, reformando parcialmente a decisão de primeiro grau (no que diz respeito à ação reparatória),

condenou o réu ao pagamento de indenização por lucros cessantes.

É o que se depreende da seguinte transcrição (*in verbis* - fls. 67 - grifos nossos):

"O pagamento das despesas com aluguel da unidade imóvel pelos autores além da sua comprovação, operaria em "bis in idem", com o lucro cessante postulado.

Cabível, porém, é a reparação do lucro cessante, como se apurar em liquidação por arbitramento, considerado aquele o valor do aluguel mensal do imóvel adquirido, vigindo a partir da data em que a ré deveria fazer a entrega do bem, a fim de se evitar o dano ao patrimônio dos autores."

No entender do Ministério Público, após a análise das decisões judiciais, assiste razão à empresa autora, restando evidenciada a violação a dispositivo legal.

Com efeito, no direito processual civil brasileiro, os pedidos têm de ser interpretados restritivamente, em conformidade com a norma prevista no artigo 293, do Código de Processo Civil.

Ressaltam-se, ainda, as regras expressas contidas, respectivamente, nos artigos 128 e 460, do mesmo diploma legal, que determinam que o juiz deverá decidir a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte, bem como proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, ou ainda condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

No caso, a petição inicial, formulada pelo autor, e a resposta do réu, norteiam os limites nos quais deve ser proferida a decisão, não podendo o magistrado julgar além do que pedem as partes, ou seja, *ultra petita*, e nem fora do que foi pedido, ou seja, *extra petita*.

Os mesmos princípios deverão ser observados em sede recursal e, não obstante a regra do efeito devolutivo, prevista no artigo 515 do Código de Processo Civil, não cabe ao julgador de segundo grau avaliar pretensão já decidida na sentença e sobre a qual não houve recurso, impondo-se a adstrição aos limites da controvérsia.

O douto julgador de primeiro grau excluiu expressamente o pedido relativo aos lucros cessantes. No caso, se, satisfeita com o resultado obtido na ação, a parte vencedora não recorreu, e a parte sucumbente, por completa ausência de interesse, não se manifestou sobre a questão, esse aspecto da decisão transitou em julgado. Assim, não resta dúvida de que o acórdão rescindendo, ao ultrapassar os limites da controvérsia, incorreu em violação ao princípio da proibição da *reformatio in pejus*, agravando a situação processual do único recorrente.

A vedação da *reformatio in pejus* se justifica, uma vez que o órgão colegiado *ad quem* deve se pronunciar em conformidade com os limites do que foi postulado no recurso, ou seja, consagra a proibição do julgamento *extra* e *ultra petita*, a que se referem os já mencionados artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil.

O posicionamento ora sustentado encontra respaldo na jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça, conforme se observa nos exemplos trazidos à colação:

AÇÃO RESCISÓRIA. PRAZO PRESCRICIONAL. IPI. CRÉDITO-PRÊMIO. REFORMATIO IN PEJUS. OCORRÊNCIA.
(...)
A sentença de piso afastou a prejudicial da prescrição, suscitada pelo ente fazendário, afirmando inexistir "qualquer parcela atingida pela prescrição" (fl. 149). Não houve insurgência de ambas as partes quanto ao ponto, que restou mantido pela Corte de origem.
A Primeira Turma deste Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o recurso especial interposto pela autora - no qual discutiu, unicamente, os critérios de correção do incentivo fiscal e os honorários advocatícios - enfrentou também a questão do prazo prescricional, modificando o *dies a quo* do prazo interruptivo da prescrição.
Afronta o princípio que veda a *reformatio in pejus* o aresto que altera o termo inicial de contagem do prazo prescricional, reformando, para pior, a situação do único recorrente. Doutrina e jurisprudência.
Reconhecendo-se, em *judicium rescindens*, a ocorrência de *reformatio in pejus*, deve ser desconstituído o julgado rescindendo tão-somente para retirar a referência ao prazo prescricional para fruição do benefício fiscal do crédito-prêmio de IPI, prevalecendo, neste ponto, a sentença de piso, tornando-se despiciendo o enfrentamento dos demais argumentos suscitado na inicial.
Ação rescisória procedente.
(AR 1.328/DF, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 01/10/2010). - Grifos nossos.

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. QUESTÃO ESTRITAMENTE PROCESSUAL. PETIÇÃO INICIAL APTA. PEDIDO DETERMINADO. SENTENÇA. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA. APELAÇÃO. EFEITO DEVOLUTIVO. COGNIÇÃO. LIMITES (CPC, ART. 515, § 1º). ACÓRDÃO EXTRA PETITA. NULIDADE. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.
A delimitação objetiva da lide dá-se no momento em que o autor formula, em sua petição inicial, seus pedidos.
(...) nos termos do art. 514, II, do CPC, **a apelação deve conter os fundamentos de fato e de direito que ensejariam a reforma ou anulação da sentença atacada, nos pontos em que esta decisão resolveu a lide, dentro dos limites impostos pela petição inicial. A atuação do órgão ad quem, tendo em vista o efeito devolutivo do recurso, está restrita à matéria do inconformismo apresentada nas razões, que não pode ultrapassar, portanto, o que foi decidido no primeiro grau, sob pena de supressão da primeira instância e julgamento extra petita no segundo grau.** (REsp 707.074/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/10/2009, DJe 23/10/2009). - Grifos nossos.

Diante de todo o exposto, é inequívoco que a decisão rescindenda violou literal disposição de lei - os artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil, acima referidos.

A nulidade dessa decisão, porém, é parcial, alcançando apenas o excesso indevido.

Portanto, em juízo rescindendo, impõe-se a procedência do pedido para desconstituir-se parcialmente o acórdão impugnado, apenas para, em juízo rescisório, eliminar a parte que reconheceu o cabimento dos lucros cessantes, mantendo-se, no mais, a integridade da r. decisão.

Por essas razões, oficia o Ministério Público no sentido da procedência do pedido, na forma da fundamentação supra.

Rio de Janeiro, 09 de dezembro de 2011.

Carlos Cícero Duarte Júnior
Procurador de Justiça
Assistente da Subprocuradoria-Geral de
Justiça de Atribuição Originária Institucional e Judicial

Aprovo.

Antonio José Campos Moreira
Subprocurador-Geral de Justiça de
Atribuição Originária Institucional e Judicial

Apresentação, pelo contribuinte, de seguro-garantia em processo de execução fiscal, não impede a responsabilização penal.

1ª Central de Inquéritos- Capital
24ª Promotoria de Justiça de Investigação Penal- COESF
Inquérito Policial nº0028/2012-DPFAZ (03 volumes)
Investigados: administradores da NET Rio S/A

EMENTA: Contribuinte autuado pela repartição fiscal fluminense por violar requisitos normativos autorizadores de benefício fiscal. Exaurimento da via administrativa, após não provimento de recursos pela Junta de Revisão Fiscal e pelo Conselho de Contribuintes, assim como improcedência de pedido mandamental (mandado de segurança). Dever líquido e certo de pagar tributo e sanção pecuniária. Lesão ao erário estadual. Apresentação de seguro-garantia judicial nos autos do processo de execução fiscal não se confunde com pagamento. Prova documental produzida com fotocópias não autenticadas e apresentadas pelo próprio contribuinte interessado. Não obstaculizada a responsabilização penal.

Trata-se de procedimento investigatório criminal instaurado em decorrência de representação fiscal formulada pela Secretaria de Estado de Fazenda fluminense, em que noticia que a sociedade **NET RIO S/A,** no período compreendido entre o dia 01 de novembro de 2001 e o dia 07 de outubro de 2002, por intermédio de seus administradores/diretores, presentantes, à época, **Oscar Vicente Simões de Oliveira, Luis Fernando Brito Baptistella, Luis Antonio Corrêa Nunes Viana de Oliveira, Marco Aurélio dos Anjos Ferreira e Leonardo Porciúncula Gomes Ferreira** (fl.98), teria cometido crime contra ordem tributária estadual, causando elevadíssima lesão ao erário estadual de **51.631.214,71 UFIR RJ.**

Segundo restou apurado, a sociedade **NET RIO S/A,** sujeito passivo da obrigação tributária, cujo principal objeto social é a prestação de serviço de comunicação na modalidade de televisão por assinatura, possuía, em virtude de atos normativos estaduais, benefício fiscal que fazia com que pagasse tributo ICMS com redução de base de cálculo do referido imposto, no caso de 10%, sendo certo que o valor total, sem o benefício, era de 25%, o que lhe conferia considerável vantagem econômico-financeira.

No entanto, dentre vários requisitos normativos para obter **e permanecer**

usufruindo do referido benefício fiscal (10%), a referida sociedade anônima não poderia ficar inadimplente com o pagamento da obrigação tributária principal junto ao Fisco, do contrário, a base de cálculo passaria a ser de 25 %, deixando de gozar do benefício fiscal.

Certo é que a sociedade NET Rio S/A acabou por ficar inadimplente com o Fisco fluminense, uma vez que, no mês de outubro de 2001, deixou de efetuar o pagamento do tributo ICMS relativo ao mês de setembro de 2001, descumprindo os requisitos autorizadores do benefício fiscal de redução de base de cálculo a partir do mês de novembro de 2001.

Ainda assim, a referida pessoa jurídica-contribuinte continuou, **por sua conta e risco**, a efetuar o pagamento do ICMS, valendo-se da redução da base de cálculo, como se ainda tivesse gozando do referido benefício fiscal, o que não condizia com sua realidade jurídica, pois, ao deixar de atender aos requisitos normativos, deixou de gozar do benefício fiscal e, por conseguinte, teria que efetuar o pagamento do ICMS sob a base de cálculo de 25% e não 15 % a menos.

Em razão de sua conduta, o Fisco estadual lavrou o **auto de infração nº03.007333-2,** instaurando o processo administrativo tributário nº **E-085241/2002,** impondo o pagamento de **51.631.214,71 UFIR RJ, a título de imposto e multa devidos.**

A referida sociedade anônima procurou impugnar a autuação na **via administrativa,** sendo que a Junta de Revisão Fiscal e o Conselho de Contribuintes indeferiram o pleito e mantiveram o auto de infração, face à legalidade e legitimidade.

Não satisfeita, a pessoa jurídica NET RIO S/A também ajuizou mandado de segurança na Justiça fluminense, visando impugnar o auto de infração, sendo que o Juízo de 1º grau julgou parcialmente procedente o pedido, admitindo que a sociedade pudesse recolher o tributo com base no benefício fiscal (alíquota reduzida), salvo nos meses de novembro e dezembro de 2001 e janeiro de 2002.

No entanto, em segundo grau de jurisdição, a 3ª Câmara Cível do TJ fluminense acabou reformando a decisão de primeiro grau e *denegou por completo* o pedido mandamental.

Em virtude do insucesso impugnatório na via administrativa e na via judicial por parte da sociedade NET RIO S/A e consequente exaurimento das mesmas, a Procuradoria do Estado finalmente ajuizou ação de execução fiscal junto à 11ª Vara de Fazenda Pública do Foro Central da Comarca da Capital fluminense, instaurando o processo nº 2008/001-365.528-5, a fim de cobrar o valor devido e atenuar a lesão ao erário estadual.

No entanto, nos autos consta informado pelos advogados da sociedade NET RIO S/A que, nos autos do processo de execução fiscal, foi apresentado "**seguro-garantia judicial" no valor de R$ 231.953.258,29 (duzentos e trinta e um milhões, novecentos e cinquenta e três mil, duzentos e cinquenta e oito reais e vinte e**

nove centavos) pelo **Banco Fator Seguradora,** conforme fotocópias não atenticadas dos documentos acostados no 3º volume.

Certo é que não consta nos autos informação de que a sociedade NET RIO S/A efetuou o **pagamento integral,** ou seja, a extinção da obrigação tributária, consequentemente, não houve ainda a extinção da punibilidade dos diretores suso referidos, não impedindo o oferecimento de denúncia.

Também é certo que **caução/seguro-garantia** não se confunde com pagamento, sendo certo que aquele, por si só, não extingue a punibilidade ou impede o exercício do direito de ação penal.

Não há dúvidas de que **o oferecimento de garantia em embargos à execução fiscal, ainda que potencialmente capaz de saldar, ao final daquele feito, o débito fiscal questionado, não é causa extintiva de punibilidade penal prevista como tal em nosso ordenamento**, não se podendo admitir, por razões óbvias, sua equiparação à quitação integra do débito a que se refere o art. 9.º, §2.º, da Lei n.º 10.684/2003.

Ora, a sociedade NET RIO S/A, através do Banco Fator Seguradora ofereceu seguro-garantia, o que demonstra que há **potencialidade** de ser quitado o débito tributário, mas não há certeza absoluta de que haverá **real/efetivo** pagamento, até porque a própria Seguradora pode, no futuro próximo, vir a ter a falência decretada, uma vez que o artigo 2º inciso II, da Lei nº 11.101/2005, quando exclui alguns entes empresariais da falência, o faz de forma relativa e não absoluta, sendo certo que falência não configura caso fortuito ou força maior, mas evento previsível.

Na esteira deste raciocínio, não se pode considerar o oferecimento de seguro-garantia no processo de execução fiscal como obstáculo à responsabilização penal dos diretores suso referidos, não tendo havido pagamento ou extinção da punibilidade.

A respeito, cumpre trazer à colação a melhor e mais precisa orientação jurisprudencial do **Egrégio Superior Tribunal de Justiça**, ***in litteris:***

> **Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma HC 235164 / SP Data 19/11/2012**
>
> **Ementa:**
>
> **DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. LEI N.º 8.137/90. DENÚNCIA. INÉPCIA. NÃO OCORRÊNCIA. FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE INCURSÃO NO CONJUNTO PROBATÓRIO CARREADO AOS AUTOS DA AÇÃO PENAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO OFERECIMENTO DE FIANÇA BANCÁRIA. MEDIDA QUE NÃO EQUIVALE AO PAGAMENTO INTEGRAL DO DÉBITO 1. O trancamento da ação penal**

pela via do habeas corpus é medida de exceção, somente admitida quando resulte evidente dos autos a atipicidade da conduta imputada ao acusado, a ausência de indícios mínimos de autoria e materialidade a embasarem a acusação ou, ainda, a extinção da punibilidade, circunstâncias que, in casu, não se vislumbram 2. O habeas corpus não se apresenta como via adequada ao trancamento da ação penal, quando o pleito se baseia em falta de justa causa não revelada primo oculi, não se coadunando a estreita via do remédio heróico com a necessidade de aprofundada incursão no conjunto fático da demanda. 3. *O oferecimento de garantia em embargos à execução fiscal, ainda que potencialmente capaz de saldar, ao final daquele feito, o débito fiscal questionado, não é causa extintiva de punibilidade penal prevista como tal em nosso ordenamento, sendo descabida, por razões óbvias, sua equiparação à quitação integra do débito a que se refere o art. 9.º, §2.º, da Lei n.º 10.684/2003.* 4. Ordem denegada.

Decisão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento após o voto-vista da Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura denegando a ordem, e o voto do Sr. Ministro Og Fernandes no mesmo sentido, por maioria, denegar a ordem de habeas corpus, vencido o Sr. Ministro Relator. Lavrará o acórdão a Sra. Ministra Alderita Ramos de Oliveira. Votaram com a Sra. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Og Fernandes. Não participou do julgamento a Sra. Ministra Assusete Magalhães. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Portanto, pode-se afirmar que não é caso de arquivamento do presente procedimento investigatório, pois diante do que consta dos autos, há flagrante justa causa para o oferecimento de denúncia, mas, ao mesmo tempo, levando-se em consideração a magnitude da lesão, o bem jurídico tutelado e como se trata de crime contra a ordem tributária estadual, já tendo a Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro ajuizado ação de execução fiscal, ou seja, está em fase de cobrança, deve-se ter mais cautela, dada a peculiaridade e complexidade dos crimes contra a ordem tributária, sendo certo que documentos importantes constam nos autos em fotocópias sem qualquer autenticação, tendo sido trazidos aos autos pelos próprios interessados.

Portanto, por ora, deixa o Parquet de oferecer a denúncia.

Por todo o exposto, determino à laboriosa secretaria desta COESF as seguintes providências:

1- A expedição de ofício ao **r. Juízo da 11ª Vara da Fazenda Pública do Foro Central da Comarca da Capital**, solicitando-lhe com brevidade:

1.1- informações sobre o **andamento e resultado** do processo de execução fiscal nº2008/001-365.528-5, em que figura como ré NET RIO S/A;
1.2- informações sobre se ocorreu o efetivo pagamento da obrigação tributária;
1.3- fotocópias autenticadas do seguro-garantia;
1.4- fotocópias da petição inicial, dos embargos à execução e de todas decisão judiciais proferidas nos respectivos autos;

2- Expedir ofício à **Secretaria de Estado Fazenda Fluminense**, requisitando-lhe informações sobre a contribuinte NET RIO S/A, mais precisamente se após a lavratura do auto de infração nº 03.007333-2 foram lavrados outros autos de infração em seu desfavor, bem como qual situação jurídica tributária desta pessoa jurídica, inclusive se tem pago o tributo ICMS sob a base de cálculo real;

3- Obter junto à CSI às FAC´s dos diretores suso referidos;

Após 60 dias, retornem.

Rio de Janeiro, 20 de maio de 2013

Cláudio Calo Sousa
Promotor de Justiça
Assessor da COESF em regime de acumulação

Ascensão funcional de policiais civis ao cargo de Delegado de Polícia. Violação à regra do concurso público. Inconstitucionalidade.

ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Processo nº 0003055-08.2010.8.19.0000
Mandado de Segurança
Relator: Des. Valmir de Oliveira Silva
Impetrantes: Luiz Otávio Antunes e outros.
Autoridade Impetrada: Governador do Estado do Rio de Janeiro.

Mandado de Segurança. Não viola direito líquido e certo a decisão administrativa que nega a policiais civis a ascensão funcional ao cargo de Delegado de Polícia. A ascensão funcional foi proscrita da ordem jurídica brasileira pelo art. 37, II, da Constituição de 1988. Não há que se falar em direito adquirido, à luz da legislação pretérita, em relação àqueles que somente preencheram os requisitos exigidos após 5 de outubro de 1988. Inconstitucionalidade do art. 33 da Lei Estadual nº 3.586/2001, que assegura a ascensão funcional aos agentes que indica. Irrelevância do fato de outros policiais civis terem sido indevidamente beneficiados pelo instituto: não há isonomia na ilicitude. Parecer pela improcedência do pedido.

E. Órgão Especial

I

1. Trata-se de Mandado de Segurança, com pedido de antecipação de tutela, impetrado por Luiz Otávio Antunes, Raul Fernandes Roupa Araújo e Walter Jorge Estevão, Inspetores de Polícia, contra ato do Exmo. Sr. Governador do Estado do Rio de Janeiro, que negou a pretensão dos Impetrantes de ascender "reparatoriamente" ao cargo de Delegado de Policia sem a prévia aprovação em concurso público.

2. Sustentam os impetrantes, em síntese, que: (a) são policiais civis, bacharéis em direito e foram aprovados no curso de Formação Profissional para Delegados de Polícia de 3ª Classe, ministrado pela ACADEPOL, conforme publicado no

DO de 25/09/1990; (b) o curso, iniciado antes de 1988, foi autorizado pela Procuradoria-Geral do Estado por meio da Resolução nº 342/1990; (c) a Lei Estadual nº 699/1983 (arts. 19 e 20) autorizava a ascensão funcional no âmbito da Polícia Civil; (d) em consequência, adquiriram o direito à ascensão funcional em data anterior à vigência da Constituição de 1988; (e) 116 Policiais Civis, na mesma condição funcional dos Impetrantes, foram nomeados, nos meses de outubro e novembro de 1990, para o cargo de Delegado de Polícia, sendo os Impetrantes injustificadamente excluídos desse grupo; (f) a Lei Estadual nº 3.586/2001 assegurou, de modo expresso, o direito dos Impetrantes, tendo-os enquadrado, "*reparatoriamente*", no cargo de Delegado de Polícia de 3ª classe; (g) o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro não declarou a inconstitucionalidade da Lei nº 3.586/2001, entendendo tratar-se de "*lei de efeito concreto*", não passível de impugnação via representação de inconstitucionalidade; (h) a pretensão dos Impetrantes foi acolhida pela então Governadora do Estado do Rio de Janeiro, em decreto publicado no Diário Oficial de 30/12/2006; (i) o atual Governador do Estado do Rio de Janeiro, por meio do Decreto nº 3/2007, declarou a nulidade do Decreto anterior, ferindo, assim, o direito adquirido dos Impetrantes; (j) tendo indeferido o pedido de reconsideração formulado no Processo Administrativo nº E-12/2193/2007, conforme decisão publicada no DO de 28/09/2009.

3. A petição inicial foi instruída com os documentos de fls. 28-116.

4. O Exmo. Sr. Governador do Estado do Rio de Janeiro apresentou as informações de fls. 147-152, tendo arguido (a) a inconstitucionalidade do art. 33 da Lei Estadual nº 3.586/2001, isto por ter sido inserido por iniciativa parlamentar e por violar a regra do concurso público; (b) a ascensão funcional anteriormente autorizada pela Lei Estadual nº 699/1983 não foi recepcionada pela Constituição de 1988; e (c) os Impetrantes não preencheram os requisitos exigidos para ascensão funcional em momento anterior à promulgação da Constituição de 1988.

5. O Estado do Rio de Janeiro ratificou as informações prestadas pela autoridade impetrada (fl. 146).

6. A antecipação de tutela pleiteada não foi apreciada.

II

7. O *writ*, que se insurge contra decisão publicada em 28 de setembro de 2009 (fl. 36), foi impetrado em 25 de janeiro de 2010, sendo, portanto, tempestivo.

8. Não é exagero afirmar que a promulgação da Constituição de 1988 consubstancia um verdadeiro marco de decência e isonomia no acesso aos cargos públicos de provimento efetivo. Se a Emenda Constitucional nº 1/1969 somente exigia a prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos para a primeira investidura em cargo ou emprego público, o art. 37, II, da atual Constituição estendeu a exigência a toda e qualquer investidura.

9. A exigência de prévia aprovação em concurso público terminou por extirpar, da ordem jurídica brasileira, o instituto da ascensão funcional, que permitia ao agente público a assunção de cargo público diverso sem a prévia realização de novo concurso. Tratando-se de prática há muito arraigada na realidade jurídica brasileira, era natural que o Supremo Tribunal Federal fosse chamado a se pronunciar, em inúmeras oportunidades, sobre a não recepção do instituto. À guisa de ilustração, podem ser mencionados os seguintes acórdãos:

> "DELEGADO DE POLÍCIA. PROVIMENTO DE CARGO DE CARREIRA. EXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. ADCT DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Viola o art. 37, II, da Constituição Federal o disposto no art. 23 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição do Estado de Minas Gerais, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional 45/2000, que determina a incorporação, sem concurso público, de policiais civis em situações específicas à carreira de delegado de polícia. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida e julgada procedente" (STF, Pleno, ADI nº 2.939/MG, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. em 19/02/2004).

> "Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 4.379 , de 07 de junho de 1990, do Estado do Espírito Santo. - Esta Corte já firmou o entendimento de que a ascensão funcional não mais é permitida pela atual Constituição, em virtude do disposto no artigo 37, II - e no ponto que interessa não foi modificado com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98 -, que passou a exigir concurso público para os casos em que, anteriormente, era ela admitida. - Inconstitucionalidade, por isso, do artigo 6º da lei sob exame, a qual, por interdependência, repercute em todo o texto da mesma lei. Ação que se julga procedente para declarar-se inconstitucional a Lei 4.379, de 07 de junho de 1990, do Estado do Espírito Santo" (STF, Pleno, ADI nº 368/ES, rel. Min. Moreira Alves, j. em 05/12/2002, DJ de 02/05/2003).

> "I. Delegado de Polícia: designação para o exercício da função de estranhos à carreira : inconstitucionalidade (CF, art. 144, § 4º). II. Concurso público: não mais restrita a sua exigência ao primeiro provimento de cargo público, reputa-se ofensiva do art. 37, II, CF, toda modalidade de ascensão de cargo de uma carreira ao de outra, a exemplo da "promoção por progressão vertical" impugnada. III. ADIn: alteração superveniente do art. 37, II, no qual fundada a arguição, pela EC 19/98: ação direta não prejudicada, pois, segundo o novo art. 37, II, resultante da EC 19/98, o que ficou explicitamente submetido à "natureza e a complexidade do cargo ou emprego" não foi a exigência do concurso público - parâmetro da presente argüição - mas a disciplina do mesmo concurso. IV. Polícia Civil: o art. 144, § 4º, da Constituição da República, ao impor sejam elas dirigidas por

Delegado de Polícia de carreira, não ilide a integração da instituição policial - que integra a administração direta estadual - à estrutura da Secretaria competente, conforme o direito local, nem retira do Secretário de Estado respectivo o poder normativo secundário que lhe advém do disposto no art. 87, II, da Lei Fundamental, com relação aos Ministros de Estado" (STF, Pleno, ADI nº 1.854/PI, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 14/06/2000, DJ de 04/05/2001).

"MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. CRITÉRIOS PARA EFETIVAÇÃO DE PROGRESSÃO FUNCIONAL. LEI Nº 7.720/89 E RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA Nº 13/89. DENEGAÇÃO. RECURSO ORDINÁRIO. Alegação de que os cargos criados pela Lei nº 7.720/89 deveriam ser preenchidos pelo critério de seleção interna, nos termos do ATO GDG 149/86 ou por antigüidade, como procedeu o STF ao dar cumprimento a idêntica disposição. Argumento que não se presta para justificar a concessão da segurança. Com efeito, se a ascensão funcional não mais é admitida pelo nosso sistema constitucional, qualquer disposição que viabilize essa forma de ingresso em outra carreira sem o concurso público exigido pelo inc. II do art. 37 da Constituição Federal, obviamente, com ele conflita, não configurando direito líquido e certo. Recurso improvido" (STF, 1ª T., RMS nº 22.282/DF, rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 26/03/1999, DJ de 21/05/1999).

"O ingresso em cargo isolado ou cargo inicial de certa carreira deve dar-se obrigatoriamente por concurso público à vista do que dispõe o artigo 37 - II da Constituição Federal, com a ressalva dos cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração. O Supremo já proclamou, em mais de um juízo plenário, a inconstitucionalidade da ascensão funcional enquanto forma de ingresso em carreira diversa daquela que o servidor público começou por concurso. Ação direta julgada procedente com a declaração de inconstitucionalidade do artigo" (STF, Pleno, ADI nº 362/AL, rel. Min. Francisco Rezek, j. em 21/11/1996, DJ de 04/04/1997).

10. Não obstante a indiscutível proscrição do instituto da ascensão funcional, ora pretendida pelos Impetrantes, foi ela inserida no então art. 185, atual art. 188, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, *verbis*:

"Art. 188 - À Polícia Civil, dirigida por Delegados de Polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração das infrações penais, exceto as militares.
§ 1º - A carreira de Delegado de Polícia faz parte da carreira única da polícia civil, dependendo o respectivo ingresso de classificação em concurso público de provas e títulos e, por ascensão, sendo que metade das vagas será reservada para cada uma dessas formas de provimento, podendo ser

aproveitadas para concurso público as vagas que não forem preenchidas pelo instituto da ascensão".

11. Instado a se pronunciar sobre a constitucionalidade do § 1º do então art. 185 da Constituição estadual, o Supremo Tribunal Federal, por óbvias razões, inclinou-se pela negativa, *verbis*:

> "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. POLICIA CIVIL. CARREIRA DE DELEGADO. ASCENSÃO FUNCIONAL. - SE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NO PARÁGRAFO 4. DO ARTIGO 144, ESTABELECE QUE AS POLÍCIAS CIVIS DOS ESTADOS SERÃO DIRIGIDAS POR DELEGADOS DE POLICIA DE CARREIRA, NÃO SERÁ POSSIVEL, INCLUSIVE PARA AS CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS, ESTABELECER UMA CARREIRA ÚNICA NAS POLÍCIAS CIVIS, DENTRO DA QUAL SE INCLUAM OS DELEGADOS, AINDA QUE ESCALONADOS EM CATEGORIAS ASCENDENTES. O QUE A CONSTITUIÇÃO EXIGE E A EXISTÊNCIA DE CARREIRA ESPECÍFICA DE DELEGADO DE POLICIA PARA QUE MEMBRO SEU DIRIJA A POLICIA CIVIL, TENDO EM VISTA, EVIDENTEMENTE, A FORMAÇÃO NECESSARIA PARA O DESEMPENHO DOS CARGOS DESSA CARREIRA. - A ASCENSAO FUNCIONAL NÃO MAIS É ADMITIDA PELO INCISO II DO ARTIGO 37 DA ATUAL CONSTITUIÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE QUE SE JULGA PROCEDENTE PARA DECLARAR INCONSTITUCIONAL O PARAGRAFO 1. DO ARTIGO 185 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO" (STF, Pleno, ADI nº 245/RJ, rel. Min. Moreira Alves, j. em 05/08/1992, DJ de 13/11/1992).

12. Nova tentativa de ressuscitar o instituto da ascensão em solo fluminense ocorreu com a edição do art. 33 Lei Estadual nº 3.586/2001, nítida norma de efeitos concretos que buscava agraciar os Impetrantes e outros policiais civis em situação similar com a ascensão ao cargo de Delegado de Polícia de 3ª classe. Face à ausência de generalidade da norma estadual, o E. Tribunal de Justiça não conheceu da Representação por Inconstitucionalidade nº 77/2001, sendo relator o Desembargador Carlos Ferrari (fls. 50/54). Quanto ao vício de inconstitucionalidade, no entanto, não houve pronunciamento.

13. O Governo do Estado do Rio de Janeiro, por sua vez, assumiu posturas distintas em relação à Lei Estadual nº 3.586/2001. Enquanto a Governadora Rosinha Garotinho anuiu aos seus termos, o que levou à edição do Decreto de 29 de dezembro de 2006, que realizou a ascensão funcional dos Impetrantes, o Governador Sérgio Cabral, em 4 de janeiro de 2007, decretou a nulidade do Decreto anterior.

14. A postura adotada pela autoridade impetrada é incensurável. Afinal, decretou a nulidade de um ato administrativo praticado com base em lei inconstitucional,

isto em razão da flagrante afronta à regra do concurso público prevista no art. 37, II, da Constituição da República. Com isto, rendeu homenagem ao Enunciado da Súmula nº 473 da Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal, *verbis*: "*[a] administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial*".

15. Ainda é relevante observar que o Supremo Tribunal Federal, há décadas, reconhece a possibilidade de o Chefe do Executivo deixar de aplicar a lei que considere inconstitucional, *verbis*: "*É constitucional decreto do Chefe de Poder Executivo Estadual que determina aos órgãos subordinados que se abstenham da prática de atos que impliquem a execução de dispositivos legais vetados por falta de iniciativa exclusiva do Poder Executivo*" (Rep. nº 980, rel. Min. Moreira Alves, j. em 21/11/1979, *RTJ* 96/496). No mesmo sentido, STF, Pleno, ADIN nº 221, rel. Min. Moreira Alves, *RTJ* 151/331; Pleno, RMS nº 4.211, rel. Min. Cândido Motta, j. em 30/4/1957, *RTJ* 2/386; Pleno, RMS nº 5.860, rel. Min. Villas Boas, j. em 5/11/1958, *Ementário* nº 371; Rep. nº 512, rel. Min. Pedro Chaves, j. em 7/12/1962, *RDA* 76/308; MS nº 15.886, rel. Min. Victor Nunes, j. em 26/5/1966, *RTJ* 41/669.

16. A partir dessas premissas já é possível intuir que a decisão proferida no Processo Administrativo nº E-12/2193/2007, ora impugnada, não merece qualquer reparo. Acresça-se que a tese da existência de direito adquirido, deduzida pelos Impetrantes na petição inicial, é simplesmente insustentável, estando em contradição com as próprias premissas que tentam fundamentá-la. Afinal, se os Impetrantes só concluíram o curso na ACADEPOL em 1990, o que foi declarado por eles e confirmado pelo art. 33 da Lei Estadual nº 3.586/2001, afigura-se evidente que não preencheram os requisitos exigidos para a ascensão funcional em momento anterior à promulgação da Constituição de 1988.

17. Também não socorre os Impetrantes a tese de que outros policiais civis, em situação idêntica, foram beneficiados pela ascensão funcional. A conclusão decorre de uma premissa de simplicidade franciscana: *não há isonomia na ilicitude*. Se outros policiais civis foram beneficiados por ato ilícito, isto não significa que os Impetrantes também deverão sê-lo. A respeito dessa temática, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão do seguinte teor, *verbis*:

> "1. Jurisprudência pacificada no STF acerca da impossibilidade de provimento de cargo público efetivo mediante ascensão ou progressão. Formas de provimento derivado banidas pela Carta de 1988 do ordenamento jurídico. 2. A investidura de servidor efetivo em outro cargo depende de concurso público (CF, artigo 37, II) ressalvadas as hipóteses de promoção na mesma carreira e de cargos em comissão. 3. Eventuais atos praticados em desobediência à Carta da República não podem ser invocados com base no princípio isonômico, dado que direito algum nasce de ato inconstitucional. Segurança denegada" (STF, Pleno, MS nº 23.670/DF, rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 29/11/2001, DJ de 08/02/2002).

III

18. O parecer, assim, é no sentido de que seja julgado improcedente o pedido, denegando-se a segurança postulada.

Rio de Janeiro, 13 de agosto de 2010.

Emerson Garcia
Promotor de Justiça
Assistente da Subprocuradoria-Geral de Justiça
de Atribuição Originária Institucional e Judicial

Aprovo.

Antonio José Campos Moreira
Subprocurador-Geral de Justiça
de Atribuição Originária Institucional e Judicial

Direitos autorais e limites da responsabilidade de empresa produtora de show, de patrocinadora do evento e do Município do Rio de Janeiro.

5º CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PROCESSO Nº 0016039-60.20068.19.0001

Apelação/Reexame Necessário nº 16039/2011
Relatora: Des.Milton Fernandes de Souza

Apelante 1:ATL Telecom Leste S/A - CLARO
Apelante 2:Escritório Central de Arrecadação e Distribuição ECAD
Apelante 3:Planmusic Entretenimento LTDA
Apelante 4:Município do Rio de Janeiro
Apelante 5:Motorola Industrial LTDA
Apelados:Os Mesmos

Parecer do Ministério Público

EGRÉGIA CÂMARA

Direito Autoral. Ação indenizatória proposta pelo ECAD em face de empresa produtora de show, de patrocinadoras do evento e do Município do Rio de Janeiro, para haver o recolhimento dos direitos autorais pela execução de obras litero-musicais. Sentença que julgou procedente o pedido em face da empresa produtora do espetáculo e improcedente em face do Município do Rio de Janeiro e das empresas patrocinadoras do evento. Recursos de Apelação interpostos por todas as partes do processo. Acerto da decisão singular que determinou a exclusão da responsabilidade das empresas patrocinadoras e do ente público municipal, certo de que apenas a empresa produtora do espetáculo deve responder pela execução das obras musicais. Necessidade de majoração dos honorários arbitrados em favor destas, tendo em vista a complexidade, o valor da causa e o trabalho desenvolvido pelos patronos das partes. No mérito, necessidade de ponderação de duas teses contrapostas, a saber, o direito à vinculação da proposta de contrato formulada pelo ECAD, com a incidência do princípio da boa-fé objetiva, que impõe aos contratantes a vedação de comportamento contraditório,

de um lado, e a possibilidade da cobrança de o ECAD com base em Regulamento próprio, tendo em vista a indisponibilidade dos direitos autorais, que seriam difusos e impediriam que sobre os mesmos pudesse haver negociação, com renúncia parcial sobre o direito. Prevalência da primeira tese. Embora integrante dos direitos da personalidade, o direito autoral se exprime na forma de direito patrimonial, sendo classificado na categoria de bens móveis pelo nosso Código Civil, em seu art. 83, III e expressamente pelo art. 3º da Lei nº 9.610/98. Possibilidade do ECAD efetuar a cobrança em valor negociado, tratando-se de entidade civil sem fins lucrativos e tendo em conta o caráter patrimonial e ainda a disponibilidade do direito litigioso. Precedentes desta Corte. Vinculação da proposta apresentada pelo ECAD, na forma do que dispõe o art. 427 do Código Civil. Obrigatoriedade de comportamento de acordo com a lealdade e a boa fé objetiva, que veda o comportamento contraditório (*venire contra factum propium*), na forma do art. 422 do Código Civil. Desproporcionalidade do valor fixado. Necessidade de reforma da sentença apelada. Provimento do 3º recurso, para que seja mantido o valor de R$ 198.990,40 a título de indenização devida ao ECAD pelos direitos autorais decorrentes do show do Rolling Stones; desprovimento do 2º recurso e provimento dos 1º, 4º e 5º recursos, para que os honorários advocatícios sejam majorados para valor correspondente a 10% do valor devido ao ECAD.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Apelação interpostos por ATL Telecom Leste S/A - CLARO, Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD, Planmusic Entretenimento LTDA, Município do Rio de Janeiro e Mororola Industrial Ltda., visando à reforma da sentença de fls. 1687/1699, que julgou procedente, em parte, o pedido formulado pelo ECAD, de ressarcimento pela execução de obras musicais durante o show de Rolling Stones realizado na Praia de Copacabana em 2006, que ainda contou com a apresentação dos grupos Titãs, AfroReggae e DJ Janot, para julgar improcedente o pedido em face dos 1º, 4º e 5º Apelantes e procedente em face do 3º Apelante, Planmusic Entretenimento Ltda., impondo a esta a condenação ao pagamento de direitos autorais no valor de R$ 962.662,18 (novecentos e sessenta e dois mil seiscentos e sessenta e dois reais e dezoito centavos).

A sentença apelada fundamenta seu decreto, em síntese, em que a própria Planmusic reconhece o seu dever de indenizar o Ecad a título de pagamento por direitos autorais decorrentes da veiculação de obras musicais durante o evento realizado na Praia de Copacabana, reconhecimento este que decorre da propositura da ação declaratória em apenso à presente ação, sustentando, ainda, que inexiste possibilidade de negociação, por parte do ECAD, para recolhimento inferior ao previsto no Regulamento pertinente, apontando a incidência das hipóteses dos

§§ 2º e 3º do art. 68da Lei nº 9.610/98, forte em que não foi obtida autorização para execução pública das obras programadas para a realização do show dos *Rolling Stones*.

Com relação aos Réus ATL Telecom Leste S/A - CLARO, Município do Rio de Janeiro e Motorola Industrial LTDA, apontou a incidência do disposto no art. 110 da Lei nº 9.610/98, isentando-os de responsabilidade pelo recolhimento, na medida em que não atuaram como promotores do evento, impondo ao Autor, em conseqüência, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios no valor de R$ 2.000,00 (dois mil reais).

Foram opostos embargos de declaração pelo ECAD (fls. 1.701/1.704), pela Planmusic (fls. 1.726/1.732), e pelo município do Rio de Janeiro (fls. 1.734/1.735), sendo rejeitados os dois primeiros e acolhidos os embargos opostos pelo ente público, para declarar que os honorários advocatícios fixados em face do ECAD deverão ser repartidos igualmente entre os Réus excluídos da condenação principal (decisão de fls. 1.737/1.738).

O 1º Apelante, em suas razões de fls. 1746/1752, sustenta a necessidade de reforma parcial da sentença apelada, apenas para que os honorários advocatícios sejam fixados nos termos do art. 20, §4º do Código de Processo Civil.

O Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD, segundo apelante, requer, em suas razões de fls. 1755/1781, a responsabilidade solidária de todos os Réus, nos termos do art. 110, da Lei 9.610/98, sustentando, para tanto, que, por serem patrocinadores e promotores diretos do evento, ganham o status de responsáveis solidários, pois fomentaram, fizeram publicidade e obtiveram ganhos junto com a Planmusic Entretenimento S/A.

A Planmusic, 3ª Apelante, por sua vez, sustenta, em suas razões de fls. 1790/1804, que o pré-contrato celebrado entre o ECAD e a produtora do evento vincula o órgão arrecadador, no valor de R$198.990,40 (cento e noventa e oito mil, novecentos e noventa reais e quarenta centavos), referentes aos direitos autorais para execução pública musical do show de Rolling Stones, na forma do que dispõe o art. 427 do Código Civil. Aponta a 3ª Apelante comportamento contraditório por parte do ECAD, que, às vésperas da realização do referido show, violando o disposto no art. 422 do mesmo diploma substantivo civil. Traz a lume o 3º Apelante, ainda, precedentes desse Tribunal de Justiça em processo em que o ECAD teria aceitado o recebimento de valor inferior ao previsto em seu Regulamento, tendo a 11ª Câmara Cível imposto ao escritório central de arrecadação a obrigatoriedade de receber o valor avençado anteriormente, invocando a função social do contrato (art. 421 do Código Civil). Por fim, a 3ª Apelante menciona que o show do cantor Lenny Kravitz, em condições semelhantes, teve seus direitos autorais fixados em R$ 32.035,82 (trinta e dois mil, trinta e cinco reais e oitenta e dois centavos), o que contrasta com o valor exigido pelo ECAD para a realização do evento em apreço.

O Município do Rio de Janeiro apela adesivamente, às fls. 1.821/1.832, questionando o critério de aferição do valor devido ao ECAD, em razão do show

gratuito realizado na praia de Copacabana. Afirma que o valor deveria incidir sobre o cachê do grupo, e não sobre os gastos com a realização do evento, como o aluguel de estruturas metálicas e aparelhagem de som, já que a finalidade do Autor seria proteger os interesses autorais dos artistas. Colaciona ainda diversos julgados desse tribunal acerca de abuso de poder por parte do ECAD ao arbitrar valores sem relação com sua atribuição, frisando, por fim, que o órgão já havia concordado com o pagamento do montante de R$ 198.990,40 (cento e noventa e oito mil, novecentos e noventa reais e quarenta centavos).

Por fim, a Motorola Industrial, em seu recurso adesivo de fls. 1859/1865, limita-se a questionar os critérios de fixação dos honorários advocatícios, pleiteando sua majoração.

Contrarrazões de apelação acostadas às fls. 1.814/1.819, 1.833/1.842, 1.846/1.857, 1.971/1.976, 1.981/1.993 e 1.998/2.003.

No parecer recursal de fls. 145/147, o Ministério Público opinou pelo conhecimento e desprovimento dos recursos interpostos.

Este o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

Os recursos são tempestivos e atendem aos demais pressupostos de admissibilidade, razão pela qual devem ser conhecidos.

No mérito, deve ser reformada a sentença apelada.

Primeiramente, tendo em vista a prejudicialidade do 2º recurso em relação aos 1º, 4º e 5º apelos, passamos à sua apreciação.

A exclusão da responsabilidade da ATL, do Município do Rio de Janeiro e da Motorola se mostra correta e encontra abrigo em expresso dispositivo da lei de regência, o art. 110 da Lei nº 9.610/98, que disciplina que, pela violação dos direitos autorais, os proprietários, diretores, gerentes, empresários e arrendatários respondem solidariamente com os organizadores do espetáculo.

Ora, não nos parece que os patrocinadores e o Município do Rio de Janeiro se enquadrem em qualquer daquelas funções elencadas no art. 110 da citada lei, motivo pelo qual outra alternativa não restou ao magistrado *a quo* que não fosse a improcedência do pedido em relação a eles.

De outro giro, o valor imposto a título de honorários advocatícios em face do ECAD não observou qualquer parâmetro legal em sua fixação, e se deu de forma aleatória e ínfima. Efetivamente, o valor de R$ 2.000,00 (dois mil reais) a serem partilhados entre os 1º, 4º e 5º Apelantes é irrisório e não reflete o trabalho desenvolvido pelos patronos das partes, deixando de considerar a complexidade

da causa e pondo-se à margem, ademais, dos parâmetros fixados no art. 20 do Código de Processo Civil.

Por fim, deve ser sublinhado que os honorários advocatícios fixados em face do autor da ação devem corresponder ao seu efetivo aproveitamento econômico na causa, incidindo, em conseqüência, sobre o valor da indenização a que tiver direito.

À conta do até aqui exposto, deve ser negado provimento ao 2º recurso e dado provimento aos 1º, 4º e 5º recursos, para que os honorários advocatícios a que foi condenado o ECAD sejam majorados para o valor correspondente ao percentual de 10% sobre da indenização fixada em favor do ECAD.

Com relação ao 3º recurso, da Planmusic, somos em que se deva dar integral provimento.

Para o deslinde justo da causa, entendemos que se mostra necessária a contraposição das duas principais teses debatidas nos autos, a saber, o direito à vinculação da proposta de contrato formulada pelo ECAD, com a incidência do princípio da boa-fé objetiva, que impõe aos contratantes a vedação de comportamento contraditório, de um lado, e a possibilidade da cobrança do ECAD com base em Regulamento próprio, tendo em vista a indisponibilidade dos direitos autorais, que seriam difusos e impediriam que sobre os mesmos pudesse haver negociação, com renúncia parcial sobre o direito.

E neste canteiro, abraçamos a primeira das teses. De fato, não vemos como se possa sustentar que os direitos autorais se caracterizam como direitos indisponíveis ou difusos, tal como posto no parecer de mérito do Ministério Público, em 1º grau de jurisdição, embora respeitado o entendimento contrário.

Embora integrante dos direitos da personalidade, extensão do próprio ser e fruto de sua criação personalíssima, os direitos autorais, na realidade, se traduzem como direitos patrimoniais, tanto é assim que se classificam como bens móveis, nos expressos termos do art. 3º da Lei nº 9.610/98, o que é uma ficção jurídica, tal como constava no Código Civil de 1.916, em seu art. 48, III, hoje revogado pelo inciso III, do art. 83 do Código Civil vigente.

Tanto é assim que os direitos autorais são objeto de franca e corriqueira cessão por parte de seus titulares. Nada obsta, em conseqüência, que o ECAD, na qualidade de representante da classe dos detentores dos direitos autorais, possa encabeçar negociações acerca do valor a ser pago a título de execução de obras musicais.

Posto isto, resta observarmos a efetiva existência de negócio jurídico entre as partes antecedente à propositura da presente ação, ou seja, se a Planmusic e o Ecad já eram sujeitos de relação obrigacional derivada de contrato antes do início da presente relação processual.

Não temos dúvida que sim.

Em sua petição inicial da ação de preceito cominatório cominada com indenização, o ECAD afirma que a Planmusic não diligenciou qualquer contato

prévio com o escritório de arrecadação, de modo a recolher os direitos pela divulgação das obras musicais no show da banda internacional Rolling Stones, ferindo assim, o disposto no art. 68, §§ 2º e 3º da Lei nº 9.610/98. A partir disto, o ECAD teria aplicado o "Regulamento de Arrecadação Consolidado", que contém a tabela de preços dos direitos autorais a serem recolhidos pela divulgação e exibição das obras musicais.

Entretanto, como se vê da mensagem eletrônica acostada às fls. 516, tanto a Planmusic diligenciou junto ao ECAD para o recolhimento dos direitos autorais em destaque, que o próprio escritório central de arrecadação respondeu à produtora do evento propondo o recolhimento do valor de R$ 198.990,40 (cento e noventa e oito mil, novecentos e noventa reais e quarenta centavos).

E a empresa produtora Planmusic aderiu à proposta formulada, como se vê do documento de fls. 520.

Ora, as mensagens eletrônicas não só demonstram a intenção das partes, que se apresentavam como sendo legítimas e titulares do direito obrigacional, mas também indicam o valor certo e determinado, sendo o objeto lícito e bem definido (recolhimento de direitos autorais em virtude do show de bandas musicais). Assim, todos os elementos formadores do contrato se mostravam satisfeitos e presentes em momento anterior à propositura da presente ação.

Nossa lei substantiva civil, por seu turno, confere à proposta de contrato o mesmo status deste, bastando que apresente os elementos inerentes ao vínculo obrigacional, como se vê do disposto no art. 427 do Código Civil:

> "Art. 427 - A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso."

Segundo a melhor doutrina, para que a proposta seja hábil à formação da relação contratual, necessário que seja séria, completa, clara e dirigida à pessoa a quem se deve obrigar, segundo Brenno Fischer, in "Dos contratos por correspondência", Editora Editor, RJ., 1937, n. 73, p. 89/95.

Segundo o mesmo autor, na obra citada, à página 89, citado por Nelson Nery Junior, em seu "Código Civil Comentado", Editora Revista dos Tribunais, 8ª edição, página 564, o conceito de proposta:

> "Consiste na declaração emitida com a finalidade de realização de um contrato futuro. A intenção do proponente é comunicar ao destinatário sua intenção de contratar. Para tanto, a proposta deve conter todos os elementos e requisitos essenciais, previstos, indispensáveis e suficientes para a celebração do negócio jurídico que se pretende, de modo que com um simples sim do destinatário o contrato se forme."

No caso em apreço, a formação do contrato se deu pela simples aceitação da oferta de preço feita pelo ECAD, já que o exaurimento da obrigação se daria com a mera expedição de guia para o depósito do valor proposto. Os elementos indispensáveis e suficientes para a formação do contrato se traduzem, na hipótese, na simples aceitação da oferta financeira a título de pagamento pelos direitos autorais.

Neste sentido, na medida em que o ECAD, após a proposta, ingressa com a presente ação, pretendendo o recebimento do valor correspondente a 10% do valor total do evento, tal como já havia expressado no documento de fls. 520 dos autos, viola o princípio da boa-fé objetiva inscrito no art. 422 do Código Civil.

De fato, tem inteira incidência, aqui, o princípio que veda o denominado *venire contra factum proprium*, ou seja, a assunção de comportamento contraditório, quando o contratante assume posição antagônica à inicialmente adotada quando da realização do contrato.

Em se de doutrinária, é assente o entendimento da correlação entre o referido comportamento obrigatório e o princípio da boa-fé objetiva consagrado no citado art. 422, como se vê da lição de Caio Mário da Silva Pereira, *in* "Instituições de Direito Civil", Vol. III, 11ª edição, atualizado por Regis Fichtner, página 21:

> "A boa-fé objetiva serve como elemento interpretativo do contrato, como elemento de criação de deveres jurídicos (dever de correção, de sigilo, de cuidado, e segurança, de informação, de cooperação, de sigilo, de prestar contas) e até como elemento de limitação e ruptura de direitos (proibição do *venire contra factum proprium*, que veda que a conduta da parte entre em contradição com conduta anterior, do *inciviliter agere*, que proíbe comportamentos que violem o princípio da dignidade humana, e da *tu quoque*, que é a invocação de uma cláusula ou regra que a própria parte já tenha violado)."

A despeito disto, ainda que não se considerassem as razões de direito que impõem a observância do contrato firmado, quando da realização da proposta por parte do ECAD, não se pode ter como razoável a incidência do valor correspondente a 10% sobre o custo total do espetáculo, eis que neste valor se encontram inseridas despesas outras que não a de cachês por apresentações de bandas musicais, tais como as despesas referentes à locação de equipamentos, montagem do palco, a contratação de mão-de-obra de apoio, iluminação, etc.

Assim, mesmo a incidência do valor percentual de 10% prevista no Regulamento do ECAD deveria observar esta particularidade, sob pena de se mostrar abusivo o direito de impor unilateralmente o valor devido a título de direitos autorais, que deve encontrar limite no próprio princípio da razoabilidade.

À conta dos argumentos aduzidos, somos em que o pedido inicial não pode ser acolhido, devendo prevalecer a proposta levada a efeito pelo ECAD, no valor de R$ 198.990,40 (cento e noventa e oito mil, novecentos e noventa reais e quarenta centavos).

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, o Ministério Público, por esta Procuradoria de Justiça, oficia no sentido do provimento dos 1º, 3º, 4º e 5º recursos, e desprovimento do 2º recurso, tudo na forma acima.

Rio de Janeiro, 25 de setembro de 2011.

Sérgio Roberto Ulhôa Pimentel
Procurador de Justiça

JURISPRUDÊNCIA

REFERENDO EM MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO CAUTELAR 2.185 – DF

Relator: O Sr. Ministro Celso de Mello

Requerente: Adler Assessoramento Empresarial e Representações Ltda.

Requerida: União

Recurso extraordinário – Medida cautelar – Pressupostos necessários à concessão do provimento cautelar (*RTJ* 174/437438) – Exigência legal de prévio depósito do valor da multa como condição de admissibilidade do recurso administrativo – Transgressão ao art. 5º, LV, da Constituição da República – Nova orientação jurisprudencial firmada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal – Cumulativa ocorrência, no caso, dos requisitos concernentes à plausibilidade jurídica e ao *periculum in mora* – Precedentes – Magistério da doutrina – Decisão referendada pela Turma.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência do Ministro Celso de Mello, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em referendar, integralmente, por seus próprios fundamentos, a decisão proferida pelo Relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Ministro Joaquim Barbosa.

Brasília, 11 de novembro de 2008 – Celso de Mello, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Celso de Mello: Em sede de "*medida cautelar incidental*" – e tendo em vista a **cumulativa satisfação** dos pressupostos referentes à **plausibilidade jurídica** e ao "*periculum in mora*" –, **proferi** decisão **que possui** o seguinte teor **(fls. 66/69)**:

*Trata-se de "medida cautelar incidental", com pedido de liminar, **que busca atribuir efeito suspensivo** ao recurso extraordinário, que, **interposto** pela parte ora requerente, **insurge-se** contra decisão (fls. 39/45) – **mantida em sede** de embargos declaratórios (fls. 47/50) – que o E. Tribunal Regional Federal da 1ª Região **proferiu** nos autos **da AMS** n. 2005.34.00.014573-8/DF.*

***Destaco**, ainda, que o recurso extraordinário em questão **sofreu** juízo **positivo** de admissibilidade (fls. 63).*

***Passo a apreciar** o pedido formulado na **presente** sede processual.*

***Como se sabe**, a outorga de **efeito suspensivo** ao recurso extraordinário reveste-se de **excepcionalidade** absoluta, **especialmente** em face do que **dispõe** o art. 542, § 2º, do CPC, **na redação** que lhe deu a Lei n. 8.950/1994.*

> ***O Supremo Tribunal Federal**, bem por isso, **e atento ao caráter excepcional** da medida cautelar cujo deferimento importe em concessão de eficácia suspensiva ao apelo extremo (**RTJ** 110/458 – **RTJ** 111/957 – **RTJ** 112/957, **v.g.**), **somente** tem admitido essa possibilidade processual, quando **satisfeitas** determinadas condições.*

*Com efeito, **a concessão de medida cautelar**, pelo Supremo Tribunal Federal, **quando** requerida **na perspectiva** de recurso extraordinário **interposto** pela parte interessada, **supõe**, para legitimar-se, **a conjugação necessária dos seguintes requisitos**: (**a**) **que tenha sido instaurada a jurisdição cautelar** do Supremo Tribunal Federal (**existência de juízo positivo** de admissibilidade do recurso extraordinário, **consubstanciado** em decisão proferida pelo Presidente do Tribunal de origem **ou resultante** do provimento do recurso de agravo); (**b**) **que o recurso extraordinário interposto possua viabilidade processual**, caracterizada, **dentre outras**, pelas notas da tempestividade, do prequestionamento explícito da matéria constitucional **e** da ocorrência de ofensa direta e imediata ao texto da Constituição; (**c**) **que a postulação de direito material** deduzida pela parte recorrente **tenha** plausibilidade jurídica; **e** (**d**) **que se demonstre**, objetivamente, **a ocorrência** de situação configuradora do "periculum in mora" (**RTJ 174/437-438**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **v.g.**).*

***Assentadas** tais premissas, **cabe** verificar **se** a fundamentação jurídica em que se apoia a pretensão deduzida pela parte requerente **atende**, ou não, ao requisito da relevância.*

*Sob tal perspectiva, **cumpre ter presente** a circunstância de que a controvérsia jurídica **suscitada** no recurso extraordinário **interposto** pela parte ora requerente – **discussão sobre a constitucionalidade** da exigência **de depósito prévio** para interposição de recurso em sede administrativa – **foi apreciada** pelo Plenário desta Suprema Corte, **no julgamento do RE 390.513/SP**, que firmou **nova orientação** sobre a matéria em causa.*

***O exame** da presente postulação cautelar **parece evidenciar** que o acórdão recorrido em sede recursal extraordinária **não se ajustaria à nova orientação** que esta Suprema Corte firmou no julgamento em referência.*

*Em **recente** julgamento, **e já refletindo** esse **novo** entendimento jurisprudencial, a colenda **Segunda Turma** desta Suprema Corte **acolheu** pleito recursal **idêntico** ao formulado pela parte ora requerente no recurso extraordinário*

*por ela interposto, **proferindo** decisão **consubstanciada** em acórdão assim ementado:*

> *"**AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXIGÊNCIA LEGAL DE PRÉVIO DEPÓSITO** DO VALOR DA MULTA **COMO CONDIÇÃO DE ADMISSIBILIDADE** DO RECURSO ADMINISTRATIVO - **OCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO** AO ART. 5º, LV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - **NOVA** ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL **FIRMADA** PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - **RECURSO DE AGRAVO PROVIDO**.*
>
> *- **A exigência legal de prévio depósito** do valor da multa, **como pressuposto de admissibilidade** de recurso de caráter meramente administrativo, **transgride** o art. 5º, LV, da Constituição da República. **Revisão** da jurisprudência: **RE 390.513/SP (Pleno)."(AI 598.597 AgR/RJ**, Rel. Min. CELSO DE MELLO.)*

***Vale ressaltar** que essa **nova** diretriz da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal **tem o beneplácito de valiosa opinião doutrinária**, como aquela emanada de ilustres autores, **tais como** ROQUE ANTONIO CARRAZZA ("**Curso de Direito Constitucional Tributário**", p. 429, item n. 5, 22. ed., 2006, Malheiros), SACHA CALMON NAVARRO COÊLHO ("**Curso de Direito Tributário Brasileiro**", p. 784/791, itens ns. 14.2 e 14.4, 9. ed., 2002, Forense), HUGO DE BRITO MACHADO ("**Curso de Direito Tributário**", p. 448, item n. 3.4, 26. ed., 2005, Malheiros), PÁTRÍCIA FERNANDES DE SOUZA GARCIA (" **Os Direitos dos Contribuintes e as Garantias Recursais no Processo Administrativo**", p. 169/178, "in" " A Defesa do Contribuinte no Direito Brasileiro" , **coordenação** de IVES GANDRA MARTINS e de ROGÉRIO VIDAL GANDRA MARTINS, 2002, IOB), ALBERTO XAVIER ("**Princípios do Processo Administrativo e Judicial Tributário**" , p. 208, 2005, Forense), AGOSTINHO TOFFOLI TAVOLARO ("**Solve et Repete**" , "in" " Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas" , ano 6, n. 24, julho-setembro de 1998, p. 185/192, RT) **e** FERNANDO FACURY SCAFF ("**Direitos Fundamentais, Depósito Recursal Administrativo e Controle de Constitucionalidade**" , "in" "Grandes Questões Atuais do Direito Tributário", vol. 10/76-95, 2006, Dialética, **v.g.**), **cujo magistério não reconhece como legítima**, sob uma perspectiva **estritamente** constitucional, **a exigência** de depósito prévio **como pressuposto de recorribilidade** das decisões **na instância administrativa**.*

***A existência** desses precedentes **revela-se suficiente para conferir plausibilidade jurídica** à pretensão deduzida pela parte ora requerente.*

***É por tal razão** que **eminentes Ministros** deste Tribunal, **pronunciando-se em contexto idêntico** ao que emerge do pleito ora em exame, **têm concedido** a suspensão cautelar de eficácia de acórdãos **que consideraram** - em frontal **colisão** com o magistério jurisprudencial **desta** Suprema Corte - **constitucionalmente válida a exigência de depósito prévio** para interposição de recurso*

*administrativo (**AC 636 QO/MG**, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA - **AC 1.556-MC-QO/MG**, Rel. Min. CELSO DE MELLO - **AC 1.887-MC/SP**, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA - **AC 1.931-QO/SP**, Rel. Min. ELLEN GRACIE, **v.g.**).*

***Registre-se**, finalmente, que a parte ora requerente **justificou**, de maneira **inteiramente** adequada, as razões **que caracterizam a concreta ocorrência**, na espécie, de situação configuradora do "periculum in mora" (fls. 05/06).*

***Desse modo** - em face **da existência** de precedentes específicos sobre a questão suscitada nesta sede processual -, **defiro**, em caráter excepcional **e** "ad referendum" da colenda **Segunda Turma** desta Corte (**RISTF**, art. 21, V), **até final julgamento** do recurso extraordinário em questão, **o pedido** formulado pela parte requerente, **em ordem a determinar** "(...) à Secretaria da Receita Federal do Brasil **que encaminhe** ao Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda **o correspondente** recurso administrativo da autora, **sem a exigência** do depósito prévio" (fl. 7 - **grifei**).*

*2. **Deixo de ordenar a citação** da parte ora requerida, **pelo fato** de a outorga da medida cautelar em referência - **por se exaurir** em si mesma - **não depender** do ulterior ajuizamento de **qualquer** ação principal, **consoante** tem enfatizado, **em sucessivas** decisões, **o magistério jurisprudencial** desta Suprema Corte (**RTJ 167/51**, Rel. Min. MOREIRA ALVES - **RTJ 181/960**, Rel. Min. CELSO DE MELLO - **AC 175-QO/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO - **Pet 1.158-AgR/SP**, Rel. Min. FRANCISCO REZEK - **Pet 1.256/SP**, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - **Pet 2.246-QO/SP**, Rel. Min. MOREIRA ALVES - **Pet 2.267/PR**, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - **Pet 2.424/PR**, Rel. Min. ILMAR GALVÃO - **Pet 2.466-QO/PR**, Rel. Min. CELSO DE MELLO - **Pet 2.514/PR**, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, **v.g.**).*

*3. A **presente** decisão **deverá ser transmitida**, com urgência, à Presidência do E. Tribunal Regional Federal da 1ª Região (**AMS** n. 2005.34.00.014573-8/DF), ao Juízo da 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal (**MS** n. 20053400014573-8) **e**, também, à Secretária da Receita Federal do Brasil.*

*4. **Feito o lançamento** desta decisão pela Secretaria, **voltem-me** os autos conclusos **para os fins** a que se refere o art. 21, V, do RISTF.*

(...)

Ministro CELSO DE MELLO
Relator

Para os fins a que se refere o art. 21, V, do RISTF, **submeto**, ao referendo desta colenda Turma, **a decisão** em causa.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator): **Referendo**, integralmente, **por seus próprios fundamentos, a decisão** que proferi a fls. 66/69.

A Secretaria do Supremo Tribunal Federal, **após publicado** o acórdão consubstanciador **deste** julgamento, **deverá** promover, **em momento oportuno,** a juntada **de cópia** do referido julgado **aos autos** do recurso extraordinário **a que se refere** a decisão de fl. 63.

É o meu voto.

EXTRATO DA ATA

AC 2.185 MC REF/DF — Relator: Ministro Celso de Mello. Requerente: Adler Assessoramento Empresarial e Representações Ltda. (Advogados: Marcos Maia Júnior e outros). Requerida: União (Advogado: Advogado Geral da União).

Decisão: A Turma, por votação unânime, referendou, integralmente, por seus próprios fundamentos, a decisão proferida pelo Relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Ministro Joaquim Barbosa.

Presidência do Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão a Ministra Ellen Gracie e os Ministros Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Eros Grau. Subprocurador Geral da República, Dr. Mário José Gisi.

Brasília, 11 de novembro de 2008 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.277 – DF

Relator: O Sr. Ministro Ayres Britto

Requerente: Procuradoria-Geral da República

Interessados: Presidente da República, Congresso Nacional, Conectas Direitos Humanos, Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros - ABGLT, Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo, Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, Associação Eduardo Banks e Conferência Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB

1. Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Perda parcial de objeto. Recebimento, na parte remanescente, como ação direta de inconstitucionalidade. União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. Convergência de objetos entre ações de natureza abstrata. Julgamento conjunto. Encampação dos fundamentos da ADPF 132/RJ pela ADI 4.277/DF, com a finalidade de conferir "interpretação conforme à Constituição" ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação.

2. Proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo, seja no plano da dicotomia homem/mulher (gênero), seja no plano da orientação sexual de cada qual deles. A proibição do preconceito como capítulo do constitucionalismo fraternal. Homenagem ao pluralismo como valor sociopolítico-cultural. Liberdade para dispor da própria sexualidade, inserida na categoria dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é da autonomia de vontade. Direito à intimidade e à vida privada. Cláusula pétrea. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de "promover o bem de todos". Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana "norma geral negativa", segundo a qual "o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido". Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanação do princípio da "dignidade da pessoa humana": direito a autoestima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.

3. Tratamento constitucional da instituição da família. Reconhecimento de que a Constituição Federal não empresta ao

substantivo "família" nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. A família como categoria sociocultural e princípio espiritual. Direito subjetivo de constituir família. Interpretação não reducionista. O *caput* do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão "família", não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por "intimidade e vida privada" (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sociopolítico-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

4. União estável. Normação constitucional referida a homem e mulher, mas apenas para especial proteção desta última. Focado propósito constitucional de estabelecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia entre as duas tipologias do gênero humano. Identidade constitucional dos conceitos de "entidade familiar" e "família". A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no § 3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia "entidade familiar", não pretendeu diferenciá-la da "família". Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado "entidade familiar" como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um

direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese *sub judice*. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem "do regime e dos princípios por ela adotados", *verbis*: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

5. Divergências laterais quanto à fundamentação do acórdão. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata autoaplicabilidade da Constituição.

6. Interpretação do art. 1.723 do Código Civil em conformidade com a Constituição Federal (técnica da "interpretação conforme"). Reconhecimento da união homoafetiva como família. Procedência das ações. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de "interpretação conforme à Constituição". Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em conhecer da ADPF 132 como ação direta de inconstitucionalidade, e julgá-la em conjunto com a ADI 4.277, por votação unânime. Prejudicado o primeiro pedido originariamente formulado na arguição de descumprimento de preceito fundamental, por votação unânime. Rejeitadas todas as preliminares por votação unânime. Os Ministros desta Casa de Justiça, ainda por votação unânime, acordam em julgar procedentes as ações, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, com as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva, autorizados os Ministros a decidirem monocraticamente sobre a mesma questão, independentemente da publicação do acórdão. Tudo em sessão

presidida pelo Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas. Votou o Presidente.

Brasília, 5 de maio de 2011 — Ayres Britto, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ayres Britto: Trata-se, inicialmente, de arguição de descumprimento de preceito fundamental, aparelhada com pedido de medida liminar, proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro. Descumprimento que resulta:

> I – da interpretação que se tem conferido aos incisos II e V do art. 19[1] e aos incisos I a X do art. 33[2], todos do Decreto-Lei 220/1975 (Estatuto dos Servidores Civis do Estado do Rio de Janeiro), na medida em que tal interpretação implica efetiva redução de direitos a pessoas de preferência ou concreta orientação homossexual;
>
> II – de decisões judiciais proferidas no Estado do Rio de Janeiro e em outras unidades federativas do País, negando às uniões homoafetivas estáveis o rol de direitos pacificamente reconhecidos àqueles cuja preferência sexual se define como "heterossexual".

2. Nessa linha de clara irresignação quanto ao modo juridicamente reducionista com que são tratados os segmentos sociais dos homoafetivos, argui o autor que têm sido ininterruptamente violados os preceitos fundamentais da igualdade,

---

1 "Art. 19. Conceder-se-á licença:
(...)
II – por motivo de doença em pessoa da família, com vencimento e vantagens integrais nos primeiros 12 (doze) meses; e, com dois terços, por outros 12 (doze) meses, no máximo;
(...)
V – sem vencimento, para acompanhar o cônjuge eleito para o Congresso Nacional ou mandado servir em outras localidades se militar, servidor público ou com vínculo empregatício em empresa estadual ou particular;"

2 "Art. 33. O Poder Executivo disciplinará a previdência e a assistência ao funcionário e à sua família, compreendendo:
I – salário-família;
II – auxílio-doença;
III – assistência médica, farmacêutica, dentária e hospitalar;
IV – financiamento imobiliário;
V – auxílio-moradia;
VI – auxílio para a educação dos dependentes;
VII – tratamento por acidente em serviço, doença profissional ou internação compulsória para tratamento psiquiátrico;
VIII – auxílio-funeral, com base no vencimento, remuneração ou provento;
IX – pensão em caso de morte por acidente em serviço ou doença profissional;
X – plano de seguro compulsório para complementação de proventos e pensões.
Parágrafo único. A família do funcionário constitui-se dos dependentes que, necessária e comprovadamente, vivam a suas expensas."

da segurança jurídica (ambos topograficamente situados no *caput* do art. 5º), da liberdade (inciso II do art. 5º) e da dignidade da pessoa humana (inciso IV do art. 1º). Donde ponderar que a homossexualidade constitui "fato da vida (...) que não viola qualquer norma jurídica, nem é capaz, por si só, de afetar a vida de terceiros". Cabendo lembrar que o "papel do Estado e do Direito em uma sociedade democrática, é o de assegurar o desenvolvimento da personalidade de todos os indivíduos, permitindo que cada um realize os seus projetos pessoais lícitos".

3. Avança o arguente para invocar sua condição de legítimo representante de toda a sociedade fluminense, o que incorpora a parcela daquelas pessoas que se relacionam sexualmente fora da dicotomia homem/mulher, especialmente no âmbito dos servidores públicos do Estado. Daí sua legitimidade para a propositura da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, pois nítida é a pertinência temática entre o cargo exercido pelo autor e o objeto da presente discussão. Até porque – alega o acionante – há numerosas controvérsias administrativas e judiciais sobre direitos alusivos a servidores estaduais homoafetivos, mormente no que tange às "licenças por motivo de doença de 'pessoa' da família ou para acompanhamento de 'cônjuge', bem como sobre previdência e assistência social". Além do que, por ser a lei em causa anterior a Carta de 1988, "trata-se de objeto insuscetível de impugnação por outra ação objetiva, sendo certo que apenas um mecanismo dessa natureza será capaz de afastar a lesão em caráter geral, pondo fim ao estado de inconstitucionalidade decorrente da discriminação contra casais homossexuais".

4. Já no âmbito das alegações constitutivas da fundamentação ou causa de pedir, propriamente, o autor labora no plano da principiologia constitucional para daí desatar proposições que passo a revelar por modo sintético:

> I – Princípio da Igualdade: o legislador e o intérprete não podem conferir tratamento diferenciado a pessoas e a situações substancialmente iguais, sendo-lhes constitucionalmente vedadas quaisquer diferenciações baseadas na origem, no gênero e na cor da pele (inciso IV do art. 3º);
>
> II – Princípio da Liberdade: a autonomia privada em sua dimensão existencial manifesta-se na possibilidade de orientar-se sexualmente e em todos os desdobramentos decorrentes de tal orientação;
>
> III – Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: todos os projetos pessoais e coletivos de vida, quando razoáveis, são merecedores de respeito, consideração e reconhecimento;
>
> IV – Princípio da Segurança Jurídica: a atual incerteza quanto ao reconhecimento da união homoafetiva e suas consequências jurídicas acarreta insegurança jurídica tanto para os partícipes da relação homoafetiva, quanto para a própria sociedade;
>
> V – Princípio da Razoabilidade ou da Proporcionalidade: a imposição de restrições é de ser justificada pela promoção de outros bens jurídicos da mesma hierarquia. Caso contrário, estar-se-ia diante de um mero preconceito ou de um autoritarismo moral.

5. Por outra volta, o acionante postula a aplicação do método analógico de

integração do Direito para equiparar as uniões estáveis homoafetivas às uniões igualmente estáveis que se dão entre pessoas de sexo diferente. Desde que, tanto numa quanto noutra tipologia de união sexual, tome corpo uma convivência tão contínua quanto pública e nitidamente direcionada para a formação de uma autônoma unidade doméstica (ou entidade familiar, se se prefere). Pelo que é de incidir para qualquer das duas modalidades de união o disposto no art. 1.723 do Código Civil ("É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família").

6. Assim equacionando o tema de Direito que submete ao exame deste Excelso Tribunal, o arguente pede que se declare, em sede liminar, a validade das decisões administrativas que equiparam as uniões homoafetivas às uniões estáveis, como também requer a suspensão dos processos e dos efeitos de decisões judiciais em sentido oposto. **No mérito**, postula a aplicação do regime jurídico da união estável às relações homoafetivas. Subsidiariamente, para a hipótese de não cabimento desta arguição de descumprimento de preceito fundamental, o autor pugna pelo seu recebimento como ação direta de inconstitucionalidade (ADI), de modo a imprimir interpretação "conforme à Constituição" aos incisos II e V do art. 19 e ao art. 33 do Decreto-Lei 220/1975 (Estatuto dos Servidores Públicos do Estado do Rio de Janeiro) e ao art. 1.723 do Código Civil. Interpretação que, da mesma forma, resulte na não proibição do regime jurídico da união estável entre heteroafetivos às uniões de traço homoafetivo.

7. Continuo neste relato do processo para consignar que foram solicitadas as informações aos arguidos (Governador e Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro e Tribunais de Justiça dos Estados). Informações que, prestadas, comportam o seguinte esquema de sintetização:

I – **Tribunais de Justiça Estaduais**. Os Tribunais que se dignaram prestar informações acerca das ações em trâmite no seu espaço de jurisdição destacaram suas posições majoritárias: a) em favor da equiparação entre a união estável heterossexual e a união homoafetiva: **Acre, Goiás, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Paraná** (o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por exemplo, noticiou o reconhecimento de direitos a companheiro de servidor em união homoafetiva e, desde 2004, a edição de provimento normativo com a finalidade de determinar aos serviços notariais o registro de documentos relacionados com uniões da espécie); b) contrário ao reconhecimento dos efeitos jurídicos da união estável à união entre parceiros do mesmo sexo: **Distrito Federal e Santa Catarina**. Mais: O Tribunal de Justiça da Bahia acrescentou que o Poder Judiciário, no exercício da função administrativa (aplicação do Estatuto dos Servidores), não pode conceder direitos que não estejam previstos em lei, e que a divergência nos julgamentos é de ser resolvida pela vias recursais, não se configurando a controvérsia judicial em si como ato lesivo a preceito fundamental. Entende, portanto, incabível a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Já o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por ele foi noticiado que as

uniões homoafetivas (entendidas como "parcerias civis") são ali regidas pelo direito das obrigações (sociedades de fato), situando-se, portanto, na esfera de competência das varas cíveis comuns, e não das varas de família. A seu turno, o Tribunal do Espírito Santo defendeu que a enumeração constitucional das entidades familiares é meramente exemplificativa, pelo que nada impede o reconhecimento jurídico da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Por fim, alguns Tribunais noticiaram a inexistência de processos que tenham por objeto o reconhecimento de efeitos jurídicos a uniões homoafetivas (**Tocantins, Sergipe, Pará, Roraima**);

II – **Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro**. Esse Poder Estatal, ao se manifestar sobre o tema, dá conta do pleno vigor da Lei estadual 5.034/2007. Lei que dispõe sobre a possibilidade de averbação de companheiros do mesmo sexo no rol de dependentes para fins previdenciários dos servidores públicos fluminenses. O que implica reconhecer a impossibilidade de se lhe imputar prática de qualquer ato lesivo a preceito fundamental;

III – **Advocacia-Geral da União**: Manifestou-se (fls. 824/844) na forma a seguir ementada:

> "Direitos Fundamentais. Uniões homoafetivas. Servidor Público. Normas estaduais que impedem a equiparação do companheiro de relação homoafetiva como familiar. Preliminares. Conhecimento parcial da ação. Falta de pertinência temática e de interesse processual. Mérito: observância dos direitos fundamentais à igualdade e à liberdade. Exigências do bem comum. Direito comparado. Decisões dos Tribunais Superiores. Manifestação pelo conhecimento parcial da ADPF para que, nessa parte, seja julgado procedente, sem pronúncia de nulidade, com interpretação conforme à Constituição (somente dos dispositivos do Decreto-Lei estadual n. 200/75), a fim de contemplar os parceiros da união homoafetiva no conceito de família;"

IV – **Procuradoria-Geral da República**. Pela sua Vice-Procuradora-Geral, Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira, a PGR posicionou-se pela declaração da obrigatoriedade do reconhecimento, como entidade familiar, da união entre pessoas do mesmo sexo. Contanto que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher. Eis o resumo do parecer em causa (fls. 848/893):

> "a) o não reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar pela ordem infraconstitucional brasileira priva os parceiros destas entidades de uma série de direitos patrimoniais e extrapatrimoniais, e revela também a falta de reconhecimento estatal do igual valor e respeito devidos à identidade da pessoa homossexual;
>
> b) este não reconhecimento importa em lesão a preceitos fundamentais da Constituição, notadamente aos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1°, inciso III), da vedação à

discriminação odiosa (art. 3º, inciso IV), e da igualdade (art. 5º, *caput*), da liberdade (art. 5º, *caput*) e da proteção à segurança jurídica;

c) é cabível *in casu* a arguição de descumprimento de preceito fundamental, uma vez que a apontada lesão decorre de atos omissivos e comissivos dos Poderes Públicos que não reconhecem esta união, dentre os quais se destaca o posicionamento dominante do Judiciário brasileiro, e inexiste qualquer outro meio processual idôneo para sanar a lesividade;

d) a redação do art. 226, § 3º, da Constituição, não é óbice intransponível para o reconhecimento destas entidades familiares, já que não contém qualquer vedação a isto;

e) a interpretação deste artigo deve ser realizada à luz dos princípios fundamentais da República, o que exclui qualquer exegese que aprofunde o preconceito e a exclusão sexual do homossexual;

f) este dispositivo, ao conferir tutela constitucional a formações familiares informais antes desprotegidas, surgiu como instrumento de inclusão social. Seria um contrassenso injustificável interpretá-lo como cláusula de exclusão, na contramão da sua teleologia.

g) é cabível uma interpretação analógica do art. 226, § 3º, pautada pelos princípios constitucionais acima referidos, para tutelar como entidade familiar a união entre pessoas do mesmo sexo;

h) diante da falta de norma regulamentadora, esta união deve ser regida pelas regras que disciplinam a união estável entre homem e mulher, aplicadas por analogia."

8. Consigno, ademais, que, em razão da complexidade do tema e da sua incomum relevância, deferi os pedidos de ingresso na causa a nada menos que catorze *amici curiae*. A sua maioria, em substanciosas e candentes defesas, a perfilhar a tese do autor. Assentando, dentre outros ponderáveis argumentos, que a discriminação gera o ódio. Ódio que se materializa em violência física, psicológica e moral contra os que preferem a homoafetividade como forma de contato corporal, ou mesmo acasalamento. E, nesse elevado patamar de discussão, é que dão conta da extrema disparidade mundial quanto ao modo de ver o dia a dia dos que se definem como homoafetivos, pois, de uma parte, há países que prestigiam para todos os fins de direito a união estável entre pessoas do mesmo sexo, a exemplo da Holanda, Bélgica e Portugal, e, de outro, países que levam a homofobia ao paroxismo da pena de morte, como se dá na Arábia Saudita, Mauritânia e Iêmen.

9. Ajunto que, em razão da regra da prevenção e do julgamento simultâneo de processos em que haja "coincidência total ou parcial de objetos" (art. 77 B RISTF), foi a mim distribuída a ADI 4.277. Pelo que passo a relatá-la de forma conjunta, para julgamento igualmente conjugado. Fazendo-o, anoto que a presente ação de natureza abstrata ou concentrada foi proposta pela Procuradoria-Geral da República com o objetivo de que esta Casa de Justiça declare: "a) que é obrigatório o reconhecimento, no Brasil, da união entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher; e b) que os mesmos direitos e deveres

dos companheiros nas uniões estáveis estendam-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo." Isto sob as alegações de que a obrigatoriedade do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar é extraída dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da vedação de discriminações odiosas, da liberdade e da proteção à segurança jurídica. Mesmos fundamentos e pedidos, em última análise, da ADPF 132.

10. Pois bem, originariamente autuada como arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF 178), esta ação objetiva foi examinada pelo Ministro Gilmar Mendes, no exercício da Presidência deste Supremo Tribunal Federal. Ministro que deu pela indeterminação do objeto da causa, para conhecer o processo como ação direta de inconstitucionalidade. E o fez por entender que a ação tem por objeto a interpretação "conforme à Constituição" do art. 1.723 do Código Civil, o que levou Sua Excelência a aplicar, ao caso, o rito do art. 12 da Lei 9.868/1999.

11. Prestadas as informações pela Presidência da República, pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, a Advocacia-Geral da União e a Procuradoria-Geral da República ratificaram as posições já retratadas neste relatório quanto ao tratamento jurídico a ser conferido às uniões homoafetivas.

12. À derradeira, registro que, também nesta última ação de controle abstrato de constitucionalidade, diversas entidades requereram seu ingresso na causa como *amicus curiae*.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): Começo este voto pelo exame do primeiro pedido do autor da ADPF 132/RJ, consistente na aplicação da técnica da "interpretação conforme à Constituição" aos incisos II e V do art. 19, mais o art. 33, todos do Decreto-Lei 220/1975 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio de Janeiro). Técnica da "interpretação conforme" para viabilizar **o descarte de qualquer intelecção desfavorecedora da convivência estável de servidores homoafetivos, em comparação com a tutela juridicamente conferida à união igualmente estável de servidores heterossexuais**. O que, em princípio, seria viável, pois entendo que os dispositivos em foco tanto se prestam para a perpetração da denunciada discriminação odiosa quanto para a pretendida equiparação de direitos subjetivos. E o fato é que tal plurissignificatividade ou polissemia desse ou daquele texto normativo é pressuposto do emprego dessa técnica especial de controle de constitucionalidade que atende pelo nome, justamente, de "interpretação conforme à Constituição", quando uma das vertentes hermenêuticas se põe em rota de colisão com o Texto Magno Federal.

15. Devo reconhecer, porém, que a legislação fluminense, desde 2007 (art. 1º da Lei 5.034/2007), equipara "à condição de companheira ou companheiro (...) os parceiros homoafetivos que mantenham relacionamento civil permanente, desde que devidamente comprovado, aplicando-se, para configuração deste, no que couber, os preceitos legais incidentes sobre a união estável de parceiros de sexos diferentes"[3]. Sendo que tal equiparação fica limitada ao gozo de benefícios previdenciários, conforme se vê do art. 2º da mesma lei, assim redigido: "aos servidores públicos estaduais, titulares de cargo efetivo, (...) o direito de averbação, junto à autoridade competente, para fins previdenciários, da condição de parceiros homoafetivos". O que implica, ainda que somente quanto a direitos previdenciários, **a perda de objeto da presente ação. Perda de objeto que de logo assento quanto a esse específico ponto. Isso porque a lei em causa já confere aos companheiros homoafetivos o pretendido reconhecimento jurídico da sua união.**

16. Já de pertinência ao segundo pedido do autor da mesma ADPF 132, consistente no reconhecimento da incompatibilidade material entre os citados preceitos fundamentais da nossa Constituição e as decisões administrativas e judiciais que espocam em diversos Estados sobre o tema aqui versado, imperioso é dizer que tal incompatibilidade em si não constitui novidade. **É que ninguém ignora o dissenso que se abre em todo tempo e lugar sobre a liberdade da nclinação sexual das pessoas, por modo quase sempre temerário (o dissenso) para a estabilidade da vida coletiva.** Dissenso a que não escapam magistrados singulares e membros de Tribunais Judiciários, com o sério risco da indevida mescla entre a dimensão exacerbadamente subjetiva de uns e de outros e a dimensão objetiva do Direito que lhes cabe aplicar.

17. Seja como for, **o fato é que me foi redistribuída a ADI 4.277**, versando o mesmo tema central da ADPF 132. Dando-se, por efeito mesmo dessa distribuição, uma convergência de objetos que me leva a subsumir ao mais amplo regime jurídico da ação direta de inconstitucionalidade os pedidos insertos na ação de descumprimento de preceito fundamental, **até porque nela mesma, ação de descumprimento de preceito fundamental, se contém o pleito subsidiário do seu recebimento como ação direta de inconstitucionalidade**. Por igual, entendo francamente encampados pela ADI 4.277 os fundamentos da ação de descumprimento de preceito fundamental em tela (a de n. 132/DF). Fundamentos de que se fez uso tanto para a pretendida "interpretação conforme" dos incisos II e V do art. 19 e do art. 33 do Decreto-Lei 220/1975 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio de Janeiro) quanto para o art. 1.723 do Código Civil brasileiro, assim vernacularmente posto: "É reconhecida como entidade familiar

3 Art. 1º da Lei estadual 5.034/2007, que acrescentou ao art. 29 da Lei 285, de 3 de dezembro de 1979 (lei que dispõe sobre o regime previdenciário dos servidores públicos do Estado do Rio de Janeiro), o seguinte parágrafo: § 7º "Equiparam se à condição de companheira ou companheiro de que trata o inciso I deste artigo, os parceiros homoafetivos, que mantenham relacionamento civil permanente, aplicando-se para configuração deste, no que couber, os preceitos legais incidentes sobre a união estável entre parceiros de sexos diferentes."

a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família". **É o que me basta para converter a ação de descumprimento de preceito fundamental em ação direta de inconstitucionalidade e, nessa condição, recebê-la em par com a ADI 4.277, a mim distribuída por prevenção.** Com o que este Plenário terá bem mais abrangentes possibilidades de, pela primeira vez no curso de sua longa história, apreciar o mérito dessa tão recorrente quanto intrinsecamente relevante controvérsia em torno da união estável entre pessoas do mesmo sexo, com todos os seus consectários jurídicos. Em suma, estamos a lidar com um tipo de dissenso judicial que reflete o fato histórico de que **nada incomoda mais as pessoas do que a preferência sexual alheia, quando tal preferência já não corresponde ao padrão social da heterossexualidade.** É a velha postura de reação conservadora aos que, nos insondáveis domínios do afeto, soltam por inteiro as amarras desse navio chamado coração.

18. Em outras palavras, **conheço da ADPF 132/RJ como ação direta de inconstitucionalidade. Ação cujo centrado objeto consiste em submeter o art. 1.723 do Código Civil brasileiro à técnica da "interpretação conforme à Constituição".** O que vem reprisado na ADI 4.277/DF, proposta, conforme dito, pela Exma. Sra. Vice-Procuradora Geral da República, Débora Duprat, no exercício do cargo de Procurador-Geral, e a mim redistribuída por prevenção. E assim procedo com base nos seguintes precedentes deste nosso Tribunal: ADPF 72-QO e ADPF 178), dos quais seleciono as seguintes passagens:

> (...) Assim sendo, demonstrada a impossibilidade de se conhecer da presente ação como ação de descumprimento de preceito fundamental, pela existência de outro meio eficaz, sendo evidente o perfeito encaixe de seus elementos ao molde de pressupostos da ação direta de inconstitucionalidade e, ainda, demonstrando-se patente a relevância e a seriedade da situação trazida aos autos, referente a conflito surgido entre dois Estados da federação, **resolvo** a presente questão de ordem **propondo o aproveitamento** do feito como ação direta de inconstitucionalidade, a ela aplicando, desde logo, o rito do art. 12 da Lei 9.868/1999. (ADPF 72-QO, Rel. Min. Ellen Gracie.)
>
> Porém, em pedido subsidiário, a Procuradoria-Geral da República requer o conhecimento da presente ação de descumprimento de preceito fundamental como ação direita de inconstitucionalidade, com pedido de interpretação conforme do art. 1.723 do Código Civil.
>
> Assim sendo, e com base na jurisprudência desta Corte (ADPF 72-QO, Rel. Min. Ellen Gracie, *DJ* de 2-1-2005), conheço da ação como ação direta de inconstitucionalidade, cujo objeto é o art. 1.723 do Código Civil. (ADPF 178, Rel. Min. Gilmar Mendes, no exercício da Presidência.)

19. Indicados tais fundamentos, devo acrescentar, ainda como preliminar de mérito, que **tenho por satisfeito o requisito da pertinência temática para a propositura da primeira ação de controle concentrado de constitucionalidade.** Requisito que se constitui em "verdadeira projeção do interesse de agir no processo

objetivo, que se traduz na necessidade de que exista uma estreita relação entre o objeto do controle e os direitos da classe representada pela entidade requerente" (ADI 4.356-MC/CE, Rel. Min. Dias Toffoli). É que, no caso da ação proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, **tal unidade federada só pode reconhecer e efetivar os direitos de seus servidores se vier a trabalhar com elementos conceituais que já se encontram positivados na Constituição e no Código Civil, nessa ordem. É como dizer: a correta aplicação das normas estaduais inerentes à união duradoura entre pessoas do mesmo sexo reclama, para a sua concretização, a incidência de institutos de Direito Constitucional e de Direito Civil, como, *verbi gratia*, os institutos da família, do casamento, da união estável e da adoção**. Entendimento que se coaduna com a "posição mais abrangente" da legitimação para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade e da ação de descumprimento de preceito fundamental, conforme tese pioneiramente esgrimida pelo Ministro Sepúlveda Pertence e versada com pena de mestre pela Ministra Ellen Gracie no julgamento da ADI 2.396-MC. Já no plano da habilitação processual ativa do Procurador-Geral da República em tema de ação direta de inconstitucionalidade, a reconhecida finalidade institucional do Ministério Público em defesa de toda a ordem jurídica (*caput* do art. 127 da Constituição Federal) o torna imune a qualquer exigência de adequação temática entre o que postula em sede de controle abstrato de constitucionalidade e o que se põe como finalidade da instituição por ele *presentada* (é o que se tem chamado de habilitação universal, porquanto adrede chancelada pela Constituição). **Conheço também da ADI 4.277/DF, por consequência**.

20. Pronto! Não havendo outra questão preliminar remanescente, passo ao voto que me cabe proferir quanto ao mérito da causa. E, desde logo, verbalizo que **merecem guarida os pedidos formulados pelos requerentes de ambas as ações. Pedido de "interpretação conforme à Constituição" do dispositivo legal impugnado (art. 1.723 do Código Civil), porquanto nela mesma, Constituição, é que se encontram as decisivas respostas para o tratamento jurídico a ser conferido às uniões homoafetivas que se caracterizem por sua durabilidade, conhecimento do público (não clandestinidade, portanto) e continuidade, além do propósito ou verdadeiro anseio de constituição de uma família**.

21. Ainda nesse ponto de partida da análise meritória da questão, calha anotar que o termo "homoafetividade", aqui utilizado para identificar o vínculo de afeto e solidariedade entre os pares ou parceiros do mesmo sexo, não constava dos dicionários da língua portuguesa. O vocábulo foi cunhado pela vez primeira na obra "*União Homossexual, o Preconceito e a Justiça*", da autoria da desembargadora aposentada e jurista Maria Berenice Dias, consoante a seguinte passagem: "Há palavras que carregam o estigma do preconceito. Assim, o afeto a pessoa do mesmo sexo chamava-se 'homossexualismo'. Reconhecida a inconveniência do sufixo 'ismo', que está ligado a doença, passou-se a falar em 'homossexualidade', que sinaliza um determinado jeito de ser. Tal mudança, no entanto, não foi suficiente para pôr fim ao repúdio social ao amor entre iguais (Homoafetividade: um novo substantivo)".

22. Sucede que não foi somente a comunidade dos juristas, defensora dos direitos subjetivos de natureza homoafetiva, que popularizou o novo substantivo, porque sua utilização corriqueira já deita raízes nos dicionários da língua portuguesa, a exemplo do "Dicionário Aurélio"[4]. Verbete de que me valho no presente voto para dar conta, ora do enlace por amor, por afeto, por intenso carinho entre pessoas do mesmo sexo, ora da união erótica ou por atração física entre esses mesmos pares de seres humanos. União, aclare-se, com perdurabilidade o bastante para a constituição de um novo núcleo doméstico, tão socialmente ostensivo na sua existência quanto vocacionado para a expansão de suas fronteiras temporais. Logo, vínculo de caráter privado, mas sem o viés do propósito empresarial, econômico, ou, por qualquer forma, patrimonial, pois não se trata de uma mera sociedade de fato ou interesseira parceria mercantil. Trata-se, isto sim, de uma união essencialmente afetiva ou amorosa, a implicar um voluntário navegar emparceirado por um rio sem margens fixas e sem outra embocadura que não seja a confiante entrega de um coração aberto a outro. E não compreender isso talvez comprometa por modo irremediável a própria capacidade de interpretar os institutos jurídicos há pouco invocados, pois " é Platão quem o diz –, "**quem não começa pelo amor nunca saberá o que é filosofia**". É a categoria do afeto como pré-condição do pensamento, o que levou Max Scheler a também ajuizar que "**O ser humano, antes de um ser pensante ou volitivo, é um ser amante**"[5].

23. Com esta elucidativa menção à terminologia em debate, que bem me anima a cunhar, por conta própria, o antônimo da *heteroafetividade*, passo ao enfoque propriamente constitucional do mérito das ações. Isto para ajuizar, de pronto, que **a primeira oportunidade em que a nossa Constituição Federal emprega o vocábulo "sexo" é no inciso IV do seu art. 3º**[6]. O artigo, versante sobre os "objetivos fundamentais" da nossa República Federativa; o inciso, a incorporar a palavra "sexo" para emprestar a ela o nítido significado de **conformação anátomo-fisiológica descoincidente entre o homem e a mulher**. Exatamente como se verifica nas três outras vezes em que o mesmo termo é constitucionalmente usado (inciso XLVIII do art. 5º, inciso XXX do art. 7º e inciso II do § 7º do art. 201).

24. Trata-se, portanto, de um laborar normativo no sítio da mais natural diferenciação entre as duas tipologias do gênero humano, ou, numa linguagem menos antropológica e mais de lógica formal, trata-se de um laborar normativo no

4 "Homoafetividade. 1. Qualidade ou caráter de homoafetivo. 2. Relação afetiva e sexual entre pessoas do mesmo sexo. Homoafetivo. 1. Que diz respeito à afetividade e a sexualidade entre pessoas do mesmo sexo. 2. Realizado entre as pessoas do mesmo sexo: *casamento homoafetivo*. 3. Relativo ou pertencente a, ou próprio de duas pessoas que mantém relação conjugal, ou que pretendem fazê-lo: *direito homoafetivo*" (*Dicionário Aurélio*, 5. ed., fl. 1105).

5 Textos recolhidos de ensaio escrito por Sérgio da Silva Mendes e a ser publicado no XX Compedi, com o nome de "Unidos pelo afeto, separados por um parágrafo", a propósito, justamente, da questão homoafetiva perante o § 3º do art. 226 da CF.

6 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
(...)
IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação;"

sítio da mais elementar diferenciação entre as duas espécies do gênero humano: **a masculina e a feminina**. Dicotomia culturalmente mais elaborada que a do macho e da fêmea, embora ambas as modalidades digam respeito ao mesmo reino animal, por oposição aos reinos vegetal e mineral.

25. Prossigo para ajuizar que esse primeiro trato normativo da matéria já antecipa que **o sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. É como dizer: o que se tem no dispositivo constitucional aqui reproduzido em nota de rodapé (inciso IV do art. 3º) é a explícita vedação de tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo dos seres humanos. Tratamento discriminatório ou *desigualitário* sem causa que, se intentado pelo comum das pessoas ou pelo próprio Estado, passa a colidir frontalmente com o objetivo constitucional de "promover o bem de todos" (este o explícito objetivo que se lê no inciso em foco).**

26. "Bem de todos", portanto, constitucionalmente versado como uma situação jurídica ativa a que se chega pela eliminação do preconceito de sexo. Se se prefere, "bem de todos" enquanto valor objetivamente posto pela Constituição para dar sentido e propósito ainda mais adensados à vida de cada ser humano em particular, com reflexos positivos no equilíbrio da sociedade. O que já nos remete para o preâmbulo da nossa Lei Fundamental, consagrador do "Constitucionalismo fraternal" sobre que discorro no capítulo de n. VI da obra "Teoria da Constituição", Editora Saraiva, 2003. Tipo de constitucionalismo, esse, o fraternal, que se volta para a integração comunitária das pessoas (não exatamente para a "inclusão social"), a se viabilizar pela imperiosa adoção de políticas públicas afirmativas da fundamental **igualdade civil-moral** (mais do que simplesmente econômico-social) dos estratos sociais historicamente desfavorecidos e até vilipendiados. Estratos ou segmentos sociais como, por ilustração, o dos negros, o dos índios, o das mulheres, o dos portadores de deficiência física e/ou mental e o daqueles que, mais recentemente, deixaram de ser referidos como "homossexuais" para ser identificados pelo nome de "homoafetivos". Isto de parelha com leis e políticas públicas de cerrado combate ao preconceito, a significar, em última análise, **a plena aceitação e subsequente experimentação do pluralismo sociopolítico-cultural**. Que é um dos explícitos valores do mesmo preâmbulo da nossa Constituição e um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (inciso V do art. 1º). Mais ainda, pluralismo que serve de elemento conceitual da própria democracia material ou de substância, desde que se inclua no conceito da democracia dita substancialista **a respeitosa convivência dos contrários**. Respeitosa convivência dos contrários que John Rawls interpreta como a superação de relações historicamente servis ou de verticalidade sem causa. Daí conceber um "princípio de diferença", também estudado por Francesco Viola sob o conceito de "similitude" (ver ensaio de Antonio Maria Baggio, sob o título de "A redescoberta da fraternidade na época do 'terceiro' 1789", p. 7/24 da coletânea "O Princípio esquecido", Cidade Nova, São Paulo, 2008).

27. Mas é preciso lembrar que o substantivo "preconceito" foi grafado pela

nossa Constituição com o sentido prosaico ou dicionarizado que ele porta; ou seja, **preconceito é um conceito prévio**. Uma formulação conceitual antecipada ou engendrada pela mente humana fechada em si mesma e por isso carente de apoio na realidade. Logo, **juízo de valor não autorizado pela realidade, mas imposto a ela**. E imposto a ela, realidade, *a ferro e fogo* de uma mente voluntarista, ou sectária, ou supersticiosa, ou obscurantista, ou industriada, quando não voluntarista, sectária, supersticiosa, obscurantista e industriada ao mesmo tempo. Espécie de *trave no olho da razão e até do sentimento*, mas coletivizada o bastante para se fazer de traço cultural de toda uma gente ou população geograficamente situada. O que a torna ainda mais perigosa para a harmonia social e a verdade objetiva das coisas. Donde **René Descartes** emitir a célebre e corajosa proposição de que "Não me impressiona o argumento de autoridade, mas, sim, a autoridade do argumento", numa época tão marcada pelo dogma da infalibilidade papal e da fórmula absolutista de que "O rei não pode errar" (*The king can do no wrong*). Reverência ao valor da verdade que também se lê nestes conhecidos versos de **Fernando Pessoa**, três séculos depois da proclamação cartesiana: "O universo não é uma ideia minha./A ideia que eu tenho do universo é que é uma ideia minha".

28. Há mais o que dizer desse emblemático inciso IV do art. 3º da Lei Fundamental brasileira. É que, na sua categórica vedação ao preconceito, ele nivela o sexo à origem social e geográfica da pessoas, à idade, à raça e à cor da pele de cada qual; isto é, o sexo a se constituir num dado empírico que nada tem a ver com o merecimento ou o desmerecimento inato das pessoas, **pois não se é mais digno ou menos digno pelo fato de se ter nascido mulher, ou homem**. Ou nordestino, ou sulista. Ou de pele negra, ou mulata, ou morena, ou branca, ou avermelhada. Cuida-se, isto sim, de algo já alocado nas tramas do acaso ou das coisas que só dependem da química da própria Natureza, ao menos no presente estágio da Ciência e da Tecnologia humanas.

29. Ora, como essa diferente conformação anatomo-fisiológica entre o homem e a mulher se revela, usualmente, a partir dos respectivos órgãos genitais (o critério biológico tem sido esse), cada qual desses órgãos de elementar diferenciação entre partes passou a também se chamar, coloquialmente, de "sexo". **O órgão a tomar o nome do ser em que anatomicamente incrustado**. Mas "sexo" ou "aparelho sexual" como signo linguístico de um sistema de órgãos cumpridores das elementares funções de estimulação erótica, conjunção carnal e reprodução biológica. Três funções congênitas, como sabido, e que, por isso mesmo, prescindentes de livros, escola, cultura ou até mesmo treinamento para o seu concreto desempenho. Donde sua imediata definição, não propriamente como categoria mental ou exclusiva revelação de sentimento, **mas como realidade também situada nos domínios do instinto e não raro com a prevalência dele, instinto, no ponto de partida das relações afetivas.** "Instinto sexual ou libido", como prosaicamente falado, a retratar o fato da indissociabilidade ou unidade incindível entre o aparelho genital da pessoa humana e essa pessoa mesma. Ficando de fora da expressão, claro, as funções meramente mecânicas de atendimento às necessidades ditas "fisiológicas" de todo indivíduo.

30. Nada obstante, sendo o Direito uma técnica de controle social (a mais engenhosa de todas), busca submeter, nos limites da razoabilidade e da proporcionalidade, as relações deflagradas a partir dos sentimentos e dos próprios instintos humanos às normas que lhe servem de repertório e essência. Ora por efeito de uma "norma geral positiva" (Hans Kelsen), ora por efeito de uma "norma geral negativa" (ainda segundo Kelsen, para cunhar as regras de clausura ou fechamento do Sistema Jurídico, doutrinariamente concebido como realidade normativa que se dota dos atributos da plenitude, unidade e coerência). Precisamente como, em parte, faz a nossa Constituição acerca das funções sexuais das pessoas. Explico.

31. Realmente, em tema do concreto uso do sexo nas três citadas funções de estimulação erótica, conjunção carnal e reprodução biológica, a Constituição brasileira opera **por um intencional silêncio. Que já é um modo de atuar mediante o saque da kelseniana norma geral negativa**, segundo a qual "tudo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido" (regra de clausura ou fechamento hermético do Direito, que a nossa Constituição houve por bem positivar no inciso II do seu art. 5º, debaixo da altissonante fórmula verbal de que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei", e que me parece consagradora do que se poderia chamar de **direito de não ter dever**). É falar: a Constituição Federal não dispõe, por modo expresso, acerca das três clássicas modalidades do concreto emprego do aparelho sexual humano. Não se refere explicitamente à subjetividade das pessoas para optar pelo não uso puro e simples do seu aparelho genital (absenteísmo sexual ou voto de castidade), para usá-lo solitariamente (onanismo), ou, por fim, para utilizá-lo por modo emparceirado. Logo, a Constituição entrega o empírico desempenho de tais funções sexuais ao livre arbítrio de cada pessoa, **pois o silêncio normativo, aqui, atua como absoluto respeito a algo que, nos animais em geral e nos seres humanos em particular, se define como instintivo ou da própria natureza das coisas**. Embutida nesse modo instintivo de ser a "preferência" ou "orientação" de cada qual das pessoas naturais. Evidente! Como se dá, já de forma até mesmo literal, com ordenamentos jurídicos da Comunidade Europeia[7]. O que também se lê em Constituições como a do Estado de Sergipe[8] e de

7 Resolução do Parlamento Europeu, de 8 de fevereiro de 1994: "A comunidade europeia tem o dever, em todas as normas jurídicas já adotadas e nas que serão adotadas no futuro, de dar realização ao princípio da igualdade de tratamento das pessoas, independentemente de suas tendências sexuais."
Resolução sobre o respeito pelos Direitos do Homem na União Europeia, de 16 de março de 2000: "Os Estados-membros são incitados a adotar 'políticas de equiparação entre uniões heterossexuais e homossexuais designadamente, a garantirem às famílias monoparentais, aos casais não unidos pelo matrimônio e aos do mesmo sexo, a igualdade de direitos relativamente aos casais e famílias tradicionais, principalmente, no que se refere a obrigações fiscais, regimes patrimoniais e direitos sociais, e conclama todos os Estados nos quais não exista ainda esse reconhecimento jurídico a alterarem a sua legislação no sentido do reconhecimento jurídico das uniões sem laços matrimoniais independentemente do sexo dos intervenientes, entendendo ser necessário conseguir rapidamente progressos quanto ao reconhecimento mútuo na União Europeia destas diversas formas legais de uniões de fato e de matrimônios entre pessoas do mesmo sexo."
8 "Art. 3º O Estado assegura por suas leis e pelos atos dos seus agentes, além dos direitos e garantias individuais previstos na Constituição Federal e decorrentes do regime e dos princípios que ela adota, ainda os seguintes:

Mato Grosso[9], aqui mesmo em nosso País, que também por modo textual vedam o preconceito contra a "orientação" sexual alheia. Que não tem nada a ver " repita se à exaustão - com a maior ou menor dignidade dos seres humanos.

32. Noutra maneira de falar sobre o mesmo tema, tanto nos mencionados países quanto aqui na *Terra Brasilis* pós-Constituição de 1988, **o sexo das pessoas é um todo pró-indiviso, por alcançar o ser e o respectivo aparelho genital. Sem a menor possibilidade de dissociação entre o órgão e a pessoa natural em que sediado**. Pelo que proibir a discriminação em razão do sexo (como faz o inciso III do art. 1º da nossa Constituição Republicana) é proteger o homem e a mulher como um todo psicossomático e espiritual que abarca a dimensão sexual de cada qual deles. Por conseguinte, cuida-se de proteção constitucional que faz da livre disposição da sexualidade do indivíduo um autonomizado instituto jurídico. **Um tipo de liberdade que é, em si e por si, um autêntico bem de personalidade. Um dado elementar da criatura humana em sua intrínseca dignidade de universo à parte. Algo já transposto ou catapultado para a inviolável esfera da autonomia de vontade do indivíduo, na medida em que sentido e praticado como elemento da compostura anímica e psicofísica (volta-se a dizer) do ser humano em busca de sua plenitude existencial. Que termina sendo uma busca de si mesmo, na luminosa trilha do "Torna-te quem és", tão bem teoricamente explorada por Friedrich Nietzsche. Uma busca da irrepetível identidade individual que, transposta para o plano da aventura humana como um todo, levou Hegel a sentenciar que *a evolução do espírito do tempo se define como um caminhar na direção do aperfeiçoamento de si mesmo* (cito de memória). Afinal, a sexualidade, no seu notório transitar do prazer puramente físico para os colmos olímpicos da extasia amorosa, se põe como um *plus* ou superávit de vida. Não enquanto um *minus* ou déficit existencial. Corresponde a um ganho, um bônus, um regalo da natureza, e não a uma subtração, um ônus, um peso ou estorvo, menos ainda a uma reprimenda dos deuses em estado de fúria ou de alucinada retaliação perante o gênero humano**. No particular, as barreiras artificiais e raivosamente erguidas contra ele (sexo ou aparelho sexual) correspondem a um derramamento de bílis que só faz embaraçar os nossos neurônios. Barreiras que se põem como pequenez mental dos homens, e não como exigência dos deuses do Olimpo, menos ainda da natureza. O que, por certo, inspirou Jung (Carl Gustav) a enunciar que "**A homossexualidade, porém, é entendida não como anomalia patológica, mas**

(...)

II - proteção contra discriminação por motivo de raça, cor, sexo, idade, classe social, orientação sexual, deficiência física, mental ou sensorial, convicção político-ideológica, crença em manifestação religiosa, sendo os infratores passíveis de punição por lei."

9 "Art. 10. O Estado do Mato Grosso e seus Municípios assegurarão, pela lei e pelos atos dos agentes de seus Poderes, a imediata e plena efetividade e todos os direitos e garantias individuais e coletivas, além dos correspondentes deveres, (...), nos termos seguintes:

(...)

III - a implantação de meios assecuratórios de que ninguém será prejudicado ou privilegiado em razão de nascimento, raça, cor, sexo, estado civil, natureza de seu trabalho, idade, religião, orientação sexual, convicções políticas ou filosóficas, deficiência física ou mental e qualquer particularidade ou condição."

como identidade psíquica e, portanto, como equilíbrio específico que o sujeito encontra no seu processo de individuação". Como que antecipando um dos conteúdos do preâmbulo da nossa Constituição, precisamente aquele que insere "a liberdade" e "a igualdade" na lista dos "valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...)".

33. Nesse fluxo de interpretação constitucional das coisas, vêse que estamos a lidar com normas que não distinguem a espécie feminina da espécie masculina, como não excluem qualquer das modalidades do concreto uso da sexualidade de cada pessoa natural. É ajuizar: seja qual for a preferência sexual das pessoas, a qualificação dessa preferência como conduta juridicamente lícita se dá por antecipação. Até porque, reconheçamos, **nesse movediço terreno da sexualidade humana é impossível negar que a presença da natureza se faz particularmente forte. Ostensiva**. Tendendo mesmo a um tipo de mescla entre instinto e sentimento que parece começar pelo primeiro, embora sem o ortodoxo sentido de pulsão. O que já põe o Direito em *estado de alerta* ou de especiais cuidados para não incorrer na temeridade de regulamentar o factual e axiologicamente irregulamentável. A não ser quando a sexualidade de uma pessoa é manejada para negar a sexualidade da outra, como sucede, por exemplo, com essa ignominiosa violência a que o Direito apõe o rótulo de estupro. Ou com o desvario ético-social da pedofilia e do incesto. Ou quando resvalar para a zona legalmente proibida do concubinato.

34. Óbvio que, nessa altaneira posição de direito fundamental e bem de personalidade, a preferência sexual se põe como direta emanação do princípio da "dignidade da pessoa humana" (inciso III do art. 1º da CF), e, assim, poderoso fator de afirmação e elevação pessoal. De autoestima no mais elevado ponto da consciência. Autoestima, de sua parte, a aplainar o mais abrangente caminho da felicidade, tal como positivamente normada desde a primeira declaração norte-americana de direitos humanos (Declaração de Direitos do Estado da Virgínia, de 16 de junho de 1776[10]) e até hoje perpassante das declarações constitucionais do gênero. Afinal, **se as pessoas de preferência heterossexual só podem se realizar ou ser felizes heterossexualmente, as de preferência homossexual seguem na mesma toada: só podem se realizar ou ser felizes homossexualmente**. Ou "homoafetivamente", como hoje em dia mais e mais se fala, talvez para retratar o relevante fato de que o século XXI já se marca pela preponderância da afetividade sobre a biologicidade. Do afeto sobre o biológico, este último como realidade tão somente mecânica ou automática, porque independente da vontade daquele que é posto no mundo como consequência da fecundação de um individualizado óvulo por um também individualizado espermatozoide.

35. Muito bem. Consignado que a nossa Constituição vedou às expressas o preconceito em razão do sexo e intencionalmente nem obrigou nem proibiu

10 "Art. 1º Todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, por nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade: tais são o direito de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança."

o concreto uso da sexualidade humana, **o que se tem como resultado dessa conjugada técnica de normação é o reconhecimento de que tal uso faz parte da autonomia de vontade das pessoas naturais, constituindo-se em direito subjetivo ou situação jurídica ativa**. Direito potestativo que se perfila ao lado das clássicas liberdades individuais que se impõem ao respeito do Estado e da sociedade (liberdade de pensamento, de locomoção, de informação, de trabalho, de expressão artística, intelectual, científica e de comunicação, etc.). Mais ainda, liberdade que se concretiza:

I - **sob a forma de direito à intimidade**, se visualizada pelo prisma da abstenção, ou, então, do solitário desfrute (onanismo);

II - **sob a forma de direito à privacidade**, se a visualização já ocorrer pelo ângulo do intercurso ou emparceirado desfrute (plano da intersubjetividade, por conseguinte).

36. Não pode ser diferente, porque nada mais íntimo e mais privado para os indivíduos do que a prática da sua própria sexualidade. Implicando o silêncio normativo da nossa Lei Maior, quanto a essa prática, um lógico encaixe do livre uso da sexualidade humana nos escaninhos jurídico-fundamentais da intimidade e da privacidade das pessoas naturais. Tal como sobre essas duas figuras de direito dispõe a parte inicial do art. 10 da Constituição, *verbis*: "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas". **Com o aporte da regra da autoaplicabilidade possível das normas consubstanciadoras dos direitos e garantias fundamentais**, a teor do § 1º do art. 5º da nossa Lei Maior, assim redigido: "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata".

37. Daqui se deduz que a liberdade sexual do ser humano somente deixaria de se inscrever no âmbito de incidência desses últimos dispositivos constitucionais (inciso X e § 1º do art. 5º), **se houvesse enunciação igualmente constitucional em sentido diverso. Coisa que não existe**. Sendo certo que o direito à intimidade diz respeito ao indivíduo consigo mesmo (pense-se na lavratura de um diário), tanto quanto a privacidade se circunscreve ao âmbito do indivíduo em face dos seus parentes e pessoas mais chegadas (como se dá na troca de *e-mails*, por exemplo).

38. Faço uma primeira síntese, a título de fundamentação de mérito do presente voto. Ei-la:

I - a Constituição do Brasil proíbe, por modo expresso, o preconceito em razão do sexo ou da natural diferença entre a mulher e o homem. Uma proibição que nivela o fato de ser homem ou de ser mulher às contingências da origem social e geográfica das pessoas, assim como da idade, da cor da pele e da raça, na acepção de que nenhum desses fatores acidentais ou fortuitos se põe como causa de merecimento ou de desmerecimento intrínseco de quem quer que seja;

II - Não se prestando como fator de merecimento inato ou de intrínseco desmerecimento do ser humano, o pertencer ao sexo masculino ou então ao sexo feminino é apenas um fato ou acontecimento que se inscreve nas tramas

do imponderável. Do incognoscível. Da química da própria natureza. Quem sabe, algo que se passa nas secretíssimas confabulações do óvulo feminino e do espermatozoide masculino que o fecunda, pois o tema se expõe, em sua faticidade mesma, a todo tipo de especulação metajurídica. Mas é preciso aduzir, já agora no espaço da cognição jurídica propriamente dita, que a vedação de preconceito em razão da compostura masculina ou então feminina das pessoas **também incide quanto à possibilidade do concreto uso da sexualidade de que eles são necessários portadores. Logo, é tão proibido discriminar as pessoas em razão da sua espécie masculina ou feminina quanto em função da respectiva preferência sexual. Numa frase: há um direito constitucional líquido e certo à isonomia entre homem e mulher: a) de não sofrer discriminação pelo fato em si da contraposta conformação anátomo-fisiológica; b) de fazer ou deixar de fazer uso da respectiva sexualidade; c) de, nas situações de uso emparceirado da sexualidade, fazê-lo com pessoas adultas do mesmo sexo, ou não; quer dizer, assim como não assiste ao espécime masculino o direito de não ser juridicamente equiparado ao espécime feminino " tirante suas diferenças biológica —, também não assiste às pessoas heteroafetivas o direito de se contrapor à sua equivalência jurídica perante sujeitos homoafetivos. O que existe é precisamente o contrário: o direito da mulher a tratamento igualitário com os homens, assim como o direito dos homoafetivos a tratamento isonômico com os heteroafetivos;**

III – cuida-se, em rigor, de um salto normativo da proibição de preconceito para a proclamação do próprio direito a uma concreta liberdade do mais largo espectro, decorrendo tal liberdade de um intencional mutismo da Constituição em tema de empírico emprego da sexualidade humana. É que a total ausência de previsão normativo-constitucional sobre esse concreto desfrute da preferência sexual das pessoas **faz entrar em ignição, primeiramente, a regra universalmente válida de que "tudo aquilo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido"** (esse o conteúdo do inciso II do art. 5º da nossa Constituição); em segundo lugar, porque **nada é de maior intimidade ou de mais entranhada privacidade do que o factual emprego da sexualidade humana. E o certo é que intimidade e vida privada são direitos individuais de primeira grandeza constitucional, por dizerem respeito à personalidade ou ao modo único de ser das pessoas naturais.** Por isso mesmo que de sua rasa e crua desproteção jurídica, na matéria de que nos ocupamos, resultaria brutal intromissão do Estado no direito subjetivo a uma troca de afetos e satisfação de desejos tão *in natura* que o poeta-cantor Caetano Velloso bem traduziu na metafórica locução "bruta flor do querer". E em terceiro lugar, a âncora normativa do § 1º do mesmo art. 5º da Constituição;

IV – essa liberdade para dispor da própria sexualidade insere-se no rol dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é de autonomia de vontade, direta emanação do princípio da dignidade da pessoa humana **e até mesmo "cláusula pétrea"**, nos termos do inciso IV do § 4º do art. 60 da CF (cláusula que abrange "os direitos e garantias individuais" de berço

diretamente constitucional);

V – esse mesmo e fundamental direito de explorar os potenciais da própria sexualidade tanto é exercitável no plano da intimidade (absenteísmo sexual e onanismo) quanto da privacidade (intercurso sexual ou coisa que o valha). **Pouco importando, nesta última suposição, que o parceiro adulto seja do mesmo sexo, ou não, pois a situação jurídica em foco é de natureza potestativa (disponível, portanto) e de espectro funcional que só pode correr parelha com a livre imaginação ou personalíssima alegria amorosa, que outra coisa não é senão a entrega do ser humano às suas próprias fantasias ou expectativas erótico-afetivas. A sós, ou em parceria, renove-se o juízo.** É como dizer: se o corpo se divide em partes, tanto quanto a alma se divide em princípios, o Direito só tem uma coisa a fazer: tutelar a voluntária mescla de tais partes e princípios numa amorosa unidade. Que termina sendo a própria simbiose do corpo e da alma de pessoas que apenas desejam conciliar pelo modo mais solto e orgânico possível sua dualidade personativa em um sólido conjunto, experimentando aquela *nirvânica* aritmética amorosa que Jean-Paul Sartre sintetizou na fórmula de que: *na matemática do amor, um mais um... é igual a um;*

VI – enfim, assim como não se pode separar as pessoas naturais do sistema de órgãos que lhes timbra a anatomia e funcionalidade sexuais, também não se pode excluir do direito à intimidade e à vida privada dos indivíduos a dimensão sexual do seu telúrico existir. Dimensão que, de tão natural e até mesmo instintiva, só pode vir a lume assim por modo predominantemente natural e instintivo mesmo, respeitada a mencionada liberdade do concreto uso da sexualidade alheia. **Salvo se a nossa Constituição lavrasse no campo da explícita proibição (o que seria tão obscurantista quanto factualmente inútil), ou do levantamento de diques para o fluir da sexuada imaginação das pessoas (o que também seria tão empiricamente ineficaz quanto ingênuo até, para não dizer ridículo). Despautério a que não se permitiu a nossa Lei das Leis.** Por consequência, homens e mulheres: a) não podem ser discriminados em função do sexo com que nasceram; b) também não podem ser alvo de discriminação pelo empírico uso que vierem a fazer da própria sexualidade; c) mais que isso, todo espécime feminino ou masculino goza da fundamental liberdade de dispor sobre o respectivo potencial de sexualidade, fazendo-o como expressão do direito à intimidade, ou então à privacidade (nunca é demais repetir). O que significa o óbvio reconhecimento de que **todos são iguais em razão da espécie humana de que façam parte e das tendências ou preferências sexuais que lhes ditar, com exclusividade, a própria natureza, qualificada pela nossa Constituição como autonomia de vontade.** Iguais para suportar deveres, ônus e obrigações de caráter jurídico-positivo, iguais para titularizar direitos, bônus e interesses também juridicamente positivados.

39. Se é assim, e tratando-se de direitos clausulados como pétreos (inciso IV do § 4º do artigo constitucional de n. 60), cabe perguntar se a Constituição Federal sonega aos parceiros homoafetivos, em estado de prolongada ou estabilizada

união, o mesmo regime jurídico-protetivo que dela se desprende para favorecer os casais heteroafetivos em situação de voluntário enlace igualmente caracterizado pela estabilidade. Que, no fundo, é o móvel da propositura das duas ações constitucionais *sub judice*.

40. Bem, para responder a essa decisiva pergunta, impossível deixar de começar pela análise do capítulo constitucional que tem como seu englobado conteúdo, justamente, as figuras jurídicas da família, do casamento civil, da união estável, do planejamento familiar e da adoção. É o capítulo de número VII, integrativo do título constitucional versante sobre a "Ordem Social" (Título VIII). Capítulo nitidamente protetivo dos cinco mencionados institutos, **porém com ênfase para a família, de logo aquinhoada com a cláusula expressa da especial proteção do Estado, *verbis*: "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado"** (*caput* do art. 226). Em sequência é que a nossa Lei Maior aporta consigo os dispositivos que mais de perto interessam ao equacionamento das questões de que tratam as duas ações sob julgamento, que são os seguintes: a) "O casamento é civil e gratuita a sua celebração" (§ 1º); b) "O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei" (§ 2º); c) "Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento" (§ 3º); d) "Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes" (§ 4º); e) "Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher" (§5º); f) "O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio" (§ 6º); g) "Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas" (§ 7º); h) "O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações" (§ 8º); i) "A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros" (§ 5º do art. 227); j) "Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação" (§ 6º do art. 227).

41. De toda essa estrutura de linguagem prescritiva ("textos normativos", diria Friedrich Müller), salta à evidência que **a parte mais importante é a própria cabeça do art. 226, alusiva à instituição da família, pois somente ela – insista-se na observação – é que foi contemplada com a referida cláusula da especial proteção estatal. Mas família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heterossexuais ou por pessoas assumidamente homoafetivas**. Logo, família como fato cultural e espiritual ao mesmo tempo (não necessariamente como fato biológico). Tanto assim que referida como parâmetro de fixação do salário mínimo de âmbito nacional (inciso IV do art. 7º) e como específica parcela da remuneração habitual do trabalhador ("salário família",

mais precisamente, consoante o inciso XII do mesmo art. 5º), sem que o Magno Texto Federal a subordinasse a outro requisito de formação que não a faticidade em si da sua realidade como autonomizado conjunto doméstico. O mesmo acontecendo com outros dispositivos constitucionais, de que servem de amostra os incisos XXVI, LXII e LXIII do art. 5º; art. 191; inciso IV e § 12 do art. 201; art. 203; art. 205; e inciso IV do art. 221, **nos quais permanece a invariável diretriz do não atrelamento da formação da família a casais heteroafetivos nem a qualquer formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa; vale dizer, em todos esses preceitos a Constituição limita o seu discurso ao reconhecimento da família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica**. Sem embargo de, num solitário § 1º do art. 183, referir-se à dicotomia básica do homem e da mulher, mas, ainda assim: a) como forma especial de equiparação da importância jurídica do respectivo labor masculino e feminino; b) como resposta normativa ao fato de que, não raro, o marido ou companheiro abandona o lar e com mais facilidade se predispõe a negociar seu título de domínio ou de concessão de uso daquele bem imóvel até então ocupado pelo casal. Base de inspiração ou vetores que já obedecem a um outro tipo de serviência a valores que não se hierarquizam em função da heteroafetividade ou da homoafetividade das pessoas.

42. Deveras, mais que um singelo instituto de Direito em sentido objetivo, a família é uma complexa instituição social em sentido subjetivo. Logo, um aparelho, **uma entidade**, um organismo, uma estrutura das mais permanentes relações intersubjetivas, um aparato de poder, enfim. Poder doméstico, por evidente, mas no sentido de centro subjetivado da mais próxima, íntima, natural, imediata, carinhosa, confiável e prolongada forma de agregação humana. Tão *insimilar* a qualquer outra forma de agrupamento humano quanto a pessoa natural perante outra, na sua elementar função de primeiro e insubstituível elo entre o indivíduo e a sociedade. Ambiente primaz, acresça-se, de uma convivência empiricamente instaurada por iniciativa de pessoas que se veem tomadas da mais qualificada das empatias, porque envolta numa atmosfera de afetividade, aconchego habitacional, concreta admiração ético-espiritual e propósito de felicidade tão emparceiradamente experimentada quanto distendida no tempo e à vista de todos. Tudo isso permeado da franca possibilidade de extensão desse estado personalizado de coisas a outros membros desse mesmo núcleo doméstico, de que servem de amostra os filhos (consanguíneos ou não), avós, netos, sobrinhos e irmãos. **Até porque esse núcleo familiar é o principal lócus de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por "intimidade e vida privada" (inciso X do art. 5º), além de, já numa dimensão de moradia, se constituir no asilo "inviolável do indivíduo"**, consoante dicção do inciso XI desse mesmo artigo constitucional. O que responde pela transformação de anônimas casas em personalizados lares, sem o que não se tem um igualmente personalizado *pedaço de chão no mundo*. E sendo assim a mais natural das coletividades humanas ou o apogeu da integração comunitária, a família teria mesmo que receber a mais

dilatada conceituação jurídica e a mais extensa rede de proteção constitucional. Em rigor, uma palavra-gênero, insuscetível de antecipado fechamento conceitual das espécies em que pode culturalmente se desdobrar.

43. Daqui se desata a nítida compreensão de que a família é, por natureza ou no plano dos fatos, vocacionalmente amorosa, parental e protetora dos respectivos membros, constituindo-se, no espaço ideal das mais duradouras, afetivas, solidárias ou espiritualizadas relações humanas de índole privada. **O que a credencia como base da sociedade, pois também a sociedade se deseja assim estável, afetiva, solidária e espiritualmente estruturada (não sendo por outra razão que Rui Barbosa definia a família como "a Pátria amplificada").** Que termina sendo o alcance de uma forma superior de vida coletiva, porque especialmente inclinada para o crescimento espiritual dos respectivos integrantes. Integrantes humanos em concreto estado de comunhão de interesses, valores e consciência da partilha de um mesmo destino histórico. Vida em comunidade, portanto, sabido que comunidade vem de "comum unidade". E como toda comunidade, tanto a família como a sociedade civil são usinas de comportamentos assecuratórios da sobrevivência, equilíbrio e evolução do Todo e de cada uma de suas partes. Espécie de *locomotiva social* ou *cadinho* em que se tempera o próprio caráter dos seus individualizados membros e se chega à serena compreensão de que ali é verdadeiramente o espaço do mais entranhado afeto e desatada cooperação. Afinal, é no regaço da família que desabrocham com muito mais viço as virtudes subjetivas da tolerância, sacrifício e renúncia, adensadas por um tipo de compreensão que certamente esteve presente na proposição spnozista de que, "Nas coisas ditas humanas, não há o que crucificar, ou ridicularizar. Há só o que compreender".

44. Ora bem, **é desse anímico e cultural conceito de família que se orna a cabeça do art. 226 da Constituição**. Donde a sua literal categorização com "base da sociedade". E assim normada como figura central ou verdadeiro **continente** para tudo o mais, ela, família, é que deve servir de norte para a interpretação dos dispositivos em que o capítulo VII se desdobra, conforme transcrição acima feita. Não o inverso. Artigos que têm por objeto os institutos do casamento civil, da união estável, do planejamento familiar, da adoção, etc., todos eles somente apreendidos na inteireza da respectiva compostura e funcionalidade na medida em que imersos no **continente** (reitere-se o uso da metáfora) em que a instituição da família consiste.

45. E se insistimos na metáfora do "continente" é porque o núcleo doméstico em que a família se constitui ainda cumpre explícitas funções jurídicas do mais alto relevo individual e coletivo, amplamente justificadoras da especial proteção estatal que lhe assegura o citado art. 226. Refiro-me a preceitos que de logo tenho como fundamentais pela sua mais entranhada serventia para a com-creção dos princípios da cidadania, da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho, que são, respectivamente, os incisos II, III e IV do art. 1º da CF. Logo, preceitos fundamentais por reverberação, arrastamento ou reforçada

complementaridade, a saber:

I - Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da **família**, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho;

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

III - Art. 230. A **família**, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bemestar e garantindo lhes o direito à vida. (Sem os caracteres negritados, no original.)

46. E assim é que, mais uma vez, a Constituição Federal não faz a menor diferenciação entre a família formalmente constituída e aquela existente ao rés dos fatos. Como também não distingue entre a família que se forma por sujeitos heteroafetivos e a que se constitui por pessoas de inclinação homoafetiva. Por isso que, sem nenhuma ginástica mental ou alquimia interpretativa, dá para compreender que **a nossa Magna Carta não emprestou ao substantivo "família" nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. Recolheu-o com o sentido coloquial praticamente aberto que sempre portou como realidade do mundo do ser**. Assim como dá para inferir que, quanto maior o número dos espaços doméstica e autonomamente estruturados, maior a possibilidade de efetiva colaboração entre esses núcleos familiares, o Estado e a sociedade, na perspectiva do cumprimento de conjugados deveres que são funções essenciais à plenificação da cidadania, da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho. Isso numa projeção exógena ou extramuros domésticos, porque, endogenamente ou *interna corporis*, os beneficiários imediatos dessa multiplicação de unidades familiares são os seus originários formadores, parentes e agregados. **Incluído nestas duas últimas categorias dos parentes e agregados o contingente das crianças, dos adolescentes e dos idosos. Também eles, crianças, adolescentes e idosos, tanto mais protegidos quanto partícipes dessa vida em comunhão que é, por natureza, a família**. Sabido que lugar de crianças e adolescentes não é propriamente o orfanato, menos ainda a rua, a sarjeta, ou os guetos da prostituição infantil e do consumo de entorpecentes e drogas afins. Tanto quanto o espaço de vida ideal para os idosos não são os albergues ou asilos públicos, muito menos o relento ou os bancos de jardim em que levas e levas de seres humanos abandonados despejam suas últimas sobras de gente, mas o comunitário ambiente da própria família. Tudo conforme os expressos dizeres dos arts. 227 e 229 da Constituição, este último alusivo às pessoas idosas, e, aquele, pertinente às crianças e aos adolescentes.

47. Assim interpretando por forma **não reducionista** o conceito de família,

penso que este STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou *homofóbico*. Quando o certo " data vênia de opinião divergente – é extrair do sistema de comandos da Constituição os encadeados juízos que precedentemente verbalizamos, **agora arrematados com a proposição de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Entendida esta, no âmbito das duas tipologias de sujeitos jurídicos, como um núcleo doméstico independente de qualquer outro e constituído, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade**. Pena de se consagrar uma liberdade homoafetiva pela metade ou condenada a encontros tão ocasionais quanto clandestinos ou subterrâneos. Uma canhestra liberdade "mais ou menos", para lembrar um poema alegadamente psicografado pelo tão prestigiado médium brasileiro Chico Xavier, hoje falecido, que, iniciando pelos versos de que "A gente pode morar numa casa mais ou menos,/Numa rua mais ou menos,/Numa cidade mais ou menos"/E até ter um governo mais ou menos", assim conclui a sua lúcida mensagem: "O que a gente não pode mesmo,/Nunca, de jeito nenhum,/É amar mais ou menos,/É sonhar mais ou menos,/É ser amigo mais ou menos,/(...) Senão a gente corre o risco de se tornar uma pessoa mais ou menos".

48. Passemos, então, a partir desse contexto normativo da família como base da sociedade e entidade credora da especial tutela do Estado, à interpretação de cada qual dos institutos em que se desdobra esse emblemático art. 226 da Constituição. Institutos que principiam pelo casamento civil, a saber:

> I – "O casamento é civil e gratuita a celebração". Dando-se que "O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei" (§ 1º e § 2º). Com o que essa figura do casamento perante o Juiz, ou religiosamente celebrado com efeito civil, comparece como uma das modalidades de constituição da família. **Não a única forma, como, agora sim, acontecia na Constituição de 1967, *literis*: "A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos"** (*caput* do art. 175, já considerada a Emenda Constitucional 1, de 1969). É deduzir: se, na Carta Política vencida, toda a ênfase protetiva era para o casamento, visto que ele açambarcava a família como entidade, agora, na Constituição vencedora, a ênfase tutelar se desloca para a instituição da família mesma. Família que pode prosseguir, se houver descendentes ou então agregados, com a eventual dissolução do casamento (vai-se o casamento, fica a família). Um liame já não umbilical como o que prevalecia na velha ordem constitucional, sobre a qual foi jogada, em hora mais que ansiada, a *última pá de cal*. Sem embargo do reconhecimento de que essa primeira referência ao casamento de *papel passado* traduza uma homenagem da nossa Lei Fundamental de 1988 à tradição. Melhor dizendo, homenagem a uma tradição ocidental de maior prestígio sociocultural-religioso a um modelo de matrimônio que ocorre à vista de todos, *com pompa e circunstância* e

revelador de um pacto afetivo que se deseja tão publicamente conhecido que celebrado ante o juiz, ou o sacerdote juridicamente habilitado, e sob o testemunho igualmente formal de pessoas da sociedade. Logo, um pacto formalmente predisposto à perdurabilidade e deflagrador de tão conhecidos quanto inquestionáveis efeitos jurídicos de monta, como, por exemplo, a definição do regime de bens do casal, sua submissão a determinadas regras de direito sucessório, pressuposição de paternidade na fluência do matrimônio[11] e mudança do estado civil dos contraentes, que de solteiros ou viúvos passam automaticamente à condição de casados. A justificar, portanto, essas primeiras referências que a ele, casamento civil, faz a nossa Constituição nos dois parágrafos em causa (§ 1º e § 2º do art. 226); ou seja, nada mais natural que prestigiar por primeiro uma forma de constituição da família que se apresenta com as vestes da mais ampla notoriedade e promessa igualmente pública de todo empenho pela continuidade do enlace afetivo, pois, *ao fim e ao cabo*, esse tipo de prestígio constitucional redunda em benefício da estabilidade da própria família. O continente que não se exaure em nenhum dos seus conteúdos, inclusive esse do casamento civil;

II – com efeito, após falar do casamento civil como uma das formas de constituição da família, a nossa Lei Maior adiciona ao seu art. 226 um § 3º para cuidar de uma nova modalidade de formação de um autonomizado núcleo doméstico, por ela *batizado* de "entidade familiar". É o núcleo doméstico que se constitui pela "união estável entre o homem e a mulher, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento". Donde a necessidade de se aclarar:

> II.1. que essa referência à dualidade básica homem/mulher tem uma lógica inicial: dar imediata sequência àquela vertente constitucional de incentivo ao casamento como forma de reverência à tradição sociocultural-religiosa do mundo ocidental de que o Brasil faz parte (§ 1º do art. 226 da CF), sabido que o casamento civil brasileiro tem sido protagonizado por pessoas de sexos diferentes, até hoje. Casamento civil, aliás, regrado pela Constituição Federal sem a menor referência aos substantivos "homem" e "mulher";
>
> II.2. que a normação desse novo tipo de união, agora expressamente referida à dualidade do homem e da mulher, também se deve ao propósito constitucional de não perder a menor oportunidade de estabelecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia entre as duas tipologias do gênero humano, sabido que a mulher que se une ao homem em regime de companheirismo ou *sem papel passado* ainda é vítima de comentários desairosos de sua honra objetiva, tal a renitência desse ranço do patriarcalismo entre

11 "Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
I – nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
II – nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
(...)"

nós (não se pode esquecer que até 1962, a mulher era juridicamente categorizada como relativamente incapaz, para os atos da vida civil, nos termos da redação original do art. 6º do Código Civil de 1916); tanto é assim que o § 4º desse mesmo art. 226 (antecipo o comentário) reza que "Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher". Preceito, este último, que também relança o discurso do inciso I do art. 5º da Constituição ("homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações") para atuar como estratégia de reforço normativo a um mais eficiente combate àquela renitência patriarcal dos nossos costumes. Só e só, pois esse combate mais eficaz ao preconceito que teimosamente persiste para inferiorizar a mulher perante o homem **é uma espécie de briga particular ou bandeira de luta que a nossa Constituição desfralda numa outra esfera de arejamento mental da vida brasileira, nada tendo a ver com a dicotomia da heteroafetividade e da homoafetividade**. Logo, que não se faça uso da letra da Constituição para *matar o seu espírito*, no fluxo de uma postura interpretativa que faz ressuscitar o mencionado *caput* do art. 175 da Constituição de 1967/69. Ou como diria Sérgio da Silva Mendes, que não se separe por um parágrafo (esse de número 3) o que a vida uniu pelo afeto. Numa nova metáfora, não se pode fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro, pois esse tipo acanhado ou reducionista de interpetação jurídica **seria o modo mais eficaz de tornar a Constituição ineficaz**...;

II.3. que a terminologia "entidade familiar" não significa algo diferente de "família", pois não há hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo núcleo doméstico. Estou a dizer: a expressão "entidade familiar" não foi usada para designar um tipo inferior de unidade doméstica, porque apenas *a meio caminho* da família que se forma pelo casamento civil. Não foi e não é isso, pois inexiste essa figura da *subfamília, família de segunda classe* ou família "mais ou menos" (relembrando o poema de Chico Xavier). O fraseado apenas foi usado como sinônimo perfeito de família, que é um organismo, um aparelho, uma entidade, embora sem personalidade jurídica. Logo, diferentemente do casamento ou da própria união estável, a família não se define como simples instituto ou figura de direito em sentido meramente objetivo. Essas dúas objetivas figuras de direito que são o casamento civil e a união estável é que se distinguem mutuamente, **mas o resultado a que chegam é idêntico: uma nova família, ou, se se prefere, uma nova "entidade familiar", seja a constituída por pares homoafetivos, seja a formada por casais heteroafetivos**. Afinal, se a família, como entidade que é, não se inclui no rol das "entidades associativas" (inciso XXI do art. 5º da CF), nem se constitui em "entidade de classe" (alínea *b* do inciso XXI do mesmo art. 5º), "entidades governamentais" (ainda esse art. 5º, alínea *a* do inciso LXXII), "entidades sindicais" (alínea *c* do inciso III do art.

150), "entidades beneficentes de assistência social" (§ 7º do art. 195), "entidades filantrópicas" (§ 1º do art. 199), ou em nenhuma outra tipologia de entidades a que abundantemente se reporta a nossa Constituição, **ela, família, só pode ser uma "entidade ... familiar"**. Que outra entidade lhe restaria para ser? Em rigor, trata-se da mesma técnica redacional que a nossa Lei das Leis usou, por exemplo, para chamar de "entidades autárquicas" (inciso I do § 1º do art. 144) as suas "autarquias" (§ 3º do art. 202). Assim como chamou de "entidade federativa" (§ 11 do art. 100) cada personalizada unidade política da nossa "Federação" (inciso II do art. 34). E nunca apareceu ninguém, nem certamente vai aparecer, para sustentar a tese de que "entidade autárquica" não é "autarquia", nem "entidade federativa" é algo diferente de "Federação". Por que entidade familiar não é família? E família por inteiro (não pela metade)?

II.4. que as diferenças nodulares entre "união estável" e "casamento civil" já são antecipadas pela própria Constituição, como, por ilustração, a submissão da união estável à prova dessa estabilidade (que só pode ser um requisito de natureza temporal), exigência que não é feita para o casamento. Ou quando a Constituição cuida da forma de dissolução do casamento civil (divórcio), deixando de fazê-lo quanto à união estável (§ 6º do art. 226). Mas tanto numa quanto noutra modalidade de legítima constituição da família, nenhuma referência é feita à interdição, ou à possibilidade, de protagonização por pessoas do mesmo sexo. Desde que preenchidas, também por evidente, as condições legalmente impostas aos casais heteroafetivos. Inteligência que se robustece com a proposição de que **não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um interesse de outrem**. E já vimos que a contraparte específica ou o focado contraponto jurídico dos sujeitos homoafetivos só podem ser os indivíduos heteroafetivos, e o fato é que a tais indivíduos não assiste o direito à não equiparação jurídica com os primeiros. Visto que sua heteroafetividade em si não os torna superiores em nada. Não os beneficia com a titularidade exclusiva do direito à constituição de uma família. Aqui, o reino é da igualdade pura e simples, **pois não se pode alegar que os heteroafetivos perdem se os homoafetivos ganham**. E quanto à sociedade como um todo, sua estruturação é de se dar, já o dissemos, com fincas na fraternidade, no pluralismo e na proibição do preconceito, conforme os expressos dizeres do preâmbulo da nossa Constituição do inciso IV do seu art. 3º.

III – salto para o § 4º do art. 226, apenas para dar conta de que a família também se forma por uma terceira e expressa modalidade, traduzida na concreta existência de uma "comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes". É o que a doutrina entende por "família monoparental", sem que se possa fazer em seu desfavor, pontuo, qualquer inferiorizada comparação com o casamento civil ou união estável. Basta pensar no absurdo que seria uma mulher casada enviuvar e manter

consigo um ou mais filhos do antigo casal, passando a ter que suportar o rebaixamento da sua família à condição de "entidade familiar"; ou seja, além de perder o marido, essa mulher perderia o *status* de membro de uma consolidada família. Sua nova e rebaixada posição seria de membro de uma simplória "entidade familiar", porque sua antiga família *morreria* com seu antigo marido. *Baixaria ao túmulo com ele.* De todo modo, também aqui a Constituição é apenas enunciativa no seu comando, nunca taxativa, pois não se pode recusar a condição de família monoparental àquela constituída, por exemplo, por qualquer dos avós e um ou mais netos, ou até mesmo por tios e sobrinhos. **Como não se pode pré-excluir da candidatura à adoção ativa pessoas de qualquer preferência sexual, sozinhas ou em regime de emparceiramento.**

49. Por último, anoto que a Constituição Federal remete à lei a incumbência de dispor sobre a assistência do Poder Público à adoção, inclusive pelo estabelecimento de casos e condições da sua (dela, adoção) efetivação por parte de estrangeiros (§ 5º do art. 227); e também nessa parte do seu estoque normativo não abre distinção entre adotante "homo" ou "heteroafetivo". E como possibilita a adoção por uma só pessoa adulta, também sem distinguir entre o adotante solteiro e o adotante casado, ou então em regime de união estável, penso aplicar-se ao tema o mesmo raciocínio de proibição do preconceito e da regra do inciso II do art. 5º da CF, combinadamente com o inciso IV do art. 3º e o § 1º do art. 5º da Constituição. Mas é óbvio que o mencionado regime legal há de observar, entre outras medidas de defesa e proteção do adotando, todo o conteúdo do art. 227, cabeça, da nossa Lei Fundamental.

50. Dando por suficiente a presente análise da Constituição, julgo, em caráter preliminar, parcialmente prejudicada a ADPF 132/RJ, e, na parte remanescente, dela conheço como ação direta de inconstitucionalidade. No mérito, julgo procedentes as duas ações em causa. Pelo que dou ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como "entidade familiar", entendida esta como sinônimo perfeito de "família". Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

É como voto.

EXTRATO DA ATA

ADI 4.277/DF — Relator: Ministro Ayres Britto. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Requeridos: Presidente da República (Advogado: Advogado-Geral da União) e Congresso Nacional. Interessados: Conectas Direitos Humanos, Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros - ABGLT (Advogados: Marcela Cristina Fogaça Vieira e outros), Associação de Incentivo à Educação

e Saúde de São Paulo (Advogados: Fernando Quaresma de Azevedo e outros), Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM (Advogado: Rodrigo da Cunha Pereira), Associação Eduardo Banks (Advogado: Reinaldo José Gallo Júnior), Conferência Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB (Advogados: João Paulo Amaral Rodrigues e outros).

Decisão: Chamadas, para julgamento em conjunto, a ADI 4.277 e a ADPF 132, após o voto do Ministro Ayres Britto (Relator), que julgava parcialmente prejudicada a ação de descumprimento de preceito fundamental, recebendo o pedido residual como ação direta de inconstitucionalidade, e procedentes ambas as ações, foi o julgamento suspenso. Impedido o Ministro Dias Toffoli. Ausente, justificadamente, a Ministra Ellen Gracie. Falaram, pela requerente da ADI 4.277, o Dr. Roberto Monteiro Gurges Santos, Procurador-Geral da República; pelo requerente da ADPF 132, o professor Luís Roberto Barroso; pela Advocacia-Geral da União, o Ministro Luís Inácio Lucena Adams; pelos *amici curiae* Conectas Direitos Humanos; Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM); Grupo Arco Íris de Conscientização Homossexual; Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT); Grupo de Estudos em Direito Internacional da Universidade Federal de Minas Gerais (GEDI UFMG) e Centro de Referência de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros do Estado de Minas Gerais - Centro de Referência GLBTTT; ANIS - Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero; Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo; Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) e a Associação Eduardo Banks, falaram, respectivamente, o Professor Oscar Vilhena; a Dra. Maria Berenice Dias; o Dr. Thiago Bottino do Amaral; o Dr. Roberto Augusto Lopes Gonçale; o Dr. Diego Valadares Vasconcelos Neto; o Dr. Eduardo Mendonça; o Dr. Paulo Roberto Iotti Vecchiatti; o Dr. Hugo José Sarubbi Cysneiros de Oliveira e o Dr. Ralph Anzolin Lichote. Presidência do Ministro Cezar Peluso.

Presidência do Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli e Luiz Fux. Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 4 de maio de 2011 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

VOTO

Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Ação direta de inconstitucionalidade conexa. União homoafetiva. Equiparação à união estável entre homem e mulher (art. 226, § 3º, da Constituição da República). Art. 19, incisos II e V, e o art. 33, incisos I a X e parágrafo único, todos do Decreto-Lei 220/1975, do Estado do Rio de Janeiro. Decisões judiciais de tribunais de justiça, especialmente do Estado do Rio de Janeiro. Recebimento da ação de descumprimento de preceito fundamental como

ação direta de inconstitucionalidade, com apreciação de pedido subsidiário. Governador do Estado: pertinência temática. Teoria dos deveres de proteção. Dever de promoção dos direitos fundamentais dos cidadãos. Garantia institucional da família (art. 226, caput). Caracterização da união estável como entidade familiar. Igualdade. Dignidade da pessoa humana, na vertente da proteção da autonomia individual. Direitos de personalidade. Segurança jurídica: previsibilidade e certeza dos efeitos jurídicos das relações estabelecidas entre indivíduos do mesmo sexo. Interpretação conforme à constituição do art. 1.723 do Código Civil.

1. O Estado é responsável pela proteção e promoção dos direitos fundamentais, à luz da teoria dos deveres de proteção.

2. O Governador do Estado atende o requisito da pertinência temática para deflagração do controle concentrado de constitucionalidade dos atos do Poder Público na defesa dos direitos fundamentais de seus cidadãos.

3. A garantia institucional da família, insculpida no art. 226, *caput*, da Constituição da República, pressupõe a existência de relações de afeto, assistência e suporte recíprocos entre os membros, bem como a existência de um projeto coletivo, permanente e duradouro de vida em comum e a identidade de uns perante os outros e cada um deles perante a sociedade.

4. A união homoafetiva se enquadra no conceito constitucionalmente adequado de família.

5. O art. 226, § 3º, da Constituição deve ser interpretado em conjunto com os princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana - em sua vertente da proteção da autonomia individual - e da segurança jurídica, de modo a conferir guarida às uniões homoafetivas nos mesmos termos que a confere às uniões estáveis heterossexuais.

6. Interpretação conforme à Constituição do art. 1.723 do Código Civil de 2002, para permitir sua aplicação às uniões homoafetivas.

7. Pedidos julgados procedentes.

O Sr. Ministro Luiz Fux: Primeiramente, registro que acompanho o eminente Ministro Relator, no que concerne ao recebimento da ADPF 132 como ação direta de inconstitucionalidade, apreciando-lhe, portanto, o pedido subsidiário de interpretação do art. 1.723 do Código Civil conforme à Constituição e, assim, reconhecendo a identidade entre este pedido e aquele deduzido na ADI 4.277, julgada na mesma assentada.

Cumpre, pois, passar ao exame da pertinência temática, necessária ao ajuizamento, por Governador de Estado, de ação destinada ao controle abstrato de constitucionalidade das leis e dos demais atos do poder público. Como se verá, será plenamente possível identificar a pertinência temática no caso em apreço.

Postula o arguente a *interpretação conforme à Constituição* do art. 1.723 do Código Civil vigente ("É reconhecida a união estável entre o homem e a mulher,

configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família."), para determinar sua aplicabilidade não apenas à união estável estabelecida entre homem e mulher, como também à união estável constituída entre indivíduos do mesmo sexo. Há que se vislumbrar a existência da pertinência temática em virtude da cognominada teoria dos **deveres de proteção** (*Schutzpflichten*), relevante consectário da *dimensão objetiva dos direitos fundamentais*.

De acordo com a teoria dos deveres de proteção, os *direitos fundamentais* não cuidam apenas do estabelecimento de relações entre os indivíduos e o Estado, de modo a impor a este último abstenções ou o fornecimento de prestações positivas. Na lição de *Daniel Sarmento* (*A dimensão objetiva dos direitos fundamentais*: fragmentos de uma teoria. In: *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, v. XII - Direitos Fundamentais: 297/332. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 298 et seq.) e *Ingo Wolfgang Sarlet* (*A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 141 et seq.), os direitos fundamentais também positivam valores eleitos por uma comunidade como nucleares, de maneira a balizar a atuação do poder político e até mesmo dos particulares, irradiando-se por todo o ordenamento jurídico.

A doutrina da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais tem berço no direito alemão, forte na consagração dos direitos fundamentais não só como direitos subjetivos do indivíduo em face do Estado, mas também como decisões valorativas de cunho objetivo da Constituição, espraiando sua eficácia sobre todo o direito positivo, de modo a orientar o exercício das funções legislativa, administrativa e judiciária. Traduz-se na "**mais-valia**" **jurídica** a que se refere *José Carlos Vieira de Andrade* (*Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 138), vale dizer, um reforço de juridicidade das normas de direitos fundamentais, que disporiam de outros efeitos para além daqueles relacionados com a perspectiva subjetiva.

Serve a teoria dos deveres de proteção como meio de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais assegurados pela Constituição. Com isso, o Estado não fica apenas obrigado a abster se da violação dos direitos fundamentais, como também a atuar positivamente na proteção de seus titulares diante de lesões e ameaças provindas de terceiros, seja no exercício de sua atividade legislativa, administrativa ou jurisdicional.

No oportuno magistério de *Ingo Sarlet* (ob. cit., p. 148 149),

> Outra importante função atribuída aos direitos fundamentais e desenvolvida com base na existência de um dever geral de efetivação atribuído ao Estado, por sua vez agregado à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, diz com o reconhecimento de deveres de proteção (*Schutzpflichten*) do Estado, no sentido de que a este incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também contra

agressões provindas de particulares e até mesmo de outros Estados. Esta incumbência, por sua vez, desemboca na obrigação de o Estado adotar medidas positivas da mais diversa natureza (por exemplo, por meio de proibições, autorizações, medidas legislativas de natureza penal, etc.), com o objetivo precípuo de proteger de forma efetiva o exercício dos direitos fundamentais. (...)

Por conseguinte, é possível identificar direitos de proteção oponíveis ao Estado pelos indivíduos. Há que se recordar aqui a classificação dos direitos fundamentais proposta por *Robert Alexy* (*Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Tercera reimpresión. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, especialmente p. 435 et seq.), segundo a qual são *direitos de proteção* aqueles conferidos aos titulares de direitos fundamentais em face do Estado para que este os proteja de intervenções de terceiros. Portanto, são *direitos prestacionais em sentido amplo*, por exigir uma atuação comissiva do Estado na garantia do regular exercício dos direitos fundamentais.

No mesmo diapasão, os direitos fundamentais também importam parâmetros para a criação e constituição de organizações e instituições estatais e para o procedimento. Em outras palavras, os deveres de proteção do Estado podem concretizar-se também por intermédio de órgãos ou procedimentos estabelecidos para a efetivação dos direitos fundamentais, de modo que, dentro dos direitos prestacionais *lato sensu*, também se reconhecem *direitos fundamentais à proteção através da organização e do procedimento*.

Esse também é o escólio de *Vieira de Andrade* (ob. cit., p. 147-148), para quem há situações em que os direitos fundamentais podem ser afetados por um procedimento, em particular por um procedimento administrativo ou judicial. Nesses casos, deriva das normas constitucionais definidoras desses direitos fundamentais que a organização e o procedimento capazes de afetá-los sejam conformados de modo a assegurar o seu exercício ou a sua efetividade, observada a ponderação dos valores jusfundamentais em causa. Essa conformação pode estar prevista na própria Constituição, na legislação infraconstitucional ou, ainda, decorrer implicitamente dos das normas definidoras dos direitos fundamentais.

Prossiga-se no raciocínio. O processo jurisdicional é, por excelência, o *locus* da proteção dos direitos fundamentais. A jurisdição, como função primordial do Estado, precisa estar dirigida à consagração dos direitos fundamentais, como, de resto, a atividade estatal como um todo – do contrário, perde-se a própria razão de ser do Estado. Quando o processo resulta em flagrante e disseminada violação dos direitos fundamentais – sobretudo aqueles que dizem com os direitos da personalidade, como os de que ora se cuida –, o Estado tem o dever de operar os instrumentos de fiscalização de constitucionalidade aptos a derrotar o abuso.

Acolha-se, destarte, a proposta de *Felipe Derbli* (O papel do Estado membro no controle abstrato de constitucionalidade das leis em matéria de direitos fundamentais. In: VENTURA, Zênio; FAGÚNDEZ, Paulo (Org.). *As perspectivas*

da advocacia pública e a nova ordem econômica. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006, v., p. 133-154), para reconhecer que é missão do Estado-membro atuar comissivamente na defesa dos direitos fundamentais e, nesse mister, provocar o controle concentrado de constitucionalidade dos atos do poder público – *in casu*, do Poder Judiciário – mediante o ajuizamento, por seu Governador, da ação direta de inconstitucionalidade. Nas palavras do autor, *verbis*:

> (...) *os objetivos fundamentais da República*, previstos nos quatro incisos do já mencionado art. 3º, **dizem respeito à atuação do Poder Público** na construção e na manutenção das liberdades fundamentais e na **busca inescusável e ininterrupta de níveis minimanente aceitáveis de igualdade material**, justiça social e **solidariedade entre os indivíduos**. Ora, é inevitável a conclusão de que **está entre as finalidades do Estado Brasileiro**, *pelo menos implicitamente, a promoção dos direitos fundamentais, tarefa essa que incumbe a todos os entes da Federação, dentro dos limites de suas competências*. E nem poderia ser de outra forma – afinal, a própria gênese do constitucionalismo associa-se à organização e racionalização do poder político para proteção dos direitos fundamentais.
>
> Pois bem. Como visto acima, a promoção dos direitos fundamentais envolve, necessariamente, a atuação positiva do Poder Público **não apenas na oferta de prestações materiais positivas, mas também no exercício de seus *deveres de proteção*, agindo no sentido de impedir a violação dos direitos fundamentais dos indivíduos ou de uma coletividade por terceiros. Cumpre ao Estado-membro, portanto, exercer tal mister e atuar comissivamente na defesa dos direitos fundamentais**.
>
> Nessa linha de raciocínio, se o Poder Público pode obstar à violação de direitos fundamentais por particulares ou por Estados estrangeiros, **não parece haver qualquer impedimento a que um Estado-membro aja positivamente para proteger seus cidadãos da violação de direitos fundamentais perpetrada por outro ente da Federação, seja a União, outros Estados-membros ou Municípios**.

No caso em apreço, trata-se de questão concernente à violação de direitos fundamentais inerentes à personalidade dos indivíduos que vivem sob orientação sexual minoritária, idôneos a autorizar o manejo da ação direta de inconstitucionalidade pelo Estado do Rio de Janeiro, por intermédio do Exmo. Sr. Governador. Patente, portanto, a pertinência temática para a ação em apreço.

Seria possível objetar que a pertinência temática, neste ponto, esbarraria na limitação que o Estado membro exibe para a defesa de direitos fundamentais, que, em princípio, seria restrita aos seus cidadãos. No entanto, como bem assinalado no pronunciamento da Procuradoria-Geral da República, a questão transcende os limites territoriais daquela unidade federada, sendo certo, ademais, que se atribui eficácia *erga omnes* da decisão em fiscalização abstrata de constitucionalidade – realizando se sobre lei nacional, terá alcance igualmente nacional.

De qualquer maneira, o ajuizamento da ADI 4.277 pelo Procurador-Geral da República, legitimado universal – e, portanto, dispensado da demonstração de

pertinência temática para a deflagração do controle abstrato de constitucionalidade dos atos do poder público - esvazia essa discussão no caso em tela. De fato, a ADI 4.277, admitida como sucedâneo da ADPF 178 e apensada à presente ação, tem pedido idêntico: a interpretação conforme à Constituição do art. 1723 do Código Civil, de modo a que seja o mesmo aplicável, com os respectivos consectários, às uniões entre pessoas do mesmo sexo. Os efeitos práticos de uma procedência de pedidos serão os mesmos numa e noutra.

Portanto, resta igualmente atendido o requisito da pertinência temática. **É de se passar ao exame de mérito.**

Impende estabelecer algumas premissas fundamentais para a apreciação da causa. A primeira delas, bem retratada nas petições iniciais e nas diversas manifestações dos *amici curiae*, é a seguinte: **a homossexualidade é um fato da vida**. Há indivíduos que são homossexuais e, na formulação e na realização de seus modos e projetos de vida, constituem relações afetivas e de assistência recíproca, em convívio contínuo e duradouro - mas, por questões de foro pessoal ou para evitar a discriminação, nem sempre público - com pessoas do mesmo sexo, vivendo, pois, em orientação sexual diversa daquela em que vive a maioria da população.

A segunda premissa importante é a de que **a homossexualidade é uma *orientação* e não uma *opção* sexual**. Já é de curso corrente na comunidade científica a percepção - também relatada pelos diversos *amici curiae* - de que a homossexualidade não constitui doença, desvio ou distúrbio mental, mas **uma característica da personalidade do indivíduo**. Sendo assim, não parece razoável imaginar que, mesmo no seio de uma sociedade ainda encharcada de preconceitos, tantas pessoas *escolhessem* voluntariamente um modo de vida descompassado das concepções morais da maior parte da coletividade, sujeitando-se, *sponte propria*, à discriminação e, por vezes, ao ódio e à violência.

Independentemente da origem da homossexualidade - isto é, se de raiz genética, social, ambas ou quaisquer outras -, tem-se como certo que **um indivíduo é homossexual simplesmente porque o é**. Na verdade, a única opção que o homossexual faz é pela publicidade ou pelo segredo das manifestações exteriores desse traço de sua personalidade. (Pre)determinada a sua orientação sexual, resta-lhe apenas escolher entre vivê-la publicamente, expondo-se a toda sorte de reações da sociedade, ou guardá-la sob sigilo, preservando-a sob o manto da privacidade, de um lado, mas, de outro, eventualmente alijando-se da plenitude do exercício de suas liberdades.

A terceira premissa é, a rigor, um desdobramento das anteriores: **a homossexualidade não é uma ideologia ou uma crença**.

A quarta das premissas: **os homossexuais constituem entre si relações contínuas e duradouras de afeto e assistência recíprocos, com o propósito de compartilhar meios e projetos de vida**. Isso simplesmente ocorre, como sempre ocorreu (ainda que, em muitos casos, secretamente) e decerto continuará a

ocorrer. De acordo com os primeiros resultados definitivos do *Censo 2010* do IBGE (disponíveis em <http://www.ibge.gov.br>; consulta em 30-4-2011), **atualmente há mais de sessenta mil uniões homoafetivas declaradas no Brasil**, sendo perfeitamente presumível que muitas outras não tenham sido declaradas no último recenseamento populacional do país.

A quinta premissa não é fática, mas jurídica: **não há qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade no estabelecimento de uniões homoafetivas. Não existe, no Direito brasileiro, vedação às uniões homoafetivas**, haja vista, sobretudo, a reserva de lei instituída pelo art. 5º, inciso II, da Constituição de 1988 para a vedação de quaisquer condutas aos indivíduos.

Poderia dizer-se, com algum cinismo, que se trata de "ato jurídico inexistente", vetusta e míope categorização, felizmente há muito abandonada. (É curioso recordar, aliás, que as clássicas lições do Direito Civil não raro mencionavam, como exemplo de "ato jurídico inexistente", o casamento entre pessoas do mesmo sexo...) Como já se sabia em Roma, *ubi societas, ibi jus* (onde está a sociedade, está o direito) – o direito segue a evolução social, estabelecendo normas para a disciplina dos fenômenos já postos. Não é diferente neste caso: o ato de constituição da união homoafetiva existe, ocorre e gera efeitos juridicamente relevantes, que, portanto, merecem tratamento pelo direito.

A *vexata quaestio*, pois, não é saber **se** as uniões homoafetivas encontram amparo na Constituição e no direito infraconstitucional. Tem-se por sabido que *sim*. **Cuida-se, então, de dizer qual o tratamento jurídico a ser conferido, de modo constitucionalmente adequado, à união homoafetiva**, ou melhor, se a estas deve ser estendido o tratamento jurídico dado à união estável entre homem e mulher.

Mesmo que já dito antes, não é demais registrar novamente que o tema revolve preconceitos ainda muito disseminados e arraigados na sociedade brasileira. Independentemente do resultado deste julgamento, a sua repercussão social será imensa e são, em boa parte, imprevisíveis as suas consequências. Mas assim será toda vez que as liberdades essenciais dos indivíduos – em especial aquelas ligadas à sua identidade – forem alvo de ameaças do Estado ou dos particulares e o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, for convocado a assegurar a proteção os direitos fundamentais.

Particularmente nos casos em que se trata de direitos de minorias é que incumbe à Corte Constitucional operar como instância contramajoritária, na guarda dos direitos fundamentais plasmados na Carta Magna em face da ação da maioria ou, como no caso em testilha, para impor a ação do poder público na promoção desses direitos.

Canetas de magistrados não são capazes de extinguir o preconceito, mas, num Estado Democrático de Direito, detêm o poder de determinar ao aparato estatal a atuação positiva na garantia da igualdade material entre os indivíduos e no combate ostensivo às discriminações odiosas. Esta Corte pode, aqui e agora, firmar posição histórica e tornar público e cogente que o Estado não será

indiferente à discriminação em virtude da orientação sexual de cada um; ao revés, será o primeiro e maior opositor do preconceito aos homossexuais em qualquer de suas formas.

Com estas considerações, proceda-se ao exame do mérito propriamente dito, que as confirmará. É possível resumir a pretensão na seguinte fórmula: **postula-se o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo gênero como entidade familiar, do modo a gozar do mesmo reconhecimento que o Estado concede à união estável entre homem e mulher**. Pede-se vênia, aqui, para que se discorra sobre dois conceitos fundamentais para a compreensão do caso: *família* e *reconhecimento*.

Como é cediço, o art. 226, *caput*, da Constituição de 1988 estabelece que a *família*, como base da sociedade, tem especial proteção do Estado. Trata-se de uma *garantia institucional*, destinada "a assegurar a permanência da instituição, embargando-lhe a eventual supressão ou mutilação e preservando invariavelmente o mínimo de substantividade ou essencialidade, a saber, aquele cerne que não deve ser atingido nem violado, (...)", sob pena de perecimento dessa instituição protegida. (cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 542).

A consagração da garantia institucional da família serve à preservação do instituto como ambiente e veículo de realização dos direitos fundamentais. Com efeito, a ordem constitucional instituída em 5 de outubro de 1988 *funcionalizou* o conceito jurídico de família, como se vê na lição de *Gustavo Tepedino* (A Disciplina Civil-Constitucional das Relações Familiares. In: *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 397 398), *verbis*:

> Verifica-se, do exame dos arts. 226 a 230 da Constituição Federal, que o centro da tutela constitucional se desloca do casamento para as relações familiares dele (mas não unicamente dele) decorrentes; e que a milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos. (...)
>
> Assim sendo, a família, embora tenha ampliado, com a Carta de 1988, o seu prestígio constitucional, deixa de ter valor intrínseco, como instituição capaz de merecer tutela jurídica pelo simples fato de existir, passando a ser valorada de maneira instrumental, tutelada na medida em que – e somente na exata medida em que – se constitua em um núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade dos seus integrantes.

Tem-se, pois, que a proteção constitucional da família não se deu com o fito de se preservar, por si só, o tradicional modelo biparental, com pai, mãe e filhos. Prova disso é a expressa guarida, no § 4° do art. 226, das famílias monoparentais, constituídas apenas pelo pai ou pela mãe e pelos descendentes; também não se questiona o reconhecimento, como entidade familiar inteira, dos casais que, por

opção ou circunstâncias da vida, não têm filhos. Bem ao contrário, a Constituição de 1988 consagrou a família como *instrumento* de proteção da dignidade dos seus integrantes e do livre exercício de seus direitos fundamentais, de modo que, independentemente de sua formação – quantitativa ou qualitativa –, serve o instituto como meio de desenvolvimento e garantia da existência livre e autônoma dos seus membros.

Dessa forma, o conceito constitucional pós-1988 de *família* despiu-se de materialidade e restringiu-se a aspectos meramente instrumentais, merecendo importância tão somente naquilo que se propõe à proteção e promoção dos direitos fundamentais dos indivíduos. Em síntese, **não pode haver compreensão constitucionalmente adequada do conceito de família que aceite o amesquinhamento de direitos fundamentais.**

O que, então, caracteriza, **do ponto de vista ontológico**, uma **família**? Certamente não são os laços sanguíneos, pois os cônjuges ou companheiros não os têm entre si e, mesmo sem filhos, podem ser uma família; entre pais e filhos adotivos também não os haverá. De igual modo, a coabitação não será necessariamente um requisito – uma família se desintegra se, por exemplo, um filho vai estudar no exterior? É claro que não.

O que faz uma família é, sobretudo, o amor – não a mera afeição entre os indivíduos, mas o verdadeiro **amor familiar**, que estabelece relações de afeto, assistência e suporte recíprocos entre os integrantes do grupo. O que faz uma família é a **comunhão**, a existência de um projeto coletivo, permanente e duradouro de vida em comum. O que faz uma família é a **identidade**, a certeza de seus integrantes quanto à existência de um vínculo inquebrantável que os une e que os identifica uns perante os outros e cada um deles perante a sociedade. Presentes esses três requisitos, tem-se uma família, incidindo, com isso, a respectiva proteção constitucional.

Existe razoável consenso na ideia de que não há hierarquia entre entidades. Portanto, entre o casamento e a união estável heterossexual não existe, em princípio, distinção ontológica; o tratamento legal distinto se dá apenas em virtude da solenidade de que o ato jurídico do casamento – *rectius*, o matrimônio – se reveste, da qual decorre a segurança jurídica absoluta para as relações dele resultantes, patrimoniais (como, *v.g.*, o regime de bens ou os negócios jurídicos praticados com terceiros) e extrapatrimoniais. A união estável, por seu turno, demandará, em muitos casos, a produção de outras provas facilmente substituídas, num casamento, pela respectiva certidão, mas, como entidades familiares, funcionarão substancialmente do mesmo modo.

Pois bem. **O que distingue, do ponto de vista ontológico, as uniões estáveis, heteroafetivas, das uniões homoafetivas?** Será impossível que duas pessoas do mesmo sexo não tenham entre si relação de afeto, suporte e assistência recíprocos? Que criem para si, em comunhão, projetos de vida duradoura em comum? Que se identifiquem, para si e para terceiros, como integrantes de uma célula única, inexoravelmente ligados?

A resposta a essas questões é uma só: **Nada as distingue**. Assim como companheiros heterossexuais, companheiros homossexuais ligam-se e apoiam-se emocional e financeiramente; vivem juntos as alegrias e dificuldades do dia a dia; projetam um futuro comum.

Se, ontologicamente, união estável (heterossexual) e união (estável) homoafetiva são simétricas, não se pode considerar apenas a primeira como entidade familiar. Impõe-se, ao revés, entender que **a união homoafetiva também se inclui no conceito constitucionalmente adequado de família, merecendo a mesma proteção do Estado de Direito que a união entre pessoas de sexos opostos**.

Nesse diapasão, a distinção entre as uniões heterossexuais e as uniões homossexuais não resiste ao teste da isonomia. Para tanto, recorde-se, novamente, o magistério de *Robert Alexy* (ob. cit., p. 395 e seguintes), para quem, **inexistindo razão suficiente para o tratamento jurídico diferenciado, impõe-se o tratamento idêntico**. Não há qualquer argumento razoável que ampare a diferenciação ou a exclusão das uniões homoafetivas do conceito constitucional de família. Deveras, os únicos fundamentos para a distinção entre as uniões heterossexuais e as uniões homossexuais, para fins de proteção jurídica sob o signo constitucional da família, são o preconceito e a intolerância, enfaticamente rechaçados pela Constituição já em seu **preâmbulo** ("(...) a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a **igualdade** e a justiça como valores supremos de uma **sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos** (...)") e também no inciso IV do art. 3º ("promover o bem de todos, **sem preconceitos** de origem, raça, **sexo**, cor, idade **e quaisquer outras formas de discriminação**") e, ainda, no art. 5º, *caput* ("Todos são **iguais** perante a lei, **sem distinção de qualquer natureza** (...)").

Não se pode ceder, no caso, a considerações de ordem moral, exceto por uma, que, ao revés, é indispensável: **todos os indivíduos devem ser tratados com igual consideração e respeito**. É esta a base da *leitura moral da Constituição* propugnada por *Ronald Dworkin* (*Freedom's Law: The Moral Reading of The American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, p. 7-8), que, mesmo tecendo argumentos sobre o constitucionalismo nos EUA, formula assertivas perfeitamente aplicáveis ao direito constitucional brasileiro. Confira-se:

> (...) o governo deve tratar todos aqueles que se sujeitam ao seu domínio como detentores de igual *status* moral e político; deve tentar, de boa-fé, tratá-los com igual consideração; e deve respeitar quaisquer liberdades individuais indispensáveis a esses fins, incluindo – mas não limitado a elas – as liberdades mais especificamente designadas no documento [a 14ª Emenda à Constituição dos EUA], como as liberdades de expressão e de religião.(...)
> (Tradução livre do inglês.)

Ainda sobre a igualdade, *Dworkin*, em outra obra (*A virtude soberana: a teoria e prática da igualdade*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. XVII), esclarece sua visão sobre o princípio da igualdade. *Verbis*:

> O argumento deste livro – a resposta que oferece ao desafio da

consideração igualitária - é dominado por esses dois princípios agindo em conjunto. O primeiro princípio requer que o governo adote leis e políticas que garantam que o destino de seus cidadãos, contanto que o governo consiga atingir tal meta, não dependa de quem eles sejam - seu histórico econômico, sexo, raça ou determinado conjunto de especializações ou deficiências. O segundo princípio exige que o governo se empenhe, novamente se o conseguir, por tornar o destino dos cidadãos sensível às opções que fizeram. (...)

Diante disso, ignorar a existência e a validade jurídica das uniões homoafetivas é o mesmo que as por em situação de injustificada desvantagem em relação às uniões estáveis heterossexuais. Compete ao Estado assegurar que a lei conceda a todos a *igualdade de oportunidades*, de modo que cada um possa conduzir sua vida autonomamente segundo seus próprios desígnios e que a orientação sexual não constitua óbice à persecução dos objetivos pessoais. O raciocínio se aplica, decerto, em todos os aspectos da vida e não apenas os materiais ou profissionais - sob esse prisma, submeter um indivíduo homossexual ao constrangimento de ter que ocultar seu convívio com o(a) parceiro(a) ou de não poder esperar de suas relações os efeitos legalmente decorrentes das uniões estáveis é, sem dúvida, reduzir arbitrariamente as suas oportunidades.

Essa ordem de ideias remete à questão da *autonomia privada dos indivíduos*, concebida, em uma perspectiva kantiana, como o centro da **dignidade da pessoa humana**. Rios de tinta já correram sobre o assunto no Brasil e no exterior, fazendo despiciendas maiores digressões sobre o tema. Basta, por ora, rememorar que a sua consagração no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, traduz-se na previsão de que o indivíduo mereça do Estado e dos particulares o tratamento de sujeito e não de objeto de direito, respeitando-se-lhe a autonomia, pela sua simples condição de ser humano.

Assim sendo, incumbe ao Estado garantir aos indivíduos a livre busca das suas realizações de vida pessoal. Ilustrativamente, confiram-se, por sua acurácia, as palavras do eminente jurista alemão *Ernst Benda* (*Dignidad Humana y Derechos de La Personalidad*. In: BENDA, Ernst et al.. *Manual de Derecho Constitucional*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2001. p. 125):

> (...) ao menos idealmente toda pessoa está capacitada para sua autorrealização moral. Está vedado ao Estado distinguir os indivíduos em função de seu presumido valor moral. O Estado não se deve arrogar o direito de pronunciar um juízo absoluto sobre os indivíduos submetidos a seu império. O Estado respeitará o ser humano cuja dignidade se mostra no fato de tratar de realizar-se na medida de suas possibilidades. Inclusive quando tal esperança pareça vã, seja por predisposições genéticas e suas metamorfoses, seja por culpa própria, nunca deverá o Estado emitir um juízo de valor concludente e negativo sobre o indivíduo.
> (Tradução livre do espanhol.)

De volta ao caso em apreço, o silêncio legislativo sobre as uniões afetivas nada mais é do que um juízo moral sobre a realização individual pela expressão de sua

orientação sexual. É a falsa insensibilidade aos projetos pessoais de felicidade dos parceiros homoafetivos que decidem unir suas vidas e perspectivas de futuro, que, na verdade, esconde uma reprovação.

Resta claro, por conseguinte, que o desprezo das uniões homoafetivas é uma afronta à dignidade dos indivíduos homossexuais, negando-lhes o tratamento igualitário no que concerne ao respeito à sua autonomia para conduzir sua vida autonomamente, submetendo-os, contra a sua vontade e contra as suas visões e percepções do mundo, a um padrão moral préestabelecido. Não pode haver dúvida de que se cuida de violação aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da isonomia.

A homossexualidade, como antes sustentado, é elemento integrante da *personalidade* do indivíduo, que, nas lições do já referido *Gustavo Tepedino* (A Tutela da Personalidade do Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro. In: *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 48), identifica-se com o conceito de *capacidade jurídica - autonomia*, portanto - e serve de raiz aos **direitos da personalidade**, dentre os quais está o direito à própria identidade, à sua identificação.

É certo que o ser humano se identifica no agrupamento social em que vive, desde a sua célula mais elementar: a família. Permitir ao indivíduo identificar-se publicamente, se assim o quiser, como integrante da família que ele mesmo, no exercício da sua autonomia, logrou constituir, é atender ao princípio da dignidade da pessoa humana; permitir ao homossexual que o faça nas mesmas condições que o heterossexual é observar o mesmo respeito e a mesma consideração - é atender à igualdade material consagrada na Constituição.

O problema, contudo, não se esgota na observância dos iguais respeito e consideração. É necessário enfrentar a questão sob o prisma do que a professora norte-americana *Nancy Fraser* (Redistribuição, Reconhecimento e Participação: Por uma concepção Integrada de Justiça. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 167) denomina "**política do reconhecimento**", em que "(...) o objetivo, na sua forma mais plausível, é contribuir para um mundo amigo da diferença, onde a assimilação à maioria ou às normas culturais dominantes não é mais o preço do igual respeito (...)". Especificamente sobre a injustiça perpetrada contra os homossexuais, a autora expõe, *verbis*:

> (...) Um exemplo que parece aproximar-se deste tipo ideal é o de uma sexualidade desprezada, compreendida através do prisma da concepção weberiana de *status*. Nessa concepção, a diferenciação social entre heterossexuais e homossexuais está fundada em uma ordem de *status* social, como patrões institucionalizados de valor cultural que constituem a heterossexualidade como natural e normativa e a homossexualidade como perversa e desprezível. O resultado é considerar gays e lésbicas como outros desprezíveis aos quais faltam não apenas reputação para participar integralmente da vida social, mas até mesmo o direito de

existir. Difusamente institucionalizados, tais padrões heteronormativos de valor geram formas sexualmente específicas de *subordinação de status*, incluindo a vergonha ritual, prisões, "tratamentos" psiquiátricos, agressões e homicídios; exclusão dos direitos e privilégios da intimidade, casamento e paternidade e de todas as posições jurídicas que dela decorrem; reduzidos direitos de privacidade, expressão e associação; acesso diminuído ao emprego, à assistência em saúde, ao serviço militar e à educação; direitos reduzidos de imigração, naturalização e asilo; exclusão e marginalização da sociedade civil e da vida política; e a invisibilidade e/ou estigmatização na mídia. Esses danos são injustiça por não reconhecimento.
(Ob. cit., p. 173.)

A percepção é correta. Um tão só argumento de igualdade poderia gerar a falsa conclusão de que a mera ausência de vedações legais seria suficiente para assegurar o tratamento justo e materialmente igualitário. No entanto, a igualdade material não se realiza, pois aos homossexuais não vem sendo concedida a possibilidade de concretizar o projeto de vida familiar que se coaduna com um elemento fundamental de sua personalidade. O silêncio normativo catalisa a clandestinidade das relações homoafetivas, na aparente ignorância de sua existência; a ausência de acolhida normativa, na verdade, significa rejeição. Enquanto isso, sem a proteção do direito, resta ao homossexual estabelecer, no máximo, famílias de conveniência, de fachada, ou renunciar a componente tão fundamental de uma vida.

A aplicação da *política de reconhecimento* dos direitos dos parceiros homoafetivos é imperiosa, por **admitir a diferença entre os indivíduos e trazer para a luz relações pessoais básicas de um segmento da sociedade que vive parte importantíssima de sua vida na sombra**. Em vez de forçar os homossexuais a viver de modo incompatível com sua personalidade, há que se acolher a **existência ordinária de orientações sexuais diversas** e acolher uma **pretensão legítima** de que suas relações familiares mereçam o tratamento que o ordenamento jurídico confere aos atos da vida civil praticados de boa-fé, voluntariamente e sem qualquer potencial de causar dano às partes envolvidas ou a terceiros. Ressalte-se este último ponto: uma união estável homoafetiva, por si só, não tem o condão de lesar a ninguém, pelo que não se justifica qualquer restrição ou, como é ainda pior, a limitação velada, disfarçada de indiferença.

Para além da ciência do direito norte-americano, há também manifestações contemporâneas de igual jaez na Europa. Em sua tese de doutoramento (*Matrimonio Homosexual y Constitución*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008. p. 115), *María Martín Sánchez*, debruçando-se sobre a então recente Lei 13/2005, de 1º de julho, que alterou o Código Civil espanhol para admitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, consignou:

> (...) limitar a liberdade de atuação do indivíduo através do *não reconhecimento* – como, até há muito pouco, no caso de contrair matrimônio entre pessoas do mesmo sexo – ou através de *omissão na Lei* – neste caso, nas leis que, até há pouco, vinham disciplinando o casamento – só teria justificação se se argumentasse que dita limitação ou restrição da liberdade

> obedece à proteção de algum valor, princípio ou bem constitucional, de modo que, efetuada uma ponderação de bens em jogo, seria conveniente estabelecer essa limitação. No entanto, não parece existir nenhum valor, princípio ou bem constitucional em risco, cuja proteção necessite de tal restrição. A esse respeito, faz-se preciso, ademais, ter presentes o resto de argumentos e fundamentos constitucionais já aportados anteriormente, tais como a igualdade e a proibição de discriminação, e a dignidade da pessoa, para além desse direito genérico à liberdade individual.
> (Tradução livre do espanhol.)

A questão do *reconhecimento* também toca o tema da *segurança jurídica*. O alheamento do direito positivo relativamente às uniões homoafetivas gera inaceitável insegurança para os indivíduos. Nem as relações mais sedimentadas pelo tempo são capazes de superar as incertezas quanto aos seus efeitos jurídicos: mesmo parceiros que vivem juntos por muitos anos não conseguem antecipar claramente como se dará a sucessão dos bens que amealharam juntos, precisando recorrer a disposições testamentárias e seus limites legais; não podem compartilhar a proteção de planos de assistência à saúde etc.

Reconhecimento, portanto, também é certeza e previsibilidade. As relações reconhecidas pelo direito têm os seus efeitos jurídicos plenamente identificáveis e as retiram do limbo. As uniões homoafetivas, uma vez equiparadas às uniões estáveis entre heterossexuais, permitirão aos indivíduos homossexuais planejar suas vidas de acordo com as normas jurídicas vigentes, prerrogativa que se espera de uma ordem jurídica comprometida com a proteção dos direitos fundamentais, como é a brasileira.

A verdade é que o mundo mudou. A sociedade mudou e, nos últimos anos, vem se ampliando a aceitação social das parcerias homossexuais constituídas com o objetivo de formação de entidades familiares. A par de quaisquer juízos de valor, há um movimento inegável de progressiva legitimação social das uniões homoafetivas, o que se verifica, com particular agudeza, no campo previdenciário. Uma pletora de decisões judiciais proferidas na última década, por diversos órgãos jurisdicionais do país, reconheceu aos homossexuais o direito a percepção de pensão por morte de seus parceiros. Em particular, a decisão na Ação Civil Pública 200.71.00.009347-0, ajuizada pelo Ministério Público Federal em face do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), na seção judiciária do Rio Grande do Sul, ocasionou a edição da Portaria INSS/DC 25, de 7-6-2000, estendendo aos parceiros homoafetivos os benefícios da pensão por morte e do auxílio-reclusão.

Mais recentemente, o Ministério da Previdência Social editou, em 9 de dezembro de 2010, a Portaria MPS 513, cujo art. 1º enuncia, em textual:

> Art. 1º Estabelecer que, no âmbito do Regime Geral de Previdência Social - RGPS, os dispositivos da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, que tratam de dependentes para fins previdenciários devem ser interpretados de forma a abranger a união estável entre pessoas do mesmo sexo.

A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional exarou o Parecer PGFN/CAT 1503, de 19 de julho de 2010, opinando no sentido da juridicidade da inclusão de companheiro(a) homoafetivo(a) como dependente para efeito de dedução do imposto de renda, desde que preenchidos os demais requisitos previstos em lei para a configuração da união estável. O mencionado parecer foi adotado pela Receita Federal do Brasil não apenas para os fins da Declaração Anual de Ajuste do exercício de 2011, como para autorizar a retificação das declarações entregues nos últimos cinco exercícios, conforme noticiado no sítio eletrônico da Receita Federal (<http://www.receita.fazenda.gov.br/automaticoSRFSinot/2010/08/02/2010_08_02_13_02_22_876601216.html>).

Também já são numerosas as leis estaduais que reconhecem direitos previdenciários aos parceiros homossexuais dos servidores públicos, como, por exemplo: no próprio Estado do Rio de Janeiro, a Lei 5.034, de 29-5-2007 e, posteriormente, a Lei 5.260, de 11-6-2008; no Estado de São Paulo, a LC 1.012, de 5-7-2007, que alterou o art. 147 da LC 180/1978; no Estado de Santa Catarina, a LC 412, de 26-6-2008; no Estado da Paraíba, a Lei 7.517, de 30-12-2003; no Estado do Rio Grande do Norte, a LC 308, de 25-10-2005, e assim por diante. Portanto, o acolhimento dos pedidos formulados nas ações ora em exame será, ao fim e ao cabo, não um ponto de partida, mas uma resultante de outros vetores que já se encaminhavam para as mesmas conclusões.

É o momento, pois, de se adotar interpretação da Constituição e das leis – em especial, do art. 19, incisos II e V, e o art. 33, incisos I a X e parágrafo único, todos do Decreto-Lei 220/1975 do Estado do Rio de Janeiro, e do art. 1.723 do Código Civil – que os compatibilize com o momento histórico ora vivido e com o atual estágio da sociedade, atentando-se para a dicção de *Konrad Hesse* (*A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 22 23), *verbis*:

> Finalmente, a *interpretação* tem significado decisivo para a consolidação e preservação normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (*Gebot optimaler Verwirklichung der Norm*). Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o direito e, sobretudo, a Constituição têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa. (...)
>
> Em outras palavras, uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição. Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa. (...)
>
> Os fatos concretos, como antes afirmado, apontam para o enquadramento jurídico – e, com isso, o oferecimento de segurança jurídica às uniões homoafetivas – na moldura jurídica estabelecida para as uniões heterossexuais, à míngua de qualquer distinção. E, especificamente quanto aos dispositivos de legislação estadual assinalados, é até mesmo

uma questão de coerência, pois o próprio Estado do Rio de Janeiro, posteriormente, editou as leis acima mencionadas que reconhecem, para os fins do regime próprio de previdência social de seus servidores, a união homoafetiva.

Saliente-se, ainda, que não se há de objetar que o art. 226, § 3º, constituiria obstáculo à equiparação das uniões homoafetivas às uniões estáveis heterossexuais, por força da previsão literal ("entre homem e mulher"). Assiste razão aos proponentes das ações em exame em seus comentários à redação do referido dispositivo constitucional. A norma foi inserida no texto constitucional para tirar da sombra as uniões estáveis e incluí-las no conceito de família. Seria perverso conferir a norma de cunho indiscutivelmente emancipatório interpretação restritiva, a ponto de concluir que nela existe impeditivo à legitimação jurídica das uniões homoafetivas, lógica que se há de estender ao art. 1.723 do Código Civil.

Urge, pois, renovar esse mesmo espírito emancipatório e, nesta quadra histórica, estender a garantia institucional da família também às uniões homoafetivas.

É importante que se diga que o próprio Supremo Tribunal Federal já se manifestou favoravelmente à produção válida de efeitos de relações homoafetivas, em decisões monocráticas multicitadas nestes autos (Pet 1.984, Rel. Min. *Marco Aurélio*, j. 10-2-2003, e ADI 3.300, Rel. Min. *Celso de Mello*, j. 3-2-2006).

Algumas observações, ao final, são necessárias. O reconhecimento da união homoafetiva como união estável, para os fins de plena aplicabilidade do art. 1.723 do Código Civil, traz não apenas os benefícios constitucionais e legais dessa equiparação, mas também os respectivos ônus, guardadas as devidas proporções. Em outras palavras, o reconhecimento, em cada caso concreto, de uma *união estável homoafetiva* jamais prescindirá da *comprovação* – pelos meios legal e moralmente admitidos – da existência de *convivência contínua, duradoura* e estabelecida com o *propósito de constituição de entidade familiar*. Evidentemente, o requisito da *publicidade* da relação também é relevante, mas merecerá algum temperamento, pois é compreensível que muitos relacionamentos tenham sido mantidos em segredo, com vistas à preservação dos envolvidos do preconceito e da intolerância – em alguns casos, a plena publicidade da união poderia prejudicar a vida profissional e/ou as demais relações pessoais dos indivíduos, frustrando-lhes ainda mais o exercício de seus direitos fundamentais.

É por essas tantas razões que voto pela **procedência** dos pedidos formulados na ADPF 132 – nesta, o respectivo pedido subsidiário – e na ADI 4.277, de modo a que seja o art. 1.723 do Código Civil vigente (Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002) *interpretado conforme* à *Constituição*, para determinar sua aplicabilidade não apenas à união estável estabelecida entre homem e mulher, como também à união estável constituída entre indivíduos do mesmo sexo.

VOTO
(Aditamento)

O Sr. Ministro Luiz Fux: Senhor Presidente, egrégio Plenário, ilustre representante do Ministério Público, senhores advogados, principalmente os que assumiram, ontem, à tribuna, eu havia preparado, aqui, um voto bastante longo, principalmente pela responsabilidade que se me impõe o Regimento de votar imediatamente seguinte ao Relator.

Entretanto, à luz da dinâmica do julgamento de ontem, que foi, poder-se-ia dizer, extremamente emocionante, onde se fundiu, aqui, paixão e razão, entendi, também, importante deixar fluir a voz do coração de um magistrado em relação à análise dessa questão tão sensível para a sociedade, que talvez tenha se tornado mais sensível até pela postura singular dos eminentes profissionais que assumiram à tribuna, e eu queria pedir vênia a todos os profissionais que intervieram para fazer uma homenagem específica ao Professor Luís Roberto Barroso, que conseguiu demonstrar exatamente aquilo que Piero Calamandrei, na sua obra "Nós, os juízes", afirma de forma muito singular o que distingue o advogado do magistrado: é que o advogado trabalha com a paixão e o magistrado trabalha, em regra, com a razão. Mas também costumo dizer que, por debaixo da nossa toga – não é Ministro Ayres? – também bate o coração de um homem.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): Perfeito.

O Sr. Ministro Luiz Fux: E não é por outra razão que a própria sentença significa aquilo que o juiz sentiu, aquilo que é o sentimento do juízo.

De sorte que vou me permitir fazer uma digressão sobre todos os pontos que foram aqui abordados, mas seguindo aquele ambiente que norteou o julgamento de ontem e trazendo os aspectos pontuais que são necessários à solução do litígio.

Quando assumi a cadeira do Supremo Tribunal Federal, um dos dados que sempre a imprensa procurou destacar é que eu fora magistrado de carreira, juiz de carreira. Isso, talvez, fosse importante para a classe, não sei, mas isso era uma tônica constante.

E esse julgamento de ontem me impôs um mergulho no meu passado, porquanto, como juiz de carreira, eu poucas vezes frequentei um juízo de família. Eu trabalhei mais no juízo cível e, paradoxalmente, no Superior Tribunal de Justiça, durante dez anos, funcionei na Seção de Direito Público.

Também não tivemos oportunidade de, em nenhum mandado de segurança, apreciarmos a questão que originariamente fora posta na ação de descumprimento de preceito fundamental do nosso Governador de Estado do Rio de Janeiro. Mas, nem por isso, nós deixamos de ter alguma experiência com relação a essa questão maior que é a questão da família.

E, talvez, num exemplo extremamente singular em relação ao que ontem

se pôs aqui, sob o enfoque da conceituação de família, é que, na qualidade de juiz cível, eu prestava um plantão de fim de semana, quando, então, recebi uma senhora que pretendia a obtenção de uma liminar *sui generis*. O que ela visava era poder velar o corpo daquele que fora o seu grande amor, mas que com ele não mantivera matrimônio; não era casada. Ele, inclusive, tinha parentes que visavam impedi-la de velar o corpo daquele que fora a pessoa amada durante toda a sua vida. E o amor era tão intenso, que ela abriu mão de uma família tradicionalmente constituída; abriu mão de ter filhos. Mas o grande reclamo dela era exatamente esse. Ela dizia: Sr. Juiz, esse homem foi a minha família; eu vivi em função desse homem, e ele compôs a família que eu tive.

E esse exemplo de outrora me faz, efetivamente, repensar sobre essa questão de uma equiparação de uma união homoafetiva a uma família, porque, naquele caso específico, o núcleo central era o amor, a identidade e, sem dúvida alguma, alguns projetos de vida que eles conseguiram realizar.

Esse caso, realmente, é um caso que encerra uma questão de justiça. Agora, evidentemente, que nós, por mais experiência que tenhamos no exercício da função judicial, ainda não conseguimos encontrar um conceito, uma definição para o que é esse valor Justiça. Mas isso não nos desmerece.

Kelsen estudou a vida inteira o que era Justiça, lavrou uma obra "O Sonho da Justiça", outra obra "Ilusão da Justiça", "O Império da Justiça" e a obra que lavrou no ocaso de sua vida "O Que é a Justiça". Diz ele: O importante não é obter a resposta, senão não parar de questionar e não parar de perguntar. Então, se essa é uma questão de justiça, o que nós temos de empreender é exatamente uma resposta, buscar a resposta para essa questão que se afirma ser uma questão que encerra uma solução de justiça.

A Suprema Corte, mesmo antes da honra que me foi conferida de integrar esta Casa, sempre se debruçou sobre a análise dos denominados direitos fundamentais: direito à vida, direito à locomoção, direito ao livre exercício profissional, dignidade humana. E talvez, na premissa de todos esses direitos que nós passamos a analisar, esteja o direito ora *sub judice*, o direito de ser. Tudo quanto se pede aqui é que haja jurisdicidade no modo de ser.

Tanto quanto pude pesquisar, o homossexualismo é um traço da personalidade. O homossexualismo não é uma crença, o homossexualismo não é uma ideologia e muito menos uma opção de vida, na medida em que nós sabemos da existência atual e pretérita de todas as formas de violência simbólica e violência física contra os homossexuais.

Mas, se a homossexualidade é um traço da personalidade, isto significa dizer que ela caracteriza a humanidade de uma determinada pessoa. A homossexualidade não é crime. Então por que ser homossexual? E por que o homossexual não pode constituir uma família?

O homossexual, em regra, não pode constituir uma família por força de

duas questões que são abominadas pela nossa Constituição: a intolerância e o preconceito. A Constituição Federal brasileira, que é de uma beleza plástica ímpar, destaca no seu preâmbulo, como ideário da nossa nação, como promessa constitucional, que o Brasil, sob a inspiração de Deus, se propôs a erigir uma sociedade plural, uma sociedade justa, uma sociedade sem preconceitos, com extrema valorização da dignidade da pessoa humana. E para enfeixar esse conjunto de cláusulas pétreas, o art. 5º dispõe que todos os homens são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza e nada mais faz do que especificar aquilo que consta em todas as declarações fundamentais dos direitos do homem – na Declaração da ONU, no nosso Pacto de São José da Costa Rica, na Declaração da África e de Madagascar, na Declaração dos Povos Muçulmanos –, todos os homens, seres humanos, são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Volta-se, então, à pergunta: se é assim – e assim o é –, por que os homossexuais não podem formar uma união homoafetiva equiparável a uma família? E o que é uma família? O que é uma família, no Brasil, quando nós sabemos que a Constituição Federal só consagrou a união estável porque 50% das famílias brasileiras são espontâneas? Nesses lares, nessas casas desse percentual do povo brasileiro, nunca passou um juiz, nunca passou um padre, mas naquela casa há amor, há unidade, há identidade, há propósito de edificação de projetos de vida. Naquela casa, muito embora não tenha passado nenhum padre e nenhum juiz, naquela casa há uma família. E o conceito de família no mundo hodierno, diante de uma Constituição pós-positivista, é um conceito de família que só tem validade conquanto privilegie a dignidade das pessoas que a compõem.

Assim como, hodiernamente, só há propriedade conquanto ela cumpra sua finalidade social, há família, conquanto ela cumpra sua finalidade social; a família, conquanto ela conceda aos seus integrantes a máxima proteção sob o ângulo da dignidade humana. Ora, se esse é o conceito, se essa é a percepção hodierna, a união homoafetiva enquadra-se no conceito de família. E qual é a pretensão? A pretensão é que se confira juridicidade a essa união homoafetiva para que eles possam sair do segredo, para que possam sair do sigilo, para que possam vencer o ódio e a intolerância em nome da lei. E o que se pretende, *mutatis mutandis*, é a equiparação à união estável, que exatamente foi consagrada em razão dessa realidade das famílias espontâneas. E a união homoafetiva é uma realidade social – o eminente Procurador-Geral da República ontem trouxe, e também tivemos essa informação de que há mais de sessenta mil uniões homoafetivas no Brasil –, de sorte que, pelo menos sob esses ângulos ainda embrionários, nada se justifica que não se possa equiparar a união homoafetiva à união estável. Muito embora pudéssemos ficar apenas no ângulo jusfilosófico, que já seria extremamente convincente, como é esse enxerto de alguns princípios pétreos da Constituição Federal, a realidade é que inúmeros princípios constitucionais, quase que a Constituição como um todo, conspiram em favor dessa equalização da união homoafetiva em relação à união estável.

Eu citaria – como aqui já o fez o Ministro Ayres – o princípio da isonomia, o

princípio da liberdade, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da proteção que o Estado deve a essas minorias e inúmeros outros princípios que aqui eu poderia enunciar. E como nós sabemos, hoje, a análise de qualquer drama humano – que passa por essa ponte onde trafegam todas as misérias e todas as aberrações, que é a ponte da Justiça –, esses dramas humanos, hoje, eles não podem ser resolvidos sem perpassarem pelo tecido normativo da Constituição Federal. Hoje temos os princípios instrumentais de interpretação da Constituição Federal, e os próprios princípios materiais que informam o sistema jurídico, como um todo, iluminam o sistema jurídico. E, sob essa ótica, o Homem, o Ser Humano, hoje se encontra como centro de gravidade de todo o ordenamento jurídico. Então, é absolutamente incompossível solucionar essa questão sem passar por esses princípios constitucionais, dentre tantos, e estes que guardam, talvez, um pouco mais de afinidade com a questão aqui proposta.

Com relação ao princípio da igualdade, eu colhi duas passagens do professor Ronald Dworkin quando nos concita a uma leitura moral da Constituição – o texto denomina se *Freedom's Law: the moral reading of the American Constitution*. E o que diz o professor Dworkin? O governo – e nós somos o governo, nós praticamos atos de governo também, atos que são inerentes ao poder público – se o legislador não faz, compete ao Tribunal suprir essa lacuna. E aqui "governo" significa a administração dos interesses das partes que não conseguiram, por autocomposição, chegar a uma solução.

Diz o Professor Dworkin:

> O Governo deve tratar todos aqueles que se sujeitam ao seu domínio como detentores de igual *status*, moral e político; deve tentar, de boa-fé, tratá-los com igual consideração e deve respeitar quaisquer liberdades individuais, indispensáveis a esses fins, incluindo, mas não limitado a elas, as liberdades mais especificadamente designadas na Emenda Constitucional americana [que, no caso, é a 14ª emenda].

E, numa outra obra, um pouco mais recente, "A Virtude Soberana – A Teoria e a Prática da Igualdade", o Professor Dworkin ressalta que:

> Ao desafio da consideração igualitária, é dominado por esses dois princípios agindo em conjunto. O primeiro princípio requer que o Governo adote leis e políticas que garantam que o destino de seus cidadãos, conquanto que o Governo consiga atingir tal meta, não dependa de que eles sejam seu histórico econômico, sexo, raça ou determinado conjunto de especializações ou deficiências. O segundo princípio exige que o Governo se empenhe novamente, se o conseguir, por tornar o destino dos cidadãos sensível às opções que fizeram.

Verifica-se, portanto, que, sob o prisma da igualdade, o reconhecimento da sociedade homoafetiva é um consectário dos ditames constitucionais; é um respeito que se tem de ter pelas cláusulas pétreas constitucionais.

Por outro lado, a pretensão da sociedade da união homoafetiva encontra guarida no princípio da dignidade da pessoa humana que, como todos

nós sabemos, talvez seja uma das maiores conquistas na teoria dos direitos fundamentais e que foi obtida, na visão de Hannah Arendt, depois de inúmeras lutas e inúmeras barricadas.

Tem-se presente que é mesmo dever do Estado lutar para que se implementem todos esses direitos fundamentais e, dentre tantos, a dignidade humana. E o que estamos fazendo aqui não é senão, à luz da dignidade da pessoa humana, implementarmos essas políticas necessárias à consecução desses objetivos, que conspiram em prol de princípios maiores: a igualdade, a liberdade e a dignidade.

Nesse particular, no "*Manual de Derecho Constitucional*", que conglomera inúmeros estudos de constitucionalistas, dentre outros, Conrad Hesse, e, em caso do jurista alemão Ernst Benda, ele afirma sobre a dignidade humana que:

> Está vedado ao Estado distinguir os indivíduos em função de seu presumido valor moral. O Estado não deve se arrogar o direito de pronunciar um juízo absoluto sobre os indivíduos submetidos ao seu império. O Estado deve respeitar o ser humano, cuja dignidade se mostra no fato de tratar de realizar-se, na medida de suas possibilidades, inclusive quando tal esperança pareça vã, seja por predisposições genéticas e suas metamorfoses, seja por culpa própria, mas nunca deverá o Estado emitir um juízo de valor concludente e negativo sobre o indivíduo.

Por outro lado, numa visão pós-positivista, surge no cenário jurídico um novel princípio, principalmente em relação a essas minorias que não gozam de uma posição majoritária socialmente – daí a discriminação e afronta a essas cláusulas pétreas –, que não é senão o princípio do reconhecimento. O Estado tem de empreender o reconhecimento a essas minorias, no afã, exatamente, de propiciar-lhes jurisdicidade na situação fática em que elas se encontram para que possam ser atendidas nas suas pretensões, em caso, a pretensão da equiparação da união homoafetiva à união estável.

E, sobre a política de reconhecimento, numa obra coletiva, a professora norte-americana Nancy Fraser, exatamente e especificamente contra a injustiça perpetrada contra os homossexuais, expõe:

> Um exemplo que parece aproximar-se desse tipo ideal é o de uma "sexualidade desprezada", compreendida através do prisma da Concepção Weberiana de *status*. Nessa concepção:
>
> > "(...) a diferenciação social entre heterossexuais e homossexuais está fundada em uma ordem de *status* social, como padrões institucionalizados de valor cultural que constituem a heterossexualidade como natural e normativa e a *homossexualidade como perversa e desprezível. O resultado é considerar gays* e lésbicas *como outros desprezíveis aos quais falta* não apenas reputação para participar integralmente da vida social, mas *até mesmo o direito de existir.*"

E sob esse enfoque, ontem, aqui da tribuna, foram rememorados momentos trágicos da história da civilização brasileira onde se tratava a homossexualidade não só através da violência simbólica, mas, o que é pior, da violência física

perpassada por várias gerações.

E continua, então, a professora americana:

> Difusamente institucionalizados, tais padrões heteronormativos de valor geram formas sexualmente específicas de subordinação de *status*, incluindo a vergonha ritual, prisões, "tratamentos" psiquiátricos, agressões e homicídios; exclusão dos direitos e privilégios da intimidade, casamento e paternidade e de todas as posições jurídicas que deles decorrem; reduzidos direitos de privacidade, expressão e associação; acesso diminuído ao emprego, à assistência em saúde, ao serviço militar e à educação; direitos reduzidos de imigração, naturalização e asilo; exclusão e marginalização da sociedade civil e da vida política; e a invisibilidade e/ou estigmatização na mídia. Esses danos são injustiça por não reconhecimento.

Esses danos são injustiça decorrente da não obediência desse princípio do reconhecimento, ou seja, injustiças decorrentes do não reconhecimento.

Nós teríamos inúmeros outros princípios constitucionais que foram aqui já enunciados pelo Ministro Ayres Britto, e agora aqui relembrados, que justificariam a procedência desse pedido no sentido de equiparar a união homoafetiva à união estável. E é exatamente isso que se pede, à luz dos princípios instrumentais da interpretação da Constituição, que se empreenda, em relação ao art. 1.723, uma interpretação conforme à Constituição para estender à união homoafetiva os mesmos consectários jurídicos da união estável.

E se nós analisarmos historicamente, a gradação praticamente foi a mesma nessa conquista emancipatória das mulheres e agora essa conquista emancipatória dos homoafetivos, como uma decorrência natural daquilo que está explícito, claro, que mereceria até mesmo a interpretação literal do texto constitucional.

Se isso não bastasse, o Supremo Tribunal Federal, nessa questão, não fixará nenhum marco espetacular de reescrever a história da proteção das minorias no Brasil. Os números do censo que aqui foram enunciados, por si sós, já demonstram que a união homoafetiva é um fato da vida. A união homoafetiva é uma realidade social. Tanto é realidade que já há normação secundária que permite que os parceiros homoafetivos figurem como dependentes da Previdência Social. A Receita Federal admite que eles possam ser declarados dependentes. E isso não é um fenômeno do qual nós podemos nos vangloriar. Nós sabemos que a Suprema Corte americana confere nos exemplos não diuturnos, porque eles não têm milhares de ações como nós, têm poucas ações, poucos recursos, mas a Suprema Corte americana lavra exemplos de que a chancela constitucional da união homoafetiva conspira em prol dos valores constitucionais. Eu também afiançaria que a Constituição Federal, quando consagrou a união estável, ela positivamente não quis excluir a união homoafetiva. Talvez o legislador constitucional tenha entendido até desnecessário – se ele estabeleceu que todos os homens são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, que há uma liberdade sexual consagrada como cláusula pétrea. É que há direitos que se inferem dos princípios

constitucionais, esse é um dos direitos de ver reconhecida a união homoafetiva com todos os seus consectários, tal como ocorre com a união estável. E para não ficarmos, talvez, só com o progresso norte-americano, temos exemplos belos hoje na Europa, também, desse reconhecimento, o que denota que a sociedade evoluiu e a Suprema Corte, que é a voz da sociedade, também acompanha essa evolução.

Trago apenas para um rápido conhecimento dos meus Colegas de Plenário que a Lei 13, de 1º de julho de 2005, que alterou o Código Civil espanhol, consagrou, até de maneira mais enfática, a união homoafetiva.

María Martín Sánches, na sua tese de doutoramento "*Matrimonio Homosexual y Constitución*", afirma:

> (...) limitar a liberdade de atuação do indivíduo através do não reconhecimento – como, até há muito pouco, no caso de contrair matrimônio entre pessoas do mesmo sexo – ou através da omissão na Lei – neste caso, nas leis que, até há pouco, vinham disciplinando o casamento – só teria justificação se se argumentasse que dita limitação ou restrição da liberdade obedece à proteção de algum valor, princípio ou bem constitucional, de modo que, efetuada uma ponderação de bens em jogo, seria conveniente estabelecer essa limitação. No entanto, não parece existir [e isso se aplica para nós, também] nenhum valor, princípio ou bem constitucional em risco, cuja proteção necessite de tal restrição. A esse respeito, faz-se preciso, ademais, ter presentes o resto de argumentos e fundamentos constitucionais já aportados anteriormente, tais como a igualdade e a proibição da discriminação, e a dignidade da pessoa, para além desse direito genérico à liberdade individual.

Egrégio Plenário, Senhores Ministros, senhores advogados, farei a juntada do voto por escrito, não sem antes findar assentando que, desde os bancos do bacharelado, sempre me encantou a máxima *ub societas ibi ius*, "onde há sociedade há o Direito". E, se a sociedade evoluiu, o Direito evolui, e a Suprema Corte evolui junto, porque ela é a intérprete maior desse Direito que transcende aos limites intersubjetivos de um litígio entre partes.

De sorte que, esse momento, que não deixa de ser de ousadia judicial – mas a vida é uma ousadia, ou, então, ela não é nada –, é o momento de uma travessia. A travessia que, talvez, o legislador não tenha querido fazer, mas que a Suprema Corte acenou, por meio do belíssimo voto do Ministro Carlos Ayres, que está disposta a fazê-lo.

Isso me fez rememorar, Ministro Ayres, exatamente à luz da doçura e da beleza humana que Vossa Excelência eclipsa nesse homem magnífico que é Fernando Pessoa, quando afirma que há momentos em que devemos fazer a travessia. É hora da travessia, e se não ousarmos fazê la, teremos ficado, para a eternidade, à margem de nós mesmos.

Os homoafetivos vieram aqui pleitear uma equiparação, pleitear que eles fossem reconhecidos à luz da comunhão que têm, da unidade, da identidade e,

acima de tudo, porque eles querem erigir um projeto de vida.

Mas a Suprema Corte concederá aos homoafetivos mais do que um projeto de vida. Tenho certeza de que, a partir do voto de Vossa Excelência, que acompanharei na sua integralidade, nós daremos a esse segmento de nobres brasileiros mais do que um projeto de vida, um projeto de felicidade.

Acompanho integralmente Vossa Excelência.

VOTO
(Antecipação)

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, Senhores Ministros, após os dois belos votos até aqui pronunciados – que eu cumprimento –, eu gostaria de, antes de iniciar, fazer uma referência aos advogados que assumiram a tribuna, em uma comprovação de que sem os advogados, como sem o Ministério Público, não há possibilidade de chegarmos a julgamentos com todas as peças e argumentos necessários para que busquemos aquilo que é o nosso objetivo: a realização da justiça material, a prestação da jurisdição.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Nestas ações diretas de inconstitucionalidade, nas quais se põe em discussão a interpretação legitimadora do art. 1.723 do Código Civil (Lei 10.406, de 10-1-2002), o núcleo da questão a se examinar é se haveria guarida constitucional para a pretensão dos autores, a saber, dar-se interpretação conforme à Constituição ao art. 1.723 do Código Civil, permitindo se declare a sua incidência também sobre a união de pessoas do mesmo sexo, de natureza pública, contínua e duradoura, formada com o objetivo de constituir família.

Observo, inicialmente, que a conquista de direitos é tão difícil quanto curiosa. A luta pelos direitos é árdua para a geração que cuida de batalhar pela sua aquisição. E parece uma obviedade, quase uma banalidade, para as gerações que os vivem como realidades conquistadas e consolidadas.

Bobbio afirmou, na década de oitenta do século XX, que a época não era de conquistar novos direitos, mas tornar efetivos os direitos conquistados.

Este julgamento demonstra que ainda há uma longa trilha, que é permanente na história humana, para a conquista de novos direitos. A violência continua, minorias são violentadas, discriminações persistem. Veredas há a serem palmilhadas, picadas novas há a serem abertas para o caminhar mais confortável do ser humano.

1. Põe-se em questão o que preceitua o art. 1.723 do Código Civil, sua interpretação, seus efeitos:

> Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

O que se enfatiza, na multiplicidade de peças que compõem os autos, a partir da petição inicial, é que a união entre pessoas do mesmo sexo haveria de ser respeitada e assegurada pelo Estado, com base na norma para a qual se pede a interpretação conforme à Constituição, ao argumento de que definir a união estável entre homem e mulher e excluir outras opções contrariaria preceitos constitucionais fundamentais, como os princípios da liberdade, da intimidade, da igualdade e da proibição de discriminação.

Pede-se seja obrigatório o reconhecimento, no Brasil, da legitimidade da união entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher e que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendam-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.

2. O Ministro Relator vota no sentido de julgar procedentes as ações para dar interpretação conforme e o Ministro Luiz Fux também assim as julga, delimitando, contudo, ao que pedido, sem qualquer outra extensão que não tenha sido cuidado nos autos.

3. Também voto no sentido da procedência das ações, com as delimitações agora trazidas pelo Ministro Luiz Fux.

4. Faço-o enfatizando, inicialmente, que não se está aqui a discutir, nem de longe, a covardia dos atos, muitos dos quais violentos, contrários a toda forma de direito, que a manifestação dos preconceitos tem dado mostra contra os que fazem a opção pela convivência homossexual.

Contra todas as formas de preconceito, contra quem quer que seja, há o direito constitucional. E este é um tribunal que tem a função precípua de defender e garantir os direitos constitucionais.

E, reitere-se, todas as formas de preconceito merecem repúdio de todas as pessoas que se comprometam com a justiça, com a democracia, mais ainda os juízes do Estado Democrático de Direito.

Até porque, como afirmaram muitos dos advogados que assumiram a tribuna, a escolha de uma união homoafetiva é individual, íntima e, nos termos da Constituição brasileira, manifestação da liberdade individual. Talvez explicasse isso melhor Guimarães Rosa, na descrição de Riobaldo, ao encontrar Reinaldo/Diadorim: "enquanto coisa assim se ata, a gente sente mais é o que o corpo a próprio é: coração bem batendo. (...) o real roda e põe diante. Essas são as horas da gente. As outras, de todo tempo, são as horas de todos (...) amor desse, cresce primeiro; brota é depois. (...) a vida não é entendível" (*Grande sertão*: veredas).

É certo; nem sempre a vida é entendível. E pode-se tocar a vida sem se entender; pode-se não adotar a mesma escolha do outro; só não se pode deixar de aceitar essa escolha, especialmente porque a vida é do outro e a forma escolhida para se viver não esbarra nos limites do Direito. Principalmente, porque o Direito existe para a vida, não a vida para o Direito.

5. O que se está aqui a analisar e discutir é porque há que se adotar a melhor interpretação da norma do art. 1.723 do Código Civil em consonância com os princípios constitucionais para se concluir qual a interpretação daquela norma a ser adotada, afastando-se outras, que, em sua literalidade, também seriam possíveis.

6. Anoto, como, de resto, já o assinalou em seu voto o Ministro Relator, que o art. 1.723 do Código Civil repete o que no § 3º do art. 226 da Constituição se contém.

Mas afirmou o Ministro Ayres Britto que haveria de se dar pela procedência das ações porque a regra do Código Civil poderia conduzir a interpretações excludentes dos direitos daqueles que escolhem viver em uniões homoafetivas. E a largueza dos princípios constitucionais determinam que a interpretação a ser aproveitada quanto aos direitos fundamentais impõem a interpretação conforme da regra em foco segundo a norma constitucional entendida numa largueza maior, fundamentada nos princípios magnos do sistema.

Daí por que há de se interpretar, a meu ver, a própria norma do § 3º do art. 226 da Constituição brasileira para se concluir sobre a aplicabilidade do art. 1.723 do Código Civil.

Dispõe o art. 226 e seu § 3º:

> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
> (...)
> § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

4. Considerando o quadro social contemporâneo, no qual se tem como dado da realidade uniões homoafetivas, a par do que se põe, no Brasil, reações graves de intolerância quanto a pessoas que, no exercício da liberdade que lhes é constitucionalmente assegurada, fazem tais escolhas, parece-me perfeitamente razoável que se interprete a norma em pauta em consonância com o que dispõe a Constituição em seus princípios magnos.

5. Sistema que é, a Constituição haverá de ser interpretada como um conjunto harmônico de normas, no qual se põe uma finalidade voltada à concretização de valores nela adotados como princípios.

Ensina José Afonso da Silva que "a tarefa da hermenêutica constitucional consiste em desvendar o sentido mais profundo da Constituição pela captação de seu significado interno, da relação de suas partes entre si e, mais latamente, de sua relação com o espírito da época – ou seja, a compreensão histórica de seu conteúdo, sua compreensão gramatical na sua relação com a linguagem e sua

compreensão espiritual na sua relação com a visão total da época. Em outras palavras, o sentido da Constituição se alcançará pela aplicação de três formas de hermenêutica: a) a hermenêutica das palavras; b) a hermenêutica do espírito; c) a hermenêutica do sentido - segundo Richard Palmer - que prefiro chamar de 'hermenêutica contextual'" (SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 15).

No exercício desta tarefa interpretativa, não me parece razoável supor que qualquer norma constitucional possa ser interpretada fora do contexto das palavras e do espírito que se põe no sistema.

É exato que o § 3º do art. 226 da Constituição é taxativo ao identificar que "Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar".

Tanto não pode significar, entretanto, que a união homoafetiva, a dizer, de pessoas do mesmo sexo seja, constitucionalmente, intolerável e intolerada, dando azo a que seja, socialmente, alvo de intolerância, abrigada pelo Estado Democrático de Direito. Esse se concebe sob o pálio de Constituição que firma os seus pilares normativos no princípio da dignidade da pessoa humana, que impõe a tolerância e a convivência harmônica de todos, com integral respeito às livres escolhas das pessoas.

Contrariamente ao que foi afirmado na tribuna, não é exato que a referência à mulher, no § 3º do art. 226 da Constituição, pretendesse significar a superação de anterior estado de diferenciação inferiorizante de cada uma de nós. O histórico das discussões na Assembleia Constituinte demonstram que assim não foi.

Nem é de se afirmar que há mera repetição do que posto no inciso I do art. 5º e no § 3º do art. 226. Cuida-se de temas que se equilibram, mas não se confundem.

Mas é exato que a referência expressa a homem e mulher garante a eles, às expressas, o reconhecimento da união estável como entidade familiar, com os consectários jurídicos próprios. Não significa, a meu ver, contudo, que se não for um homem e uma mulher, a união não possa vir a ser também fonte de iguais direitos. Bem ao contrário, o que se extrai dos princípios constitucionais é que todos, homens e mulheres, qualquer que seja a escolha do seu modo de vida, têm os seus direitos fundamentais à liberdade, a ser tratado com igualdade em sua humanidade, ao respeito, à intimidade devidamente garantidos.

6. Para ser digno há que ser livre. E a liberdade perpassa a vida de uma pessoa em todos os seus aspectos, aí incluído o da liberdade de escolha sexual, sentimental e de convivência com outrem.

O que é indigno leva ao sofrimento socialmente imposto. E sofrimento que o Estado abriga é antidemocrático. E a nossa é uma Constituição democrática.

Garantidos constitucionalmente os direitos inerentes à liberdade (art. 5º, *caput*,

da Constituição) há que se assegurar que o seu exercício não possa ser tolhido, porque, à maneira da lição de Ruy Barbosa, o direito não dá com a mão direita para tirar com a esquerda.

Não seria pensável que se assegurasse constitucionalmente a liberdade e, por regra contraditória, no mesmo texto se tolhesse essa mesma liberdade, impedindo-se o exercício da livre escolha do modo de viver, pondo-se aquele que decidisse exercer o seu direito a escolhas pessoais livres como alvo de preconceitos sociais e de discriminações, à sombra do direito.

7. A discriminação é repudiada no sistema constitucional vigente, pondo-se como objetivo fundamental da República, expresso, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, na qual se promova "o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (art. 3º, inciso III).

Se a República põe, entre os seus objetivos, que o bem de todos haverá de ser promovido sem preconceito e de qualquer forma de discriminação, como se permitir, paralelamente, seja tida como válida a inteligência de regra legal, que se pretenda aplicada segundo tais princípios, a conduzir ao preconceito e à discriminação?

Realça-se, aqui, o princípio da igualdade, porque se tem o direito de ser tratado igualmente no que diz com a própria humanidade e o direito de ser respeitado como diferente em tudo é a individualidade de cada um. A escolha da vida em comum com quem quer que seja é uma eleição que concerne à própria condição humana, pois a afeição nutrida por alguém é o que pode haver de mais humano e de mais íntimo de cada um.

Aqueles que fazem opção pela união homoafetiva não pode ser desigualado em sua cidadania. Ninguém pode ser tido como cidadão de segunda classe porque, como ser humano, não aquiesceu em adotar modelo de vida não coerente com o que a maioria tenha como certo ou válido ou legítimo.

E a igual cidadania é direito fundamental posta na própria estrutura do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inciso III, da Constituição). Seria de se indagar se qualquer forma de preconceito poderia acanhar a cidadania de quem, por razões de afeto e opções de vida segundo o sentir, resolvesse adotar modo de convivência estável com outrem que não o figurino tido como "o comum".

8. É ainda o Professor José Afonso da Silva que leciona: "o intérprete da Constituição tem que partir da ideia de que ela é um texto que tem algo a dizer-nos que ainda ignoramos. É função da interpretação desvendar o sentido do texto constitucional; a interpretação é, assim, uma maneira pela qual o significado mais profundo do texto é revelado, para além mesmo do seu conteúdo material" (op. cit., p. 14).

Daí por que, ao interpretar o art. 226 da Constituição, aquele autor assinala que "a entidade familiar fundada no casamento, portanto, não é mais a única

consagrada pelo direito constitucional e, por consequência, pela ordem jurídica em geral; porque é da Constituição que irradiam os valores normativos que imantam todo o ordenamento jurídico. *Ex facto oritur jus* – diz o velho brocado latino. A realidade é a causadora de representações jurídicas que, até um certo momento, permanecem à margem do ordenamento jurídico formal; mas a pressão dos fatos acaba por gerar certo reconhecimento da sociedade, que vai aceitando situações antes repudiadas, até o momento em que o legislador as disciplina, exatamente para contê-las no campo do controle social. Quantos sofrimentos passaram mães solteiras que, com seus filhos, eram marginalizadas pela sociedade e desprezadas pelo Estado, porque essa comunidade não era concebida como entidade familiar, porque o sistema constitucional só reconhecia a família biparental?" (op. cit., p. 863).

A interpretação correta da norma constitucional parece-me, portanto, na sequência dos vetores constitucionais, ser a que conduz ao reconhecimento do direito à liberdade de que cada ser humano é titular para escolher o seu modo de vida, aí incluído a vida afetiva com o outro, constituindo uma instituição que tenha dignidade jurídica, garantindo-se, assim, a integridade humana de cada qual.

9. Essa escolha, de resto, põe-se no espaço de intimidade de cada um, o que também é objeto de expresso reconhecimento e resguardo constitucional (art. 5º, inciso X), que projeta para o plano social a eleição sentimental feita pelas pessoas e que merece não apenas a garantia do Estado do que pode ser escolhido, mas também a segurança estatal de que não sejam as pessoas alvo de destratamento ou discriminação pelo exercício dessa sua liberdade.

A análise desta norma constitucional demonstra ser bem larga a esfera de inviolabilidade da pessoa que, nos termos do constitucionalismo positivo, "abrange o modo de vida doméstica, nas relações familiares e afetivas em geral, fatos, hábitos, local, nome, imagem, pensamentos, segredos, e, bem assim, as origens e planos futuros do indivíduo" (SILVA, José Afonso da – op. cit., p. 100).

10. Considero o pluralismo político também uma expressão que se estende além dos limites da atividade política ou do espaço político. Bem ao contrário, tenho que o pluralismo haverá de ser social para se expressar no plano político.

E o pluralismo social compõe-se com a manifestação de todas as opções livres dos indivíduos, que podem viver segundo suas tendências, vocações e opções.

Daí a escolha da vida em comum de duas pessoas do mesmo sexo não poder ser tolhida, por força de interpretação atribuída a uma norma legal, porque tanto contrariaria os princípios constitucionais que fundamentam o pluralismo político e social.

E o pluralismo não apenas se põe, expressamente, no art. 1º, inciso IV, da Constituição, como se tem também em seu preâmbulo, a sinalizar a trilha pela qual há de se conduzir o intérprete.

As escolhas pessoais livres e legítimas, segundo o sistema jurídico vigente, são plurais na sociedade e, assim, terão de ser entendidas como válidas.

11. Na esteira, assim, da assentada jurisprudência dos tribunais brasileiros, que já reconhecem para fins previdenciários, fiscais, de alguns direitos sociais a união homoafetiva, tenho como procedentes as ações, nos termos dos pedidos formulados, para reconhecer admissível como entidade familiar a união de pessoas do mesmo sexo e os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis serem reconhecidos àqueles que optam pela relação homoafetiva.

É como voto.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Vossa Excelência me permite um aparte? Desde o começo, eu fiquei preocupado com essa disposição e cheguei até comentar com o Ministro Ayres Britto, tendo em vista, como amplamente confirmado, que o texto reproduz, em linhas básicas, aquilo que consta do texto constitucional; o texto da lei civil reproduz aquilo que consta do texto constitucional. E, de alguma forma, a meu ver, eu cheguei a pensar que era um tipo de construto meramente intelectual-processual, que levava os autores a propor a ação, uma vez que o texto, em princípio, reproduzindo a Constituição, não comportaria esse modelo de interpretação conforme. Ele não se destinava a disciplinar outra instituição que não fosse a união estável entre homem e mulher, na linha do que estava no texto constitucional. Daí não ter polissemia, daí não ter outro entendimento que não aquele constante do texto constitucional.

Talvez o único argumento que possa justificar a tese da interpretação conforme – isso foi lançado da tribuna, com exemplos – é que, quando se invoca a possibilidade de se ter a união estável entre homem ou entre pessoas do mesmo sexo, invoca-se esse dispositivo como óbice, como proibição.

É preciso, talvez, que nós deixemos essa questão de forma muito clara porque isso terá implicações neste e em outros casos quanto à utilização e, eventualmente, à manipulação da interpretação conforme, que se trata inclusive de uma interpretação conforme com muita peculiaridade, porque o texto é quase um decalque da norma constitucional e, portanto, não há nenhuma dúvida quanto àquilo que o legislador quis dizer, na linha daquilo que tinha positivado o constituinte.

E o texto, em si mesmo, nessa linha, não é excludente – pelo menos essa foi a minha primeira pré-compreensão – da possibilidade de se reconhecer, mas não com base no texto, nem com base na norma constitucional, mas com base em outros princípios, a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Mas eu não diria que isso decorre do texto legal e nem que está nele albergada alguma proibição, mas tão somente – por isso que me parece e pelo menos esse é o meu juízo inicial e, obviamente, provisório – que o único argumento forte a justificar aqui a interpretação conforme à Constituição, no caso, é o fato de o dispositivo do Código

Civil estar sendo invocado para impossibilitar o reconhecimento. Do contrário, nós estaríamos a fazer um tipo de interpretação conforme muito extravagante.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Mas é exatamente isso que foi enfatizado e que eu vou dizer no meu voto.

Por isso, exatamente o que o Ministro disse, é o que eu vou dizer na sequência, no meu voto, eu fiz a referência exatamente para dizer o porquê. Exatamente dentro disso.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Agradeço a oportunidade.

VOTO

(Antecipação)

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, principio cumprimentando os excelentes votos do Ministro Relator, do Ministro Fux e da Ministra Cármen Lúcia. Também cumprimento as belíssimas sustentações orais que foram feitas da tribuna, assim como o pronunciamento do douto Procurador-Geral da República.

Inicio dizendo que perfilho o entendimento inicial do Ministro Britto, julgando prejudicada, em parte, a ação de descumprimento de preceito fundamental, para analisar apenas aqueles pontos relevantes e já explicitados nas duas ações diretas de inconstitucionalidade que foram acolhidas para exame, tal como, enfim, esclarecido pelo eminente Relator, Ministro Britto.

E, no mais, passo a proferir o meu voto, que coincide, em grande parte, com o de Sua Excelência, com algumas nuances que procurarei também deixar claras.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: A pretensão que se busca materializar neste julgamento diz respeito, em síntese, à possibilidade de conferir-se uma interpretação conforme à Constituição Federal ao art. 1.723 do Código Civil, bem como a dispositivos do Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio de Janeiro, a fim de estender-se o regime jurídico das uniões estáveis às relações duradouras entre pessoas do mesmo sexo.

Principio recordando que, na dicção do art. 226, *caput*, da Carta da República, a família, considerada "base da sociedade", "tem especial proteção do Estado". Vê-se, pois, que para solucionar a questão posta nos autos é preciso, antes de tudo, desvendar o conceito jurídico-constitucional de família.

De início, cumpre fazer uma resenha da noção de família abrigada nas Constituições anteriores à presentemente em vigor, registrando, desde logo, que todas que trataram do tema vinculavam a ideia de família ao instituto do casamento. Senão vejamos:

i) 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."

ii) Constituição de 1946: "Art. 163. **A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel** e terá direito à proteção especial do Estado."

iii) Constituição de 1967: "Art. 167. **A família é constituída pelo casamento** e terá direito à proteção dos Poderes Públicos."

iv) Emenda Constitucional 1/1969: "Art. 175. **A família é constituída pelo casamento** e terá direito à proteção dos Podêres Públicos" (grifos meus).

A vigente Carta Republicana, todavia, não estabelece essa vinculação com o casamento para definir o conceito de família tal como o faziam as anteriores.

Na verdade, a partir de uma primeira leitura do texto magno, é possível identificar, pelo menos, três tipos de família, a saber: a constituída pelo casamento, a configurada pela união estável e, ainda, a que se denomina monoparental.

Essa constatação, aliás, já foi feita pelo Ministro Ayres Britto, no julgamento do RE 397.762/BA, Rel. Min. Marco Aurélio, nos seguintes termos:

> Por esse mais largo espectro de intelecção da família como categoria de Direito Constitucional, ajuízo que a primeira modalidade de família de sua formação é, para a nossa Lei Maior, o casamento civil ("O casamento é civil e gratuita a sua celebração", conforme dicção do § 1º do art. 226). A segunda forma de "entidade familiar" é a que vem no parágrafo imediato, a designá-la como "união estável" ("Para efeito da proteção do Estado é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento"). Uma terceira modalidade é a doutrinariamente chamada de "família monoparental", que o Magno Texto Republicano regula por esta forma: "Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (§ 3º)".

E disse mais esse ilustrado membro da Suprema Corte:

> (...) a união estável se define por exclusão do casamento civil e da formação da família monoparental. É o que sobra dessas duas formatações, de modo a constituir uma terceira via: **o *tertium genus* do companheirismo, abarcante assim dos casais desimpedidos para o casamento civil, ou, reversamente, ainda, sem condições jurídicas para tanto.**
> (Grifos no original.)

De tal entendimento, todavia, dissentiram, em parte, tanto o Relator, Ministro Marco Aurélio, como os demais Ministros que, à época, integravam a

egrégia Primeira Turma deste Tribunal. Para este magistrado, a possibilidade de conversão da união estável em casamento constituiria condição *sine qua non* para o reconhecimento de tal entidade familiar, sob pena de ter-se mera relação de concubinato.

Nessa mesma linha, o Ministro Menezes Direito assentou que "nós não temos condições de equiparar uma entidade familiar 'união estável' a uma situação de fato (...)".

Em idêntico diapasão manifestou-se a Ministra Cármen Lúcia no tocante à união estável, afirmando que "a Constituição quer que um homem e uma mulher possam unir-se e que essa união, adquirindo estabilidade, possa vir a se converter em casamento".

Tal como o Ministro Menezes Direito, entendi, naquele julgamento, que o legislador constituinte remeteu a definição da entidade familiar denominada união estável, respeitadas as balizas do texto magno, para o âmbito do direito positivo infraconstitucional, o qual é expresso em consignar, seja no art. 1º da Lei 9.278/1996, seja no art. 1.723 do Código Civil, que tal instituto caracteriza-se pela "convivência pública contínua e duradoura e estabelecida como o objetivo de constituição de família", sempre "**entre o homem e a mulher**" (grifei).

É exatamente o que estabelece, como parâmetro, a nossa Carta Republicana, no citado art. 226, § 3º, averbando que se trata de uma a união "**entre o homem e a mulher**", ou seja, uma relação duradoura desenvolvida entre pessoas de gênero distinto, à qual se assegura a conversão em casamento, nos termos da lei (grifei).

Assim, segundo penso, não há como enquadrar a união entre pessoas do mesmo sexo em nenhuma dessas espécies de família, quer naquela constituída pelo casamento, quer na união estável, estabelecida a partir da relação entre um homem e uma mulher, quer, ainda, na monoparental. Esta, relembro, como decorre de expressa disposição constitucional, corresponde à que é formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Não se trata, evidentemente, de interpretar a Carta Magna à luz do direito ordinário - o que configuraria prática proscrita segundo os mais elementares princípios de hermenêutica constitucional - mas, como afirmou o Ministro Menezes Direito, ao debruçar-se sobre o tema, no recurso extraordinário acima mencionado, cuida-se de integrar os conceitos explicitados na Lei Maior com o Direito de Família, por indicação do próprio legislador constituinte.

Verifico, ademais, que, nas discussões travadas na Assembleia Constituinte a questão do gênero na união estável foi amplamente debatida, quando se votou o dispositivo em tela, concluindo-se, de modo insofismável, que a união estável abrange, única e exclusivamente, pessoas de sexo distinto. Confira-se abaixo:

> **O Sr. Constituinte Gastone Righi**: Finalmente a emenda do constituinte Roberto Augusto. É o art. 225 (sic), § 3º. Este parágrafo prevê: "Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e

mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento".

Tem-se prestado a amplos comentários jocosos, seja pela imprensa, seja pela televisão, com manifestação inclusive de grupos **gay**ses do País, porque com a ausência do artigo poder-se-ia estar entendendo que a união poderia ser feita, inclusive, entre pessoas do mesmo sexo. Isto foi divulgado, por noticiário de televisão, no **show***ástico*, nas revistas e jornais. O bispo Roberto Augusto, autor deste parágrafo, teve a preocupação de deixar bem definido, e se no § º : "Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento". Claro que nunca foi outro o desiderato desta Assembleia, mas, para se evitar toda e qualquer malévola interpretação deste austero texto constitucional, recomendo a V. Exa. que me permitam aprovar pelo menos uma emenda.

O Sr. Constituinte Roberto Freire: Isso é coação moral irresistível.

O Sr. Presidente (Ulysses Guimarães): Concedo a palavra ao relator.

O Sr. Constituinte Gerson Peres: A Inglaterra já casa homem com homem há muito tempo.

O Sr. Relator (Bernardo Cabral): Sr. Presidente, estou de acordo.

O Sr. Presidente (Ulysses Guimarães): Todos os que estiverem de acordo permaneçam como estão. **(Pausa)**. Aprovada **(Palmas)**.[12]

Os constituintes, como se vê, depois de debaterem o assunto, optaram, inequivocamente, pela impossibilidade de se abrigar a relação entre pessoas do mesmo sexo no conceito jurídico de união estável.

Não há, aqui, penso eu, com o devido respeito pelas opiniões divergentes, como cogitar-se de uma de mutação constitucional ou mesmo de proceder-se a uma interpretação extensiva do dispositivo em foco, diante dos limites formais e materiais que a própria Lei Maior estabelece no tocante a tais procedimentos, a começar pelo que se contém no art. 60, § 4º, III, o qual erige a "separação dos Poderes" à dignidade de "cláusula pétrea", que sequer pode ser alterada por meio de emenda constitucional.

É certo que o Judiciário não é mais, como queriam os pensadores liberais do século XVIII, mera *bouche de la loi*, acrítica e mecânica, admitindo-se uma certa criatividade dos juízes no processo de interpretação da lei, sobretudo quando estes se deparam com lacunas no ordenamento jurídico. Não se pode olvidar, porém, que a atuação exegética dos magistrados cessa diante de limites objetivos do direito posto.

Em outras palavras, embora os juízes possam e devam valer-se das mais variadas técnicas hermenêuticas para extrair da lei o sentido que melhor se aproxime da vontade original do legislador, combinando-a com o *Zeitgeist* vigente à época da subsunção desta aos fatos, a interpretação jurídica não pode desbordar

12 Diário da Assembleia Nacional Constituinte (Suplemento "B"), p: 209.

dos lindes objetivamente delineados nos parâmetros normativos, porquanto, como ensinavam os antigos, *in claris cessat interpretatio.*

E, no caso sob exame, tenho que a norma constitucional, que resultou dos debates da Assembleia Constituinte, é clara ao expressar, com todas as letras, que a união estável só pode ocorrer entre o homem e a mulher, tendo em conta, ainda, a sua possível convolação em casamento.

Como, então, enquadrar-se, juridicamente, o convívio duradouro e ostensivo entre pessoas do mesmo sexo, fundado em laços afetivos, que alguns - a meu ver, de forma apropriada - denominam de "relação homoafetiva"?

Ora, embora essa relação não se caracterize como uma união estável, penso que se está diante de outra forma de entidade familiar, um quarto gênero, não previsto no rol encartado no art. 226 da Carta Magna, a qual pode ser deduzida a partir de uma leitura sistemática do texto constitucional e, sobretudo, diante da necessidade de dar-se concreção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da preservação da intimidade e da não discriminação por orientação sexual aplicáveis às situações sob análise.

Entendo que as uniões de pessoas do mesmo sexo que se projetam no tempo e ostentam a marca da publicidade, na medida em que constituem um dado da realidade fenomênica e, de resto, não são proibidas pelo ordenamento jurídico, devem ser reconhecidas pelo Direito, pois, como já diziam os jurisconsultos romanos, *ex facto oritur jus.*

Creio que se está, repito, diante de outra entidade familiar, distinta daquela que caracteriza as uniões estáveis heterossexuais.

A diferença, embora sutil, reside no fato de que, apesar de semelhante em muitos aspectos à união estável entre pessoas de sexo distinto, especialmente no que tange ao vínculo afetivo, à publicidade e à duração no tempo, a união homossexual não se confunde com aquela, eis que, por definição legal, abarca, exclusivamente, casais de gênero diverso.

Para conceituar-se, juridicamente, a relação duradoura e ostensiva entre pessoas do mesmo sexo, já que não há previsão normativa expressa a ampará-la, seja na Constituição, seja na legislação ordinária, cumpre que se lance mão da integração analógica.

Como se sabe, ante a ausência de regramento legal específico, pode o intérprete empregar a técnica da integração, mediante o emprego da analogia, com o fim de colmatar as lacunas porventura existentes no ordenamento legal, aplicando, no que couber, a disciplina normativa mais próxima à espécie que lhe cabe examinar, mesmo porque o Direito, como é curial, não convive com a omia.

Arrimo-me, para tanto, no ensinamento do mestre Canotilho, segundo o qual

A integração existe quando determinadas situações: (1) que se devem

considerar constitucionalmente reguladas, (2) não estão previstas (3) e não podem ser cobertas pela interpretação, mesmo extensiva, de preceitos constitucionais (considerados na sua letra e no seu ratio).

Interpretação e integração consideram-se hoje como dois momentos da captação ou obtenção do direito, isto é, não se trata de dois procedimentos qualitativamente diferentes, mas apenas de etapas graduais de "obtenção" do direito constitucional. A relativização das diferenças entre processo interpretativo e processo integrativo é particularmente frisante quando se trata de estabelecer limites entre uma **interpretação extensiva integração analógica**. Realça-se também que nos princípios da analogia existe sempre uma certa ambivalência funcional, pois, por um lado, são princípios de interpretação da lei e, por outro, são meios de preenchimento de sentido da mesma lei. Com efeito, em face do caráter incompleto, fragmentário e aberto do direito constitucional, o intérprete é colocado perante dupla tarefa: (1) em primeiro lugar, fixar o âmbito e o conteúdo de regulação da norma (ou normas) a aplicar (determinação do âmbito normativo); (2) em segundo lugar, se a situação de facto, carecedora de "decisão" (legislativa, governamental ou jurisprudencial), não se encontrar regulada no complexo normativo-constitucional, ele deve complementar a lei constitucional preenchendo ou colmatando as suas lacunas.

Uma lacuna normativo-constitucional só existe quando se verifica uma incompletude contrária ao "plano" de ordenação constitucional. Dito por outras palavras: a lacuna constitucional autônoma surge quando se constata a ausência, no complexo normativo-constitucional, de uma disciplina jurídica, mas esta pode deduzir-se a partir do plano regulativo da constituição e da teleologia da regulamentação constitucional[13].

(Grifos no original.)

Visto isso, resta, então, estabelecer se o rol de entidades familiares, definido no art. 226 da Constituição, é taxativo ou meramente exemplificativo. Valho-me, no ponto, de um trecho, abaixo transcrito, de instigante artigo da lavra de Suzana Borges Viegas de Lima:

Para demonstrar que as relações homoafetivas constituem verdadeiras entidades familiares, temos como ponto de partida o rol descrito no art. 226 da Constituição Federal, que, em nossa opinião, não é *numerus clausus*, e sim um rol exemplificativo, dada a natureza aberta das normas constitucionais. Para tanto, é essencial que se considere a evolução da família a partir de seus aspectos civis e constitucionais, buscando nos fenômenos da publicização e constitucionalização do Direito de Família, e, também, na repersonalização das relações familiares, os elementos para a afirmação das relações homoafetivas. A partir disso, encontramos um vasto

13 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1234-1235

campo para uma análise mais aprofundada da proteção legal das relações homoafetivas, assim como dos direitos que delas emanam, segundo o ordenamento jurídico vigente.[14]

Tal é, também, o abalizado entendimento de Paulo Luiz Netto Lobo, para quem

> A regra do § 4º do art. 226 integra-se à cláusula geral de inclusão, sendo esse o sentido do termo "também" nela contido. "Também" tem o significado de igualmente, da mesma forma, outrossim de inclusão de fato sem exclusão de outros. Se dois forem os sentidos possíveis (inclusão ou exclusão), deve ser prestigiado o que melhor responda à realização da dignidade da pessoa humana, sem desconsideração das entidades familiares reais não explicitadas no texto.
>
> Os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art. 226 da Constituição são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no *caput*. Como todo conceito indeterminado, depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductibilidade e adaptabilidade.[15]

Nesse sentido, aliás, observa o Professor Álvaro Villaça Azevedo que:

> (...) a Constituição de 1988, mencionando em seu *caput* que a família é a "base da sociedade", tendo "especial proteção do Estado", nada mais necessitava o art. 226 de dizer no tocante à formação familiar, podendo o legislador constituinte ter deixado de discriminar as formas de constituição da família. Sim porque ao legislador, ainda que constituinte, não cabe dizer ao povo como deve ele constituir sua família.
>
> O importante é proteger todas as formas de constituição familiar, sem dizer o que é melhor.[16]

Não há, ademais, penso eu, como escapar da evidência de que a união homossexual, em nossos dias, é uma realidade de elementar constatação empírica, a qual está a exigir o devido enquadramento jurídico, visto que dela resultam direitos e obrigações que não podem colocar-se à margem da proteção do Estado, ainda que não haja norma específica a assegurá-los.

Com efeito, a ninguém é dado ignorar – ouso dizer – que estão surgindo, entre nós e em diversos países do mundo, ao lado da tradicional família patriarcal, de base patrimonial e constituída, predominantemente, para os fins de procriação,

---

14 LIMA, Suzana Borges Viegas de. Por um estatuto jurídico das relações homoafetivas: uma perspectiva civil constitucional. In: LIMA, Frederico Henrique Viegas de (Org.). *Direito civil contemporâneo*. 1. ed. Brasília: Gran Cursos/Encanto das Letras, 2009. p. 355-361.

15 LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. http://jus.uol.com.br/revista/texto/2552/entidades familiares constitucionalizadas, acesso em 5-5-2011

16 AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de ato, de acordo com o atual Código Civil, Lei 10.406, de 10-1-2002*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 240.

outras formas de convivência familiar, fundadas no afeto, e nas quais se valoriza, de forma particular, a busca da felicidade, o bem-estar, o respeito e o desenvolvimento pessoal de seus integrantes.

O próprio Estado, diga-se, no último censo, levado a efeito no ano de 2010, por meio do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), intentou avaliar, quantitativamente, essa forma de relacionamento entre pessoas do mesmo gênero, constatando, ao término da pesquisa, que existem, em um universo de mais ou menos 190 milhões de habitantes, cerca de 60 mil casais homossexuais autodeclarados no País.[17]

Assim, muito embora o texto constitucional tenha sido taxativo ao dispor que a união estável é aquela formada por pessoas de sexos diversos, tal ressalva não significa que a união homoafetiva pública, continuada e duradoura não possa ser identificada como entidade familiar apta a merecer proteção estatal, diante do rol meramente exemplificativo do art. 226, quando mais não seja em homenagem aos valores e princípios basilares do texto constitucional.

O que se pretende, ao empregar-se o instrumento metodológico da integração, não é, à evidência, substituir a vontade do constituinte por outra arbitrariamente escolhida, mas apenas, tendo em conta a existência de um vácuo normativo, procurar reger uma realidade social superveniente a essa vontade, ainda que de forma provisória, ou seja, até que o Parlamento lhe dê o adequado tratamento legislativo.

Cuida-se, em outras palavras, de retirar tais relações, que ocorrem no plano fático, da clandestinidade jurídica em que se encontram, reconhecendo-lhes a existência no plano legal, mediante seu enquadramento no conceito abrangente de entidade familiar.

Esse proceder metodológico encontra apoio no respeitável entendimento de Konrad Hesse, segundo o qual "o que não aparece de forma clara como conteúdo da Constituição é o que deve ser determinado mediante a incorporação da 'realidade' de cuja ordenação se trata".[18] Dito de outro modo, não é dado ao intérprete constitucional, a pretexto de ausência de previsão normativa, deixar de dar solução aos problemas que emergem da realidade fenomênica, sob pena, inclusive, em nosso caso, de negar vigência ao disposto no art. 5º, XXXV, da Lei Maior.

Convém esclarecer que não se está, aqui, a reconhecer uma "união estável homoafetiva", por interpretação extensiva do § 3º do art. 226, mas uma "união homoafetiva estável", mediante um processo de integração analógica. Quer dizer, desvela-se, por esse método, outra espécie de entidade familiar, que se coloca ao lado daquelas formadas pelo casamento, pela união estável entre um homem e uma mulher e por qualquer dos pais e seus descendentes, explicitadas no texto constitucional.

17 http://www.censo2010.ibge.gov.br, acesso em 5-5-2011.
18 HESSE, Conrar. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1989. p. 162.

Cuida-se, enfim, a meu juízo, de uma entidade familiar que, embora não esteja expressamente prevista no art. 226, precisa ter a sua existência reconhecida pelo Direito, tendo em conta a ocorrência de uma lacuna legal que impede que o Estado, exercendo o indeclinável papel de protetor dos grupos minoritários, coloque sob seu amparo as relações afetivas públicas e duradouras que se formam entre pessoas do mesmo sexo.

Em suma, reconhecida a união homoafetiva como entidade familiar aplicam-se a ela as regras do instituto que lhe é mais próximo, qual seja, a união estável heterossexual, mas apenas nos aspectos em que são assemelhados, descartando-se aqueles que são próprios da relação entre pessoas de sexo distinto, segundo a vetusta máxima *ubi eadem ratio ibi idem jus*, que fundamenta o emprego da analogia no âmbito jurídico.

Isso posto, pelo meu voto, julgo procedente as presentes ações diretas de inconstitucionalidade para que sejam aplicadas às uniões homoafetivas, caracterizadas como entidades familiares, as prescrições legais relativas às uniões estáveis heterossexuais, excluídas aquelas que exijam a diversidade de sexo para o seu exercício, até que sobrevenham disposições normativas específicas que regulem tais relações.

DEBATE

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro Ricardo Lewandowski, Vossa Excelência me permite fazer apenas uma explicitação como Relator?

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Sim.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: O caso julgado pela Primeira Turma – e reconheço que divergiu o Ministro Carlos Ayres Britto – envolvia servidor público falecido – que à época do evento morte, era casado – e a concubina. Então, no voto que proferi, estabeleci a diferença entre companheira e concubina. Apontei que, como há glosa legal relativamente à existência do concubinato, à concubina, que não é equiparada à companheira, não se teria como proceder à divisão da pensão deixada pelo servidor.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Vossa Excelência fique tranquilo que eu não tirarei maiores conclusões a partir desta afirmativa.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Existia empecilho maior ao casamento. Havia a figura, à margem da ordem jurídica, da concubina.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: É verdade.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Ele vivia, naquele caso que nós julgamos na Primeira Turma, com as duas.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): Agora havia uma curiosidade ali, lembra-se, Ministro Marco Aurélio?

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Lembre, Ministro, os nomes.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): Ele se chamava Valdemar do Amor Divino e ela se chamava Joana da Paixão Luz, ou seja, estava escrito nas estrelas que Valdemar do Amor Divino se encontraria com Joana da Paixão Luz.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: O dado interessante é que, com a mulher legítima, Valdomiro teve dez filhos e, com a concubina, nove filhos. Elas pretendiam dividir a pensão.

Mas estou fazendo apenas referência a esse julgamento para termos um rastreamento histórico das discussões que travaram em torno do tema.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Mas havia óbice à transformação da relação jurídica em casamento.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: É por isso que a Turma decidiu que a pensão seria adjudicada apenas àquela mulher que tinha o casamento legítimo.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A viúva. E o Tribunal de Justiça assentara que, como o fenômeno era muito comum na região - não mencionarei o Estado, para não me referir também ao Tribunal de Justiça, por consequência -, caberia a divisão.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: O Tribunal de Justiça local optou por uma Justiça salomônica sem maiores indagações jurídicas e constitucionais.

Continuo, então, dentro deste fito de fazer uma resenha histórica.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Agora, o mais interessante: em uma casa, havia oito filhos e na outra, nove, creio que os números eram esses.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Dez e nove, salvo engano, na recuperação que fiz da informação.

VOTO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Senhor Presidente, a Corte se reúne, hoje, para decidir questão da mais elevada significância social e, principalmente, para a análise acerca da efetividade da Constituição e dos preceitos que decorrem do núcleo estruturante da dignidade da pessoa humana.

Inicialmente, gostaria de ressaltar que estamos diante de uma situação que demonstra claramente o descompasso entre o mundo dos fatos e o universo do Direito. Visivelmente nos confrontamos aqui com uma situação em que o Direito não foi capaz de acompanhar as profundas e estruturais mudanças sociais, não apenas entre nós brasileiros, mas em escala global. É precisamente nessas situações que se agiganta o papel das Cortes constitucionais, segundo o conhecido jurista e pensador israelense Aaron Barak. Para Barak, as Cortes Supremas e

Constitucionais devem fazer a ponte entre o mundo do Direito e a Sociedade, isto é, cumpre-lhes fazer o que ele mesmo qualifica como *bridging the gap between law and society*.

Ao falar de descompasso, não me refiro, por óbvio, à própria existência das uniões e parcerias homoafetivas, que, como já ressaltado por diversos especialistas, existem desde sempre. Falo da progressiva abertura da sociedade, não sem dificuldade, em reconhecer, respeitar e aceitar os indivíduos que possuem orientação sexual homoafetiva e decidem viver publicamente as relações com seus companheiros ou companheiras. Relações estas que em nada diferem das relações afetivas heterossexuais, a não ser pelo fato de serem compostas por pessoas do mesmo sexo. Essa realidade social é inconstestável. Essas uniões sempre existiram e existirão. O que varia e tem variado é o olhar que cada sociedade lança sobre elas em cada momento da evolução civilizatória e em cada parte do mundo.

Note-se que, segundo a vastíssima bibliografia existente sobre o enquadramento jurídico-constitucional das reivindicações das pessoas de orientação homossexual, sobretudo em língua inglesa, houve uma significativa mudança de paradigma ao longo das últimas décadas no tratamento do tema e na natureza das respectivas reivindicações. Com efeito, se é certo que num primeiro momento bastava aos reivindicantes que a sociedade lhes demonstrasse um certo grau de tolerância, hoje o discurso mudou e o que se busca é o reconhecimento jurídico das respectivas relações, de modo que o ordenamento jurídico outorgue às relações homoafetivas o mesmo reconhecimento que oferece às relações heteroafetivas.

Vejamos o que diz o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro sobre essa questão. De forma explícita, aparentemente nada. Existe um projeto de lei, de autoria da ex-deputada e hoje Senadora Marta Suplicy, que objetiva regulamentar as uniões homoafetivas, mas que está em trâmite no Congresso Nacional desde 1994.

Quanto à Constituição Federal, muitos poderão argumentar que ela é silente sobre a matéria. Porém, cumpre indagar o seguinte: o silêncio da Constituição deve ser interpretado como indiferença, desprezo ou hostilidade? Quis mesmo o constituinte de 1988 manter em ostracismo, numa espécie de limbo jurídico, juridicamente banidas, as escolhas afetivas feitas por um número apreciável de cidadãos, com as consequências jurídicas e materiais daí decorrentes?

Creio que não. E por acreditar que não foi esta a intenção do legislador constituinte, eu entendo que cumpre a esta Corte buscar na rica *pallette* axiológica que informa todo o arcabouço constitucional criado em 1988; verificar se o desprezo jurídico que se pretende dar a essas relações é compatível com a Constituição. Aí, sim, estará esta Corte a desempenhar uma das suas mais nobres missões: a de impedir o sufocamento, o desprezo, a discriminação pura e dura de um grupo minoritário pelas maiorias estabelecidas.

Nessa linha de pensamento, é imperioso notar, de início, que não há, no texto constitucional, qualquer alusão ou mesmo proibição ao reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas. Mas não podemos esquecer, por outro lado, que a

própria Constituição estabelece que o rol de direitos fundamentais não se esgota naqueles expressamente por ela elencados. Isto é, outros direitos podem emergir a partir do regime e dos princípios que ela própria, Constituição, adotou, ou dos tratados internacionais firmados pelo Brasil.

O reconhecimento dos direitos das pessoas que mantêm relações homoafetivas decorre, a meu sentir, do acolhimento no nosso sistema jurídico do postulado ou da ideia de reconhecimento, uma emanação do princípio da dignidade humana, tema sobre a qual vem se debruçando toda uma linhagem de ilustres autores nacionais e estrangeiros. Toda essa temática, aliás, vem do Multiculturalismo, do pensamento diferencialista, da noção de que todos, sem exceção, têm direito a uma igual consideração", tópico brilhantemente desenvolvido por Ronald Dworkin em uma de suas obras, e lapidarmente sustentado da tribuna pelo Professor Luís Roberto Barroso. Também da nossa querida Universidade do Estado do Rio de Janeiro, o professor Daniel Sarmento, um dos pioneiros no Brasil no tratamento dessa temática de que hoje nos ocupamos, em brilhante artigo, disse o seguinte:

> O não reconhecimento [da união homoafetiva] encerra também um significado muito claro: ele simboliza a posição do Estado de que a afetividade dos homossexuais não tem valor e não merece respeito social. Aqui reside a violação do direito ao reconhecimento que é uma dimensão essencial do princípio da dignidade da pessoa humana. Isso porque, como ser social, que vive inserido numa cultura, em relação permanente com outros indivíduos, a pessoa humana necessita do reconhecimento do seu valor para que possa desenvolver livremente a sua personalidade.
> (SARMENTO, Daniel. Casamento e União Estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 619-660.)

Como é de conhecimento geral, o Judiciário brasileiro, em seus diversos níveis, vem, paulatinamente, firmando o devido reconhecimento dos direitos decorrentes dessas uniões, invocando e adotando, por analogia, o art. 1.723 do Código Civil.

Comungo do entendimento do Relator, em seu brilhante voto, de que a Constituição Federal de 1988 prima pela proteção dos direitos fundamentais e deu acolhida generosa ao princípio da vedação de todo tipo de discriminação. São inúmeros os dispositivos constitucionais que afirmam e reafirmam o princípio da igualdade e da vedação da discriminação, como todos sabemos. Como já tive oportunidade de mencionar, a Constituição Federal de 1988 fez uma clara opção pela igualdade material ou substantiva, assumindo o compromisso de extinguir ou, pelo menos, de mitigar o peso das desigualdades sociais, das desigualdades fundadas no preconceito, estabelecendo de forma cristalina o objetivo de promover a justiça social e a igualdade de tratamento entre os cidadãos. Este é, a meu ver, o sentido claramente concebido no art. 3º da Constituição, quando inclui dentre os objetivos fundamentais da República promover o bem de todos, sem preconceitos de raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação.

Assim, nessa ordem de ideias, eu concordo com o que foi sustentado da tribuna pelo ilustre professor Luís Roberto Barroso, isto é, creio que o fundamento constitucional para o reconhecimento da união homoafetiva não está no art. 226, § 3º, da Constituição, que claramente se destina a regulamentar as uniões entre homem e mulher não submetidas aos rigores formais do casamento civil. Dispositivo que, segundo Gustavo Tepedino, representa o coroamento de um processo histórico surgido na jurisprudência cível e que objetivava a inclusão social e a superação do preconceito existente contra os casais heterossexuais que conviviam sem a formalização de sua união pelo casamento.

Entendo, pois, que o reconhecimento dos direitos oriundos de uniões homoafetivas encontra fundamento em todos os dispositivos constitucionais que estabelecem a proteção dos direitos fundamentais, no princípio da dignidade da pessoa humana, no princípio a igualdade e da não discriminação. Normas, estas, autoaplicáveis, que incidem diretamente sobre essas relações de natureza privada, irradiando sobre elas toda a força garantidora que emana do nosso sistema de proteção dos direitos fundamentais.

Com essas considerações, Senhor Presidente, acompanho o Relator.

É como voto.

DEBATE

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Senhor Presidente, eu também gostaria de ressaltar a importância deste debate, a partir das sustentações orais apresentadas e da participação dos diversos requerentes, requeridos e *amici curiae*, e mostrar, inclusive, a beleza desse processo constitucional que permite uma participação tão ampla e plural no âmbito da nossa jurisdição constitucional.

Gostaria também de destacar a beleza do voto proferido pelo Ministro Ayres Britto e dizer da importância desta questão.

Tal como eu já tinha falado inicialmente, em aparte ao voto da Ministra Cármen Lúcia, vi com alguma preocupação a formulação deste pedido de interpretação conforme, porque em princípio, a meu ver, o texto legal não fazia nada mais do que reproduzir a norma constitucional que prevê a união estável entre homem e mulher – tal como já foi destacado agora, de forma bastante precisa, no voto do Ministro Lewandowski –, fazendo, então, a genealogia da criação do próprio modelo jurídico que está no texto constitucional.

De modo que, diante da não equivocidade, da não ambiguidade do próprio texto, pareceria muito estranha a intervenção do Tribunal para fazer essa segunda subleitura do texto, que realmente faz uma alteração substancial. Mas me curvo – como já disse também – ao argumento trazido aqui de que essa norma tem servido para fundamentar decisões no sentido negativo à pretensão formulada em juízo,

com o objetivo de se reconhecer a formalização da união. Então, ela está tendo esse tipo de aplicação de forma generalizada – tanto é que, no pedido do Governador do Estado do Rio, formula-se a impugnação das próprias decisões judiciais.

E eu comemoro também essa decisão. Os senhores sabem que sou um crítico muito ferrenho daquele argumento de que, quando em vez, lançamos mão: essa coisa de que não podemos fazer isto porque estamos nos comportando como legislador positivo ou coisa que o valha.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: De qualquer forma, penso que essa proclamação revela visão míope quanto à atuação do Supremo.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: É. Não há nenhuma dúvida de que aqui o Tribunal está assumindo um papel, ainda que provisoriamente, pode ser que o legislador venha a atuar, mas é inequívoco que o Tribunal está dando uma resposta de caráter positivo. Na verdade, essa afirmação – eu já tive oportunidade de destacar – tem de ser realmente relativizada diante de prestações que envolvem a produção de norma ou a produção de um mecanismo de proteção; tem de haver aí uma resposta de caráter positivo. E se o sistema, de alguma forma, falha na composição desta resposta e se o Judiciário é chamado, de alguma forma, a substituir ao próprio sistema político, óbvio que a resposta só poderá ser esta de caráter positivo. Na verdade, essa própria afirmação já envolve um certo engodo metodológico. Eu dizia que até a fórmula puramente cassatória, quando se cassa uma norma por afirmá-la inconstitucional – na linha tradicional de Kelsen –, essa própria fórmula já envolve também uma legislação positiva no sentido de se manter um *status quo* contrário à posição que estava a ser...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Que é uma consequência natural do sistema.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Que é uma consequência desse processo. Portanto, isso é importante que se diga.

Nas sustentações de ontem, agitou-se o tema da questão do reconhecimento do direito da minoria. Tenho voto escrito sobre isso, já destaquei em outro momento inclusive como um *ethos* fundamental, básico, da jurisdição constitucional. E, no caso específico, é notório que o que se pede é um modelo mínimo de proteção institucional como instrumento para evitar uma caracterização continuada de discrímen, de discriminação.

Evidentemente essa proteção poderia ser feita – ou talvez devesse ser feita – primariamente pelo próprio Congresso Nacional, mas também se destacou da tribuna as dificuldades que ocorrem nesse processo decisório, em razão das múltiplas controvérsias que se lavram na sociedade em relação a esse tema. E aí a dificuldade do modelo representativo, muitas vezes, de atuar, de operar.

Aqueles que acompanharam as eleições nacionais certamente viram as dificuldades por que passou a candidata, então, agora a Presidenta Dilma Rousseff, quando teve que, de alguma forma, se pronunciar sobre este tema, fazendo declarações, as mais diversas e muito provavelmente contraditórias, sobre este

assunto, por conta do preconceito que está presente numa parcela significativa da sociedade.

Isso explique, talvez, a dificuldade que o Congresso tem de deliberar, pelo menos de forma inaugural, primária, sobre esse tema. Já se destacou aqui o número elevado de projetos, de proposições existentes no Congresso, desde propostas de emenda constitucional até várias propostas de caráter legislativo, sem que haja uma deliberação. Então, nós temos essa questão posta. Não seria extravagante, no âmbito da jurisdição constitucional, diante inclusive das acusações de eventual ativismo judicial, de excesso de intervenção judicial, dizer que melhor saberia o Congresso encaminhar esse tema, como têm feito muitos parlamentos do mundo todo. Mas é verdade, também, que o quadro que se tem, como já foi aqui descrito, é de inércia, de não decisão por razões políticas várias que não valem, que não devem ser aqui rememoradas, nós conseguimos então identificar.

É evidente, também, me parece, que aqui nós não estamos a falar apenas, Senhor Presidente, de falta de uma disciplina que permita o desenvolvimento de uma dada política pública. Nós estamos a falar, realmente, de direitos fundamentais básicos. A doutrina nacional não tem se ocupado, talvez como devesse, de um dispositivo que consta do Direito Comparado, talvez a sua matriz esteja na Lei Fundamental de Bohn, que fala no direito que cada indivíduo tem de autodesenvolvimento, *Selbst Entfaltung seiner Persönlichkeit*, quer dizer, autodesenvolvimento de sua personalidade.

Claro que isso não nos impede de identificar esse direito no nosso sistema, a partir do direito de liberdade, mas é óbvio que a ideia de opção sexual está contemplada nessa ideia desse exercício de liberdade, deste autodesenvolvimento.

A falta de um modelo institucional que abrigue essa opção, que permita essa institucionalização acaba militando ou acaba contribuindo para as restrições para o quadro de discriminação.

Então, a rigor, a pretensão que se formula, aqui, tem base nos direitos fundamentais, a partir da própria ideia do direito de liberdade, como já foi destacado, do direito de igualdade, tal como já destacou, fortemente, o eminente Ministro Relator, apontando que aqueles que fazem essa opção, se não encontrarem um modelo institucional adequado, acabarão sofrendo as mais diversas formas de discriminação.

De outro lado, não é difícil dizer que o próprio Estado, nesse contexto, se nós estamos a falar de direitos fundamentais, tem um dever de proteção correspectivo a esse direito ou a esses direitos elencados.

Eu tinha também, Presidente, e vou explicitar, uma outra dificuldade que queria vencer. A nossa legitimação enquanto Corte Constitucional advém do fato de nós aplicarmos a Constituição, e Constituição enquanto norma. E, para isso, não podemos dizer que nós lemos no texto constitucional o que quisermos, tem que haver um consenso básico. Por isso que essa questão é bastante sensível, porque, se abrirmos o texto constitucional, no que diz respeito a essa matéria, não vamos

ter dúvida ao que se refere o número 226, § 3º, multicitado:

> § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Logo, a expressão literal não deixa nenhuma dúvida de que nós estamos a falar de "união estável entre homem e mulher". A partir do próprio texto constitucional, portanto, não há dúvida em relação a isso.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): Só que no meu voto, a Ministra Cármen também, acho, o Ministro Fux, enfim, nós damos uma interpretação a esse texto para muito além da literalidade, de modo que ele não exclui as outras...

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Mas a primeira interpretação é exatamente...

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): A primeira é essa.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Sim, por isso que eu estou problematizando.

Evidente que podemos abordar de forma diversa, até dizer que talvez aqui seja uma menção genérica, ou também – mas é necessário que se enfrente...

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): Proteção da mulher, de inclusão da mulher perante o homem, inclusão social da mulher num âmbito mais estreito, doméstico, do núcleo doméstico. Afirmação da mulher no núcleo doméstico, perante o varão, para a Constituição eficazmente contrabater o nosso ranço patriarcalista. É uma das vertentes interpretativas, lançamos três vertentes.

O Sr. Ministro Luiz Fux: Ministro Gilmar, se Vossa Excelência me permite. Como a regra jurídica aplicável não integra a *causa petendi*, também é possível interpretar-se que esta ação foi proposta tendo em vista dar uma interpretação ao art. 1.723 conforme à Constituição Federal, à luz dos princípios da Constituição Federal dos quais emergem direitos também.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Sim.

O Sr. Ministro Luiz Fux: Quer dizer, Constituição tem norma, Constituição tem regra, Constituição tem princípios e regras que formam as normas. Então, o pedido e as razões de pedir são mais amplas do que o formato aí do art. 226.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Vossa Excelência me permite? A Carta contempla princípios explícitos e implícitos. Se formos, como ressaltado pelo Ministro Joaquim Barbosa, ao rol das garantias constitucionais, constataremos em bom vernáculo pedagogicamente lançado.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Eu só acho que nós temos o dever, a obrigação de explicitar os fundamentos.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Sim, a base.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: A base; inclusive temos que dizer por que nós estamos fazendo esta leitura diante de um texto tão claro como este, em que se

diz: a união estável é a união estável entre homem e mulher.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Sim, sem cláusula excludente de outra situação.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: O que leva, portanto, alguns a entenderem, aqui, menos do que um silêncio, um claro silêncio eloquente, no sentido de vedar essa consequência, que também não é a consequência inevitável, tal como sabemos em vários outros casos em que nós fizemos a interpretação. Mas, também parto dessa premissa, tal como já assentei, de que aqui há outros direitos envolvidos, direitos de perfil fundamental associado ao desenvolvimento da personalidade, que justificam e justificariam a criação de um modelo idêntico ou semelhante àquele da união estável para essas relações existentes, com base já no princípio da igualdade, já no princípio da liberdade, já no princípio da não discriminação por razão de opção sexual. Daí decorre, então, um dever de proteção. Mas é preciso dizer isso de forma muito clara, sob pena de cairmos num voluntarismo e numa interpretação ablativa; quando nós quisermos, nós interpretamos o texto constitucional de outra maneira. Não se pode atribuir esse arbítrio à Corte, sob pena de nos deslegitimarmos.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): Esse voluntarismo hermenêutico, nem a Supremo Corte tem o direito de...

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Claro.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A atuação judicante é sempre vinculada à Constituição e à legislação de regência.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): É sempre vinculada e objetiva.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Por isso que, quando comecei a pensar neste assunto, nesta perspectiva, diante da clareza do texto constitucional, cheguei até a especular, como já foi feito aqui também, salvo engano, agora no voto do próprio Ministro Lewandowski, sobre a chamada existência, aqui, de uma possível lacuna, até, na classificação, uma lacuna valorativa ou axiológica. Porque, de fato, se nós reconhecermos que há esse direito ou que há direitos a uma proteção, que encontrem, então, seus correspectivos deveres de proteção, e a essa lacuna ou a essa não disciplina impõe-se algum tipo de solução. E, aí, certamente nós podemos, então, ter as diversas divergências.

Eu até ressaltava, numa aula que dei na UnB, não faz muito, a importância desse modelo de proteção institucional. Quando estudante na Universidade de Brasília, lembro-me de que acompanhei aquela movimentação toda que se fez em torno da chamada "Emenda do Divórcio". Os senhores sabem quantas pessoas, naquela época, tinham situações familiares constituídas, mas não podiam se casar em razão do impedimento constante do texto constitucional? Até por uma dessas ironias da história, o movimento era tão forte, liderado pelo Senador Nelson Carneiro, que já havia a maioria no Congresso para a aprovação, mas não a maioria constitucional. Como veio o pacote de abril, o Presidente Geisel cuidou de reduzir o *quorum* para aprovação de emenda constitucional, acabou, por ironia,

viabilizando a aprovação desta emenda, que foi saudada como uma emenda de libertação de todas essas pessoas que aguardavam, de alguma forma, ansiosas, a regularização daquele estado, de fato, que estava há muito consolidado. Então, essa questão, a proteção, o modelo institucional aqui é extremamente relevante, daí a mencionar esse exemplo do divórcio.

Não são fáceis todos os problemas que decorrem desta opção. E, talvez, seja muito difícil para a Corte fazer todo o elenco de distinções que poderia ocorrer entre a união estável entre homem e mulher e entre as pessoas do mesmo sexo.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Especialmente em processo objetivo.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Sem dúvida alguma.

Sabemos que toda a construção que se faz e que se fez, tradicionalmente, ao longo dos anos, sempre teve foco numa situação tópica. Vez era a situação da concubina, para qual se reconhecia a situação de dependência; vez era a equiparação de situações funcionais. E, assim, a jurisprudência ia, de alguma forma, antecipando a própria legislação, mas as decisões tinham caráter tópico.

A decisão multicitada do TSE, de que tive a honra de ser o Relator, é um exemplo disso: era um caso de possível impedimento entre pessoas do mesmo sexo que viviam em condição de união estável.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Vossa Excelência me permite, apenas para tornar estreme de dúvidas o convencimento à época exteriorizado? Fiquei vencido por entender que norma que restrinja algo inerente à cidadania deve ser interpretada de forma estrita. Mas não deixei de reconhecer a existência da união, mesmo em se tratando de pessoas do mesmo sexo. Esclareço, para não parecer - porque vou votar dentro em pouco - uma incongruência com o que sustentei no âmbito eleitoral.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Lembro-me inclusive de que, na época, citava a jurisprudência do STJ a propósito de tema, que destacava já a existência da união de fato. Mas, aqui, havia razões para justificar a aplicação da restrição, uma vez que nós estávamos diante de norma que tem como desiderato evitar o continuísmo. E era inequívoco que havia aquela relação, tanto é que as partes envolvidas não negavam o fato, apenas afirmavam que a legislação não continha ou não contemplava esse quadro de inelegibilidade.

Então, citei, Ministro Fux, um voto do notável Ministro Ruy Rosado, do STJ, no REsp 148.897. Ele dizia:

> A hipótese dos autos não se equipara àquela, do ponto de vista do Direito de Família, mas nada justifica que se recuse aqui aplicação ao disposto na norma de direito civil que admite a existência de uma sociedade de fato sempre que presentes os elementos enunciados no art. 1363 do CC: mútua obrigação de combinar esforços para lograr fim comum. A negativa da incidência de regra assim tão ampla e clara, significaria, a meu juízo, fazer prevalecer princípio moral (respeitável) que recrimina o desvio da

preferência sexual, desconhecendo a realidade de que essa união - embora criticada - existiu e produziu efeitos de natureza obrigacional patrimonial que o direito civil comum abrange e regula.

Kelsen, reptado por Cossio, o criador da teoria egológica, perante a congregação da Universidade de Buenos Aires, a citar um exemplo de relação interssubjetiva que estivesse fora do âmbito do Direito, não demorou para responder: "*Oui, monsieur, l'amour*". E assim é, na verdade, pois o Direito não regula os sentimentos. Contudo, dispõe ele sobre os eleitos que a conduta determinada por esse afeto pode representar como fonte de direitos e deveres, criadores de relações jurídicas previstas nos diversos ramos do ordenamento, algumas ingressando no Direito de Família, como o matrimônio e, hoje, a união estável, outras ficando à margem dele, contempladas no Direito das Obrigações, das Coisas, das Sucessões, mesmo no Direito Penal, quando a crise da relação chega ao paroxismo do crime, e assim por diante.

Então, com base nesses fundamentos, eu entendi que o caso era de dar provimento aos recursos.

Um outro aspecto que me parece importante de ser mencionado - e eu já tive a oportunidade de destacar isso em outras ocasiões - é que, diante de um texto constitucional aberto, que exige novas aplicações, de quando em vez, nós nos encontramos diante dessas situações de lacunas, às vezes, de lacunas de caráter axiológico. Então, se por acaso não pudermos aplicar a norma tal como ela está posta, poderíamos fazê-lo numa perspectiva estritamente analógica, aplicando-a naquilo que coubesse, naquilo que fosse possível.

Eu já citei, em outro julgamento, aqui, a propósito desse tema, trabalho de Zagrebelsky no chamado "*O Direito Dúctil*", no qual ele diz o seguinte:

> As sociedades pluralistas atuais - isto é, as sociedades marcadas pela presença de uma diversidade de grupos sociais com interesses, ideologias e projetos diferentes, mas sem que nenhum tenha força suficiente para fazer-se exclusivo ou dominante e, portanto, estabelecer a base material da soberania estatal no sentido do passado - isto é, as sociedades dotadas em seu conjunto de um certo grau de relativismo, conferem à Constituição não a tarefa de estabelecer diretamente um projeto predeterminado de vida em comum, senão a de realizar as condições de possibilidade da mesma.

Em seguida, observa:

> No tempo presente, parece dominar a aspiração a algo que é conceitualmente impossível, porém altamente desejável na prática: a não prevalência de um só valor e de um só princípio, senão a salvaguarda de vários simultaneamente.

É o que nós temos neste caso. O fato de a Constituição proteger, como já foi destacado pelo eminente Relator, a união estável entre homem e mulher não significa uma negativa de proteção - nem poderia ser - à união civil, estável, entre pessoas do mesmo sexo.

> O imperativo teórico da não contradição - válido para a *scientia juris* - não deveria obstaculizar a atividade própria da *jurisprudentia* de intentar realizar positivamente a "concordância prática" das diversidades, e inclusive das contradições que, ainda que assim se apresentem na teoria, nem por isso deixam de ser desejáveis na prática. "Positivamente": não, portanto mediante a simples amputação de potencialidades constitucionais, senão principalmente mediante prudentes soluções acumulativas, combinatórias, compensatórias, que conduzam os princípios constitucionais a um desenvolvimento conjunto e não a um declínio conjunto.

E ele diz, então, nessa linha:

> Da revisão do conceito clássico de soberania (interna e externa), que é o preço a pagar pela integração do pluralismo em uma única unidade possível - uma unidade dúctil, como se afirmou - deriva também a exigência de que seja abandonada a soberania de um único princípio político dominante, de onde possam ser extraídas, dedutivamente, todas as execuções concretas sobre a base do princípio da exclusão do diferente, segundo a lógica do *aut aut*, do "ou dentro ou fora". A coerência "simples" que se obteria deste modo não poderia ser a lei fundamental intrínseca do direito constitucional atual, que é, precipuamente, a lógica do *et et* e que contém por isso múltiplas promessas para o futuro. Neste sentido, fala-se com acerto de um "modo de pensar do possível" - é a fórmula que foi adotada pelo notável professor Peter Häberle, no chamado Pensamento do Possível - *(Möglichkeitsdenken)*, como algo particularmente adequado ao direito do nosso tempo. Esta atitude mental "possibilista" - diz Zagrebelsky - "representa" para o pensamento o que a "concordância prática" representa para a ação.

Então, digo o seguinte:

Em verdade, talvez seja Peter Häberle o mais expressivo defensor dessa forma de pensar o Direito Constitucional nos tempos hodiernos, entendendo ser o "pensamento jurídico do possível" expressão, consequência, pressuposto e limite para uma interpretação constitucional aberta (Häberle, P. *Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenken*, in: *Die Verfassung des Pluralismus, Königstein/TS*, 1980. p. 9).

Nessa medida, e essa parece ser uma das importantes consequências da orientação perfilhada por Häberle, "uma teoria constitucional das alternativas pode converter-se numa teoria constitucional da tolerância" (Häberle, Die *Verfassung des Pluralismus*, cit., p. 6).

Veja que isto é extremamente importante: "uma teoria constitucional das alternativas pode converter-se numa teoria constitucional da tolerância". Esse é um texto que Häberle tem na *Die Verfassung des Pluralismus*.

Daí perceber-se também que "alternativa enquanto pensamento possível afigura-se relevante, especialmente no evento interpretativo: na escolha do método, tal como verificado na controvérsia sobre a tópica enquanto força produtiva de interpretação" (Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., p. 7).

E Häberle diz isso de forma muito clara:

> O pensamento do possível é o pensamento em alternativas. Deve estar aberto para terceiras ou quartas possibilidades, assim como para compromissos. Pensamento do possível é pensamento indagativo (*fragendes Denken*). Na *res publica* existe um *ethos* jurídico específico do pensamento em alternativa, que contempla a realidade e a necessidade, sem se deixar dominar por elas. O pensamento do possível ou o pensamento pluralista de alternativas abre suas perspectivas para "novas" realidades, para o fato de que a realidade de hoje poder corrigir a de ontem, especialmente a adaptação às necessidades do tempo de uma visão normativa, sem que se considere o novo como o melhor.
> (Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., p. 3.)

Nessa linha, diz Häberle, "para o estado de liberdade da *res publica* afigura-se decisivo que a liberdade de alternativa seja reconhecida por aqueles que defendem determinadas alternativas". Daí ensinar que "não existem apenas alternativas em relação à realidade, existem também alternativas em relação a essas alternativas" (Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., p. 6).

O pensamento do possível tem uma dupla relação com a realidade. Uma é de caráter negativo: o pensamento do possível indaga sobre o também possível, sobre alternativas em relação à realidade, sobre aquilo que ainda não é real. O pensamento do possível depende também da realidade em outro sentido: possível é apenas aquilo que pode ser real no futuro (*Möglich ist nur was in Zukunft wirklich sein kann*). É a perspectiva da realidade futura que permite separar o impossível do possível. (Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., p.10).

Então, destaquei essa questão para resolver, à época, dois casos básicos, um aqui e outro no Tribunal Superior Eleitoral.

Aqui era um caso muito mais técnico, era aquela hipótese que se colocara dos procuradores do trabalho que eram indicados para cargo de juiz dos TRTs. A Constituição é muito clara. Diz que eles só poderiam ser indicados se tivessem dez anos na carreira. Como houve uma multiplicação de Tribunais Regionais do Trabalho, deu-se o inevitável. Em pouco tempo, já não havia tantos procuradores com dez anos. Aí, então, o Conselho do Ministério Público editou uma resolução dizendo mais ou menos o óbvio: não havendo procuradores com mais de dez anos, indicam-se aqueles que estejam já efetivados.

Essas indicações foram feitas, foram compostas listas sêxtuplas desta maneira: o Presidente da República escolheu – hoje, assim chamados desembargadores do trabalho, com base nessa norma – e houve, então uma ação direta de inconstitucionalidade da AMB contra essa norma, do Conselho Superior do Ministério Público. E o Supremo, num primeiro momento, declarou a inconstitucionalidade dessa norma, dizendo que era evidente que ela contrariava a literalidade do texto constitucional. O Procurador-Geral – à época o Doutor Geraldo Brindeiro – opôs embargos infringentes na linha do nosso Regimento – na ocasião eram permitidos os embargos infringentes – e coube a mim, então,

fazer o relato e trazer o voto desses embargos infringentes; admitidos os embargos infringentes porque a decisão fora, ainda, à luz do Regimento Interno, antes do advento da Lei 9.868, hoje não é cabível; eu trouxe, então, essas considerações para dizer que aqui era notório que havia uma lacuna, faltou uma norma, de caráter transitório, que dissesse aquilo que havia sido dito pela norma do Ministério Público, quer dizer, à falta de procuradores com mais de dez anos, nomeiam-se outros, até porque, do contrário, as alternativas eram dramáticas, ou não se nomeavam os procuradores para essas vagas – e a ideia do quinto, do pluralismo do Tribunal não seria cumprida – ou haveria indicação de um ou de outro sem que se desse ao Presidente da República alternativa de fazer uma escolha dentro do que quer o mecanismo de *checks and balances* que está no texto constitucional. Então, acabamos por acolher os embargos infringentes para julgar constitucional a norma, invocando, então, esse argumento que destacava essa leitura, esse chamado "pensamento do possível possibilista" e, também, a possibilidade de que aqui se tivesse uma lacuna constitucional que necessitava da revelação de uma norma implícita, de colmatação. E, para isso, então, à época, eu citei também uma passagem da obra de Perelman; na chamada Lógica Jurídica, Perelman narra um caso interessantíssimo e chega, então, à seguinte conclusão:

> Durante a guerra de 1914 1918, como a Bélgica estava quase toda ocupada pelas tropas alemãs, com o Rei e o governo belga no Havre, o Rei exercia sozinho o poder legislativo, sob forma de decretos-leis.
>
> *A impossibilidade de reunir as Câmaras, em consequência* da guerra, impedia incontestavelmente que se respeitasse o *art. 26 da Constituição (O poder legislativo é exercido coletivamente pelo Rei, pela câmara dos Representantes e pelo Senado). Mas nenhum dispositivo constitucional permitia sua derrogação, nem mesmo em circunstâncias tão excepcionais. O art. 25 enuncia o princípio de que os poderes "são exercidos da maneira estabelecida pela Constituição", e o art. 130 diz expressamente que "a Constituição não pode ser suspensa nem no todo nem em parte"*
>
> (*A. Vanwelkenhuyzen, De quelques lacunes du droit constitutionnel belge, em Le problème des lacunes en droit,* p. 347.)
>
> Foi com fundamento nestes dois arts. da Constituição que se atacou a legalidade dos decretos-leis promulgados durante a guerra, porque era contrária ao art. 26 que precisa como se exerce o poder legislativo (...).
> (Perelman, Chaïm. *Lógica Jurídica.* trad. Vergínia K. Pupi. Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2000. p.105.)

Perelman responde à indagação sobre a legitimidade da decisão da Corte, com base nos argumentos do Procurador-Geral Terlinden. É o que lê na seguinte passagem do seu trabalho:

> Como pôde a Corte chegar a uma decisão manifestamente contrária ao texto constitucional? Para compreendê-lo, retomemos as conclusões expostas antes do aresto pelo procurador-geral Terlinden, em razão de seu caráter geral e fundamental.

E, aí, reproduz, então, a citação do parecer do Procurador-Geral:

> Uma lei sempre é feita apenas para um período ou um regime determinado. Adapta-se às circunstâncias que a motivaram e não pode ir além. Ela só se concebe em função de sua necessidade ou de sua utilidade; assim, uma boa lei não deve ser intangível pois vale apenas para o tempo que quis reger. A teoria pode ocupar-se com abstrações. A lei, obra essencialmente prática, aplica-se apenas a situações essencialmente concretas. Explica-se assim que, embora a jurisprudência possa estender a aplicação de um texto, há limites a esta extensão, que são atingidos toda vez que a situação prevista pelo autor da lei venha a ser substituída por outras fora de suas previsões.
>
> Uma lei – constituição ou lei ordinária – nunca estatui senão para períodos normais, para aqueles que ela pode prever.
>
> Obra do homem, ela está sujeita, como todas as coisas humanas, à força dos acontecimentos, à força maior, à necessidade.
>
> Ora, há fatos que a sabedoria humana não pode prever, situações que não pôde levar em consideração e nas quais, tornando-se inaplicável a norma, é necessário, de um modo ou de outro, afastando-se o menos possível das prescrições legais, fazer frente às brutais necessidades do momento e opor meios provisórios à força invencível dos acontecimentos.

Nessa linha, conclui Perelman:

> Se devêssemos interpretar ao pé da letra o art. 130 da Constituição, o acórdão da Corte de Cassação teria sido, sem dúvida alguma, *contra legem*. Mas, limitando o alcance deste artigo às situações normais e previsíveis, a Corte de Cassação introduz uma lacuna na Constituição, que não teria estatuído para situações extraordinárias, causadas "pela força dos acontecimentos", "por força maior", "pela necessidade".

Então, eu destacava outros aspectos, inclusive desse chamado "Pensamento do Possível" na jurisprudência do Supremo, citando o RE criminal 147.776, da Relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, no qual se admitiu a possibilidade de que aquela disposição que autorizávamos, Ministro Luiz Fux, o Ministério Público – art. 68 do Código de Processo Penal – a representar as vítimas pobres no processo para indenização ou ressarcimentos. O Supremo entendeu que o art. 68 subsistia, a despeito da nova disciplina que vedava ao Ministério Público atuar como representante judicial da parte, entendendo que aqui havia, pelo menos enquanto não estabelecida a defensoria pública de forma geral, a possibilidade dessa compreensão ou desse pensamento do possível.

No Eleitoral, eu me lembro, também, que tivemos um outro caso em que se aplicou essa mesma estrutura argumentativa. De que se cuidava? Pedido formulado por várias pessoas para que aqueles casos da chamada deficiência grave houvesse uma dispensa ou uma isenção de participação no processo eleitoral. São familiares que reclamam que determinadas pessoas estão tão doentes ou acometidas de limitações tão graves que deveriam ficar isentas de participar do processo eleitoral – a cada dois anos, a obrigação de comparecer ou de fazer a justificação. A leitura do art. 14 – diziam muitos dos colegas no Eleitoral –

impossibilitava essa compreensão, porque não facultava sequer ao legislador, tal como fizera o texto anterior, essa flexibilização. De novo, também, aqui citei essa indagação para dizer que o texto constitucional tornou o voto facultativo para os maiores de setenta anos, presumindo, pelo menos, uma possível limitação ou incômodo, o que parecia justificar também, na hipótese, a possibilidade de que vislumbrássemos aqui a existência de uma lacuna, de uma imperfeição, de uma incompletude que justificaria então a exceção pretendida.

Então, a meu ver, se não fosse possível resolver a controvérsia aqui posta à luz da aplicação da disposição citada, do art. 226, § 3º, poderíamos, sem dúvida, encaminhar a solução, tal como fez o Ministro Ricardo Lewandowski, a partir da aplicação, *per analogiam*, por analogia, poderíamos chegar a essa aplicação. Então, a meu ver, é preciso que nós, pelo menos, explicitemos essa questão delicada, porque ela se faz presente no nosso sistema.

Presidente, com isso eu chego à parte final do meu voto, para dizer que, em linhas gerais, estou de acordo com o pronunciamento do Relator quanto ao resultado, embora esteja a pontuar aqui uma série de preocupações e de divergências em relação à fundamentação, ou pelo menos algumas explicitações em relação à fundamentação. Todavia, também tenho um certo temor, que por dever e honestidade intelectual acho que devo explicitar, de que a equiparação pura e simples das relações, tendo em vista a complexidade do fenômeno social envolvido, pode nos preparar surpresas as mais diversas. O exercício de imaginação institucional certamente nos estimula, mas, ao mesmo tempo, nos desanima, porque quando fazemos os paradigmas e começamos a fazer as equiparações e as elucubrações, certamente – e sabemos como limitada é a nossa capacidade de imaginar os fatos –, começamos a ver que pretender regular isto, como poderia talvez fazê lo o legislador, é exacerbar demais essa nossa vocação de legisladores positivos, para usar a expressão tradicional, com sério risco de descarrilharmos, produzindo lacunas. Ao mesmo tempo, fazermos simplesmente a equiparação pode, também, fazer com que nós estejamos a equiparar situações que vão revelar diversidades, tal como apontava o Ministro Ricardo Lewandowski.

As escolhas aqui são de fato dramáticas, difíceis. De modo que eu, neste momento, limito-me a reconhecer a existência dessa união, por aplicação analógica, ou, se não houver outra possibilidade, mesmo extensiva, da cláusula constante do texto constitucional, sem me pronunciar sobre outros desdobramentos. Me pus a pensar sobre questões que afligem os próprios cultores do Direito Comparado; eu me lembro de que estava em Portugal quando foi promulgada a lei do casamento de pessoas do mesmo sexo, e lá saiu a restrição quanto à adoção. Sistemas diversos têm dado disciplinas específicas ao tema. Eu vejo aqui, por exemplo, a lei recente da Argentina, que contém – claro que trata de todo tema do matrimônio, com as modificações – nada mais, nada menos, do que quarenta e dois artigos.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): É uma Lei de julho de 2010. Confere os mesmos direitos e deveres do casamento entre heterossexuais. Lá, a possibilidade

de adoção ainda é polêmica.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Ministro Gilmar Mendes, assinalei no meu voto que nós estamos ocupando um espaço que é do Congresso Nacional. Vossa Excelência mesmo acentuou, com muita propriedade, que há uma espécie de inércia ou inapetência do Parlamento em regular essa matéria, por razões que não nos compete examinar. Então eu afirmei, assentei e conclui que a nossa comutação desta lacuna é meramente provisória, porque, na verdade, quem tem o poder de legislar nesta matéria, originariamente, é o Congresso Nacional.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): Agora, não foi o meu voto.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Talvez com o pronunciamento do Supremo a inibição fique afastada.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): Pelo meu voto e dos que me seguiram não há lacuna e, portanto, não há necessidade de colmatação. Nós demos um tipo de interpretação superadora da literalidade, apontando que a própria Constituição contém elementos interpretativos que habilitam esse julgamento do Supremo a concluir pela paridade de situações jurídicas, sem lacuna e, portanto, sem a necessidade de preenchimento ou colmatação.

Mas Vossa Excelência disse bem, são fundamentos diferentes.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Sim. Concordo com Vossa Excelência que a Constituição contém normas muito claras e direitos fundamentais que permitem a pretensão formulada. Se aqui vamos aplicar, por extensão, a norma constante do texto constitucional sobre a união estável ou vamos fazer por analogia ou de outra forma é uma discussão, porque nos resultados vamos nos aproximar de forma fundamental.

Sobre essa questão do Congresso, Presidente, é interessante observar os dilemas que marcam a atuação da jurisdição constitucional. De quando em vez se afirma que o Supremo Tribunal Federal está exorbitando de suas funções, e se alega, então, que nós estamos a interferir em demasia na disciplina do sistema político. Foi assim na discussão, por exemplo, sobre a fidelidade partidária; recentemente se invocava a autonomia do Congresso Nacional no caso da Lei da Ficha Limpa, e aqui, de novo, até uma dessas revelações da perversão do sistema. Se os senhores compulsarem os debates no Congresso Nacional, os senhores verão que não poucos parlamentares diziam, clara e sonoramente, que estavam fazendo aquela lei para atender a um tipo de pressão, mas que o Supremo a derrubaria. É quase que uma perversão do sistema representativo. Vamos atender às pressões imediatas, mas o Supremo vai derrubar, porque ela é inconstitucional.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ainda bem que acreditam em nosso taco. Ainda bem!

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: E a gente nem sempre confirma a expectativa. Mas, neste caso, nós temos uma outra singularidade, porque há um tipo de inércia

legislativa, isso reivindica, então, a atuação da Corte. E me parece que a pretensão está formulada de maneira correta. Seria muito fácil responder que essa matéria deveria ser regulada por norma, ser editada pelo Congresso nacional, e nós sabemos quais seriam os resultados, tal como tem ocorrido com tantas decisões que temos proferido em sede de mandado de injunção.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Vossa Excelência me permite?

Antes da Carta de 1988, tínhamos como direito de todo trabalhador urbano e rural a participação nos lucros. Esse preceito ficou sem regulamentação a vida inteira, mais de quarenta anos.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Portanto, aqui me parece ser um caso muito claro, Presidente, de proteção dos direitos fundamentais.

Sabemos – e isso foi dito de forma muito clara a partir de algumas sustentações da tribuna e também destacado no voto do Relator – que a falta de um modelo institucional que proteja essa relação estimula e incentiva o quadro de discriminação.

O limbo jurídico, aqui, inequivocamente, contribui para que haja um quadro de maior discriminação; talvez contribua até mesmo para as práticas violentas que, de vez em quando, temos tido notícia em relação a essas pessoas. São práticas lamentáveis, mas que ocorrem. Então, é dever de proteção do Estado e, *ultima ratio*, é dever da Corte Constitucional e da jurisdição constitucional dar essa proteção se, de alguma forma, ela não foi engendrada ou concebida pelo órgão competente.

Parece-me que não há exorbitância de nossa parte quando dizemos que a Corte está sendo chamada para decidir um caso que diz respeito aos direitos fundamentais e, no caso específico, de forma inequívoca, diz respeito a direitos de minoria.

Já foi destacado, a partir da fala do eminente Procurador-Geral, que há no País algo em torno de sessenta mil casais declarados, um número pouco expressivo – e se entende que talvez estejamos diante de um fenômeno de estatística escondida, recôndita –, muito provavelmente em razão da discriminação, da falta de modelo institucional, de autoconvenção, de autoproteção. A falta de institucionalidade acaba contribuindo para esse quadro.

Encerro, então, Presidente, destacando a importância da atuação do Tribunal em quadros semelhantes a este, quando, de fato, a nossa omissão representaria um agravamento no quadro de desproteção de minorias ou de desproteção de pessoas que estão tendo os seus direitos lesionados.

Volto a citar uma passagem já citada por mim quando discutimos o caso das células-tronco, uma passagem, a meu ver, muito expressiva do jusfilósofo e constitucionalista Robert Alexy, quando diz que o parlamento representa o cidadão politicamente, o Tribunal Constitucional o representa argumentativamente:

O princípio fundamental: "Todo poder estatal origina se do povo" exige

compreender não só o parlamento, mas também o tribunal constitucional como representação do povo. A representação ocorre, decerto, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal argumentativamente. Com isso, deve ser dito que a representação do povo pelo tribunal constitucional tem um caráter mais idealístico do que aquela pelo parlamento. A vida cotidiana do funcionamento parlamentar oculta o perigo de que maiorias se imponham desconsideradamente, emoções determinem o acontecimento, dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidas faltas graves. Um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo senão, em nome do povo, contra seus representantes políticos. Ele não só faz valer negativamente que o processo político, segundo critérios jurídico-humanos e jurídico-fundamentais, fracassou, mas também exige positivamente que os cidadãos aprovem os argumentos do tribunal se eles aceitarem um discurso jurídico-constitucional racional. A representação argumentativa dá certo quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político. Isso é o caso, quando os argumentos do tribunal encontram eco na coletividade e nas instituições políticas, conduzem a reflexões e discussões que resultam em convencimentos examinados. Se um processo de reflexão entre coletividade, legislador e tribunal constitucional se estabiliza duradouramente, pode ser falado de uma institucionalização que deu certo dos direitos do homem no estado constitucional democrático. Direitos fundamentais e democracia estão reconciliados.

Então, com essas breves considerações, Senhor Presidente – não tão breves assim –, assentando, portanto, essas divergências pontuais quanto à fundamentação e apontando a perspectiva de leitura, mas, em convergência quanto ao resultado básico, acompanho o Relator.

Gostaria apenas de destacar, mais uma vez, o magnífico trabalho por ele realizado, e, também, de todos os votos aqui proferidos.

VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida liminar, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República, com pedido de interpretação conforme à Constituição do art. 1.723 da Lei 10.406/2002 (Código Civil), "para que se reconheça a sua incidência também sobre a união entre pessoas do mesmo sexo, de natureza pública, contínua e duradoura, formada com o objetivo de constituição de família".

Eis o teor do dispositivo impugnado:

> Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Como ressaltado pelo Ministro Ayres Britto, esta ação havia sido originariamente autuada como ADPF 178, em que se apontava a lesão aos seguintes preceitos fundamentais: vedação à discriminação odiosa (art. 3º, inciso IV), princípio da igualdade (5º, *caput*), princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), direito à liberdade (art. 5º, *caput*) e proteção à segurança jurídica.

O que se pretendia, em síntese, era "a) declarar a obrigatoriedade do reconhecimento como entidade familiar da união entre pessoas do mesmo sexo, desde que atendidos os mesmos requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher; e b) declarar que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendem se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo".

No exercício da Presidência desta Corte, em julho de 2009, após determinar a emenda à inicial, despachei no presente processo para concluir pela inépcia da inicial, em razão da inexistência de objeto específico e bem delimitado da ação de descumprimento de preceito fundamental. Contudo, recebi a petição como ação direta de inconstitucionalidade, com adoção do rito do art. 12 da Lei 9.868/1999, em virtude de pedido subsidiário de interpretação conforme à Constituição do art. 1.723 da Lei 10.406/2002 (Código Civil), "para que se reconheça a sua incidência também sobre a união entre pessoas do mesmo sexo, de natureza pública, contínua e duradoura, formada com o objetivo de constituição de família".

Em breve síntese, a argumentação contida na petição inicial é no sentido de que o reconhecimento público e estatal da união estável entre pessoas do mesmo sexo, inclusive como entidade familiar, fundamenta-se nos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da vedação de discriminações, da liberdade e da segurança jurídica, assentando que a negativa de tal direito seria inconstitucional.

Para garantir o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo e os direitos dele decorrentes, requer-se interpretação conforme do art. 1.723 do Código Civil a fim de que "ele se estenda à união entre pessoas do mesmo sexo, desde que esta se configure como 'convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família'".

Assim, uma interpretação restritiva do referido dispositivo, que partisse do pressuposto de que só seria aplicável à união entre homem e mulher, seria inconstitucional, pois nem o dispositivo legal é restritivo, nem a Constituição.

Ademais, está sendo levada a julgamento conjunto com esta ação direta a ADPF 132, ajuizada pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, com semelhante fundamentação, sobretudo para fins de concessão de benefícios estatutários e previdenciários aos servidores públicos estaduais, em que se requer a procedência da ação para que esta Corte:

> a) interprete a legislação estadual aqui indigitada – art. 19, II e V e art. 33, do Decreto-Lei n. 220/75 –, assegurando os benefícios nela previstos aos parceiros de uniões homoafetivas estáveis;
>
> b) declare que as decisões judiciais que negam a equiparação jurídica referida violam preceitos fundamentais.

Em pedido subsidiário, caso esta Corte não entenda pelo cabimento da ADPF 132, requer se o recebimento da petição inicial como ação direta de inconstitucionalidade, "uma vez que o que se pretende é a interpretação conforme à Constituição (i) dos arts. 19, II e V, e 33 do Decreto Lei 220/75 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio de Janeiro) e, bem assim, (ii) do art. 1.723 do Código Civil, para o fim de determinar que este dispositivo não seja interpretado de modo a impedir a aplicação do regime jurídico da união estável às uniões homoafetivas, impondo se, ao revés, sua aplicação extensiva, sob pena de inconstitucionalidade".

1 - Questão prévia

Inicialmente, acompanho a proposição do eminente Ministro Relator Ayres Britto em seu voto, no sentido de receber a ADPF 132 como ação direta de inconstitucionalidade, nos termos do pedido subsidiário formulado. Ademais, tendo em vista a superveniência da Lei 5.034/2007, do Estado do Rio de Janeiro, que dispôs sobre os temas contidos nos pedidos relacionados aos dispositivos do Decreto-Lei 220/1975 do Estado do Rio de Janeiro, também o acompanho para conhecer parcialmente da ação direta, tão somente na parte em que se requer interpretação conforme à Constituição do art. 1.723 do Código Civil, ou seja, em coincidência com o pedido formulado na ADI 4.277.

2 - A interpretação conforme à Constituição no presente caso e seus limites

Em síntese, o pedido das ações é para que se dê interpretação conforme à Constituição ao art. 1.723 do Código Civil, que possui o seguinte texto: "É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição familiar". A Procuradoria-Geral da República pede "que se reconheça a sua incidência também sobre a união entre pessoas do mesmo sexo".

Nesse sentido, deve-se indagar, inicialmente, acerca dos limites e das possibilidades de se legitimar tal pretensão a partir do pedido de interpretação conforme à Constituição do art. 1.723 do Código Civil, nos termos em que formulado.

Não é necessário muito esforço hermenêutico para se constatar, de pronto, que o pedido, tal como formulado, poderia suscitar sérios questionamentos quanto aos limites da utilização da técnica da interpretação conforme à Constituição, tema que instiga uma série de controvérsias na teoria constitucional e na prática dos tribunais constitucionais.

Há muito se vale o Supremo Tribunal Federal da interpretação conforme à Constituição (Rp 948, Rel. Min. Moreira Alves, *RTJ*, 82:55-6; Rp 1.100, *RTJ*, 115:993 et seq.). Consoante a prática vigente, limita-se o Tribunal a declarar a legitimidade do ato questionado desde que interpretado em conformidade com a Constituição (cf., a propósito, Rp 1.454, Rel. Min. Octavio Gallotti, *RTJ*, 125:997). O resultado da interpretação, normalmente, é incorporado, de forma resumida, na parte dispositiva da decisão (cf., a propósito, Rp 1.389, Rel. Min. Oscar Corrêa, *RTJ*,

126:514; Rp 1.454, Rel. Min. Octavio Gallotti, *RTJ*, 125:997; Rp 1.399, Rel. Min. Aldir Passarinho, *DJ* de 9-9-1988).

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, porém, a interpretação conforme à Constituição conhece limites. Eles resultam tanto da expressão literal da lei, quanto da chamada *vontade do legislador*. A interpretação conforme à Constituição, por isso, apenas é admissível se não configurar violência contra a expressão literal do texto (Bittencourt, Carlos Alberto Lucio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro, p. 95) e se não alterar o significado do texto normativo, com mudança radical da própria concepção original do legislador (ADI 2.405/RS, Rel. Min. Carlos Britto, *DJ* de 17-2-2006; ADI 1.344/ES, Rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJ* de 19-4-2006; Rp 1.417/DF, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* de 15-4-1988; ADI 3.046/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 28-5-2004).

A prática demonstra que o Tribunal não confere maior significado à chamada *intenção do legislador*, ou evita investigá la, se a interpretação conforme à Constituição se mostra possível dentro dos limites da expressão literal do texto (Rp 1.454, Rel. Min. Octavio Gallotti, *RTJ*, 125:997; Rp 1.389, Rel. Min. Oscar Corrêa, *RTJ*, 126:514; Rp 1.399, Rel. Min. Aldir Passarinho, *DJ* de 9-9-1988).

Muitas vezes, porém, esses limites não se apresentam claros e são difíceis de definir. Como todo tipo de linguagem, os textos normativos normalmente padecem de certa indeterminação semântica, sendo passíveis de múltiplas interpretações. Assim, é possível entender, como o faz Rui Medeiros, que "a problemática dos limites da interpretação conforme à Constituição está indissociavelmente ligada ao tema dos limites da interpretação em geral" (MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade:* os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999. p. 301).

A eliminação ou a fixação, pelo Tribunal, de determinados sentidos normativos do texto quase sempre tem o condão de alterar, ainda que minimamente, o sentido normativo original determinado pelo legislador. Por isso, muitas vezes, a interpretação conforme levada a efeito pelo Tribunal pode transformar-se numa decisão modificativa dos sentidos originais do texto.

A experiência das Cortes Constitucionais europeias – destacando-se, nesse sentido, a *Corte Costituzionale* italiana (cf. MARTÍN DE LA VEGA, Augusto. *La sentencia constitucional en Italia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003) bem demonstra que, em certos casos, o recurso às decisões interpretativas com efeitos modificativos ou corretivos da norma constitui a única solução viável para que a Corte Constitucional enfrente a inconstitucionalidade existente no caso concreto, sem ter que recorrer a subterfúgios indesejáveis e a soluções simplistas – como a declaração de inconstitucionalidade total ou, no caso de esta trazer consequências drásticas para a segurança jurídica e o interesse social, a opção pelo mero não conhecimento da ação.

Sobre o tema, é digno de nota o estudo de Joaquín Brage Camazano, do qual cito, a seguir alguns, trechos:

> *La raíz esencialmente pragmática de estas modalidades atípicas de sentencias de la constitucionalidad hace suponer que su uso es prácticamente inevitable, con una u otra denominación y con unas u otras particularidades, por cualquier órgano de la constitucionalidad consolidado que goce de una amplia jurisdicción, en especial si no seguimos condicionados inercialmente por la majestuosa, pero hoy ampliamente superada, concepción de Kelsen del TC como una suerte de "legislador negativo". Si alguna vez los tribunales constitucionales fueron legisladores negativos, sea como sea, hoy es obvio que ya no lo son; y justamente el rico "arsenal" sentenciador de que disponen para fiscalizar la constitucionalidad de la Ley, más allá del planteamiento demasiado simple "constitucionalidad/inconstitucionalidad", es un elemento más, y de importancia, que viene a poner de relieve hasta qué punto es así. Y es que, como Fernández Segado destaca, "la praxis de los tribunales constitucionales no ha hecho sino avanzar en esta dirección" de la superación de la idea de los mismos como legisladores negativos, "certificando [así] la quiebra del modelo kelseniano del legislador negativo.*
>
> (CAMAZANO, Joaquín Brage. *Interpretación constitucional, declaraciones de inconstitucionalidad y arsenal sentenciador (un sucinto inventario de algunas sentencias "atípicas")*. En Eduardo Ferrer Macgregor (ed.), *La interpretación constitucional*. Porrúa, México, 2005, en prensa.)

Certas modalidades atípicas de decisão no controle de constitucionalidade decorrem, portanto, de uma necessidade prática comum a qualquer jurisdição constitucional.

Assim, o recurso a técnicas inovadoras de controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos, em geral, tem sido cada vez mais comum na realidade do direito comparado, na qual os tribunais não estão mais afeitos às soluções ortodoxas da declaração de nulidade total ou de mera decisão de improcedência da ação com a consequente declaração de constitucionalidade.

Além das muito conhecidas técnicas de interpretação conforme à Constituição, de declaração de nulidade parcial sem redução de texto, ou de declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, de aferição da "lei ainda constitucional" e do apelo ao legislador, são também muito utilizadas as técnicas de limitação ou restrição de efeitos da decisão, o que possibilita a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *pro futuro* a partir da decisão ou de outro momento que venha a ser determinado pelo tribunal.

Nesse contexto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem evoluído significativamente nos últimos anos, sobretudo a partir do advento da Lei 9.868/1999, cujo art. 27 abre ao Tribunal uma nova via para a mitigação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade. A prática tem demonstrado que essas novas técnicas de decisão têm guarida também no âmbito do controle difuso de constitucionalidade (RE 197.917/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* de 7-5-2004).

Uma breve análise retrospectiva da prática dos Tribunais Constitucionais e de nosso Supremo Tribunal Federal bem demonstra que a ampla utilização dessas decisões, comumente denominadas "atípicas", converteram-nas em modalidades

"típicas" de decisão no controle de constitucionalidade, de forma que o debate atual não deve mais estar centrado na admissibilidade de tais decisões, mas nos limites que elas devem respeitar.

O Supremo Tribunal Federal, quase sempre imbuído do dogma kelseniano do legislador negativo, costuma adotar uma posição de *self-restraint* ao se deparar com situações em que a interpretação conforme possa descambar para uma decisão interpretativa corretiva da lei (ADI 2.405/RS, Rel. Min. Carlos Britto, *DJ* de 17-2-2006; ADI 1.344/ES, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* de 19-4-1996; Rp 1.417/DF, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* de 15-4-1988).

Ao se analisar detidamente a jurisprudência do Tribunal, no entanto, é possível verificar-se que, em muitos casos, a Corte não se atenta para os limites, sempre imprecisos, entre a interpretação conforme delimitada negativamente pelos sentidos literais do texto e a decisão interpretativa modificativa desses sentidos originais postos pelo legislador (ADI 3.324, ADI 3.046, ADI 2.652, ADI 1.946, ADI 2.209, ADI 2.596, ADI 2.332, ADI 2.084, ADI 1.797, ADI 2.087, ADI 1.668, ADI 1.344, ADI 2.405, ADI 1.105, ADI 1.127).

No julgamento conjunto das ADIs 1.105 e 1.127, ambas de relatoria do Ministro Marco Aurélio, o Tribunal, ao conferir interpretação conforme à Constituição a vários dispositivos do Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/1994), acabou adicionando-lhes novo conteúdo normativo, convolando a decisão em verdadeira interpretação corretiva da lei (ADI 1.105/DF e ADI 1.127/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ o ac. Min. Ricardo Lewandowski).

Em outros vários casos mais antigos (ADI 3.324, ADI 3.046, ADI 2.652, ADI 1.946, ADI 2.209, ADI 2.596, ADI 2.332, ADI 2.084, ADI 1.797, ADI 2.087, ADI 1.668, ADI 1.344, ADI 2.405, ADI 1.105, ADI 1.127), também é possível verificar-se que o Tribunal, a pretexto de dar interpretação conforme à Constituição a determinados dispositivos, acabou proferindo o que a doutrina constitucional, amparada na prática da Corte Constitucional italiana, tem denominado de *decisões manipulativas de efeitos aditivos* (sobre a difusa terminologia utilizada, vide: MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*. Tomo II. O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 238 et seq.; MARTÍN DE LA VEGA, Augusto. *La sentencia constitucional en Italia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003; DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*. Valladolid: Lex Nova, 2001; LÓPEZ BOFILL, Héctor. *Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004).

Sobre a evolução da Jurisdição Constitucional brasileira em tema de decisões manipulativas, o constitucionalista português Blanco de Morais fez a seguinte análise:

> (...) o fato é que a Justiça Constitucional brasileira deu, onze anos volvidos sobre a aprovação da Constituição de 1988, um importante

passo no plano da suavização do regime típico da nulidade com efeitos absolutos, através do alargamento dos efeitos manipulativos das decisões de inconstitucionalidade.

Sensivelmente, desde 2004 parecem também ter começado a emergir com maior pragnância decisões jurisdicionais com efeitos aditivos.

Tal parece ter sido o caso de uma acção directa de inconstitucionalidade, a ADIn 3.105, a qual se afigura como uma sentença demolitória com efeitos aditivos. Esta eliminou, com fundamento na violação do princípio da igualdade, uma norma restritiva que, de acordo com o entendimento do Relator, reduziria arbitrariamente para algumas pessoas pertencentes à classe dos servidores públicos, o alcance de um regime de imunidade tributária que a todos aproveitaria. Dessa eliminação resultou automaticamente a aplicação, aos referidos trabalhadores inactivos, de um regime de imunidade contributiva que abrangia as demais categorias de servidores públicos.

(MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*. Tomo II. O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 238 et seq.)

Em futuro próximo, o Tribunal voltará a se deparar com o problema no julgamento da ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurélio, que discute a constitucionalidade da criminalização dos abortos de fetos anencéfalos. Caso o Tribunal decida pela procedência da ação, dando interpretação conforme aos arts. 124 a 128 do Código Penal, invariavelmente proferirá uma típica decisão manipulativa com eficácia aditiva.

Ao rejeitar a questão de ordem levantada pelo Procurador Geral da República, o Tribunal admitiu a possibilidade de, ao julgar o mérito da ADPF 54, atuar como verdadeiro legislador positivo, acrescentando mais uma excludente de punibilidade – no caso de o feto padecer de anencefalia – ao crime de aborto.

Em decisão de notável relevância doutrinária para o tema em discussão, o Supremo Tribunal Federal determinou a aplicação, aos servidores públicos, da Lei 7.783/1989, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada, pelo que promoveu extensão aditiva do âmbito de incidência da norma (MI 670, Rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes; MI 708, Rel. Min. Gilmar Mendes; e MI 712, Rel. Min. Eros Grau, julgados em 25-10-2007. Tenha-se presente, ainda, o MI 543, Rel. Min. Octavio Gallotti, *DJ* de 24-5-2002, e o MI 283, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 14-11-1991, quando restou assentado que "é dado ao Judiciário, ao deferir a injunção, somar, aos seus efeitos mandamentais típicos, o provimento necessário a acautelar o interessado contra a eventualidade de não se ultimar o processo legislativo, no prazo que fixar, de molde a facultar-lhe, quando possível, a satisfação provisória do seu direito").

Cabe ressaltar, ainda, o julgamento conjunto, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, dos MS 26.602/DF, MS 26.603/DF e MS 26.604/DF, em que se assentou que o abandono, pelo parlamentar, da legenda pela qual foi eleito tem como consequência jurídica a extinção do mandato.

Também de marcado caráter aditivo, registre-se a decisão proferida na Pet 3.388/RR, Rel. Min. Ayres Britto, quando o Tribunal, enfrentando a situação de insegurança geral deflagrada pela demarcação da reserva Raposa Serra do Sol, logrou, mediante a disciplina constante do voto do Ministro Menezes Direito, dar margens nítidas à extensão do usufruto dos indígenas sobre as áreas que lhes são constitucionalmente garantidas (Pet 3.388, Rel. Min. Carlos Britto, *Informativo STF* 539, 16 a 20-3-2009).

Por fim, mencione-se o RE 405.579, Rel. Min. Joaquim Barbosa. Trata-se de hipótese em que duas empresas, importadoras de um mesmo produto, foram discriminadas, por concessão de benefício tributário a apenas uma delas, o que gera evidente desequilíbrio comercial. Em voto-vista de minha lavra, foi proposta a extensão do benefício tributário (redução de imposto de importação) a empresas não contempladas no inciso X do § 1º do art. 5º da Lei 10.182/2001, com vistas a sanar violação ao princípio da isonomia e restaurar o equilíbrio do mercado comercial. O julgamento encontra-se pendente, em razão de pedido de vista.

Portanto, é certo que o Supremo Tribunal Federal já está se livrando do vetusto dogma do legislador negativo, aliando-se, assim, à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotada pelas principais Cortes Constitucionais do mundo. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal pode ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional.

No presente caso, porém, devemos refletir muito sobre as consequências normativas de uma decisão de interpretação conforme à Constituição do art. 1.723 do Código Civil. Sobre a problemática contida no pedido de interpretação conforme realizado pela Procuradoria-Geral da República, Lenio Luiz Streck fez as reflexões a seguir transcritas, que devem ser objeto de atenção:

> De plano, salta aos olhos a seguinte questão: a efetivação de uma tal medida importa(ria) transformar o Tribunal em um órgão com poderes permanentes de alteração da Constituição, estando a afirmar uma espécie caduca de mutação constitucional (*Verfassungswandlung*) que funcionaria, na verdade, como um verdadeiro processo de alteração formal da Constituição (*Verfassungsänderung*), reservado ao espaço do Poder Constituinte derivado pela via do processo de emenda constitucional.
>
> E isso porque a tese da PGR se perde em meio ao problema semântico e não avança em direção ao *fenômeno mesmo* que é a *applicatio* do texto constitucional. Essa hipertrofia com relação à semântica (que não deixa de ser um sintoma da permanência das bases positivistas no seio da dogmática constitucional) – que aparece claro em expressões como interpretação restritiva ou extensiva – encobre o problema essencial: como dar efeito vinculante e eficácia *erga omnes* a uma decisão do Supremo Tribunal Federal que realize uma Interpretação Conforme à Constituição

(*verfassungskonforme Auslegung*)? Poder-se aduzir que o parágrafo único do art. 28 da Lei n. 9.868/1999 autoriza tais efeitos para decisões que se utilizem das chamadas sentenças interpretativas *lato senso*. Mas, mesmo aqui, caberia o questionamento: poderia a lei ordinária alargar o espaço já estabelecido pelo poder constituinte? Não haveria, na espécie, usurpação de competência do constituinte?

E mais. As sentenças interpretativas só podem ser corretamente compreendidas através da diferença (ontológica - *ontologische Differentz*) que existe entre *texto* e *norma*. A interpretação conforme à Constituição não modifica o texto da norma, mas produz uma norma a partir da parametricidade constitucional. Esse é *o limite do sentido e o sentido do limite*. Ou seja, somente a partir dela - da parametricidade constitucional - e não a partir de analogias ou outras formas de extensão de sentido, é que se pode fazer a referida atribuição de sentido (*Sinngebung*). E, outra coisa: a diferença entre texto e norma não quer dizer que seja permitida a atribuição de qualquer norma ao texto. E muito se pode admitir que, a pretexto da aplicação da máxima hermenêutica "texto e norma", a PGR venha a pretender substituir o próprio texto da Constituição - pela via indireta da interpretação conforme dada ao Código Civil - por um outro (aquele que ela, a PGR, entenda ser mais adequado).

Portanto, voltamos ao problema fundamental da questão que passa ao largo das discussões jurídicas empreendidas nessa seara. Ou seja, que tipo de democracia queremos? Não se trata de ser contra ou a favor da proteção dos direitos pessoais e patrimoniais dos homossexuais. Aliás, se for para enveredar por esse tipo de discussão, advertimos desde já que somos absolutamente a favor da regulamentação de tais direitos, desde que efetuados pela via correta, que é a do processo legislativo previsto pela Constituição Federal.

O risco que exsurge desse tipo de ação é que uma intervenção desta monta do Poder Judiciário no seio da sociedade produz *graves efeitos colaterais*. Quer dizer: há problemas que simplesmente não podem ser resolvidos pela via de uma ideia errônea de ativismo judicial. O Judiciário não pode substituir o legislador.

Prossegue, então, Lenio Streck, no mesmo raciocínio:

Reafirmando o que já foi mencionado acima: não cabe ao Poder Judiciário "colmatar lacunas" (sic) do constituinte (nem originário e nem derivado). Ao permitir decisões desse jaez, estar-se-á incentivando a que o Judiciário "crie" uma Constituição "paralela" (uma verdadeira "Constituição do *B*"), estabelecendo, a partir da subjetividade dos juízes, aquilo que "indevidamente" - a critério do intérprete - não constou no pacto constituinte. O constituinte não resolveu? "Chame-se o Judiciário (...)" ou "criemos um princípio", que "valerá" mais do que a Constituição.

Ora, é necessário ter coragem para dizer algumas coisas, mesmo que possam parecer "antipáticas" aos olhos da comunidade jurídica. A

resolução das querelas relativas às uniões homoafetivas deve ser feita – enquanto não for emendada a Constituição ou elaborada lei ordinária (a exemplo do que ocorreu na Espanha) – no âmbito do direito das obrigações, e não a partir do direito sucessório ou do direito de família. *Há limites hermenêuticos para que o Judiciário se transforme em legislador.*

Veja se que um dos argumentos utilizados – ao menos no plano retórico para justificar as referidas decisões – é o de que o Judiciário deve assegurar a união estável (portanto, equiparação ao casamento) de casais homossexuais porque o Legislativo não pretende, a curto prazo, por não dispor de "condições políticas" para tal, elaborar legislação a respeito. Mas, convenhamos, é exatamente esse argumento que se contrapõe à própria tese: "em uma democracia representativa, cabe ao Legislativo elaborar as leis" (ou emendas constitucionais). O fato de o Judiciário – via justiça constitucional – efetuar "correções" à legislação (filtragem hermenêutico constitucional e controle *stricto sensu* de constitucionalidade) não significa que possa, nos casos em que **a própria Constituição** aponta para outra direção, construir decisões "legiferantes".

Dito de outro modo: a Constituição reconhece união estável entre homem e mulher, mas isso não significa que, por não proibir que essa união estável possa ser feita entre pessoas do mesmo sexo, a própria Constituição possa ser "colmatada", com um argumento kelseniano do tipo "o que não é proibido é permitido" (sic!). *Fosse assim e inúmeras não proibições poderiam ser transformadas em permissões:* por exemplo, a Constituição de 1988 também não proíbe ação direta de inconstitucionalidade de leis municipais face à Constituição Federal (o art. 102, I, *a*, refere apenas a possibilidade de arguição que trate de leis federais e estaduais). E nem por isso torna se possível falar em ADIn contra lei municipal em sede de STF. Veja se: em nome do "princípio democrático" ou da "república", os munícipes espalhados pelos quatro cantos do Brasil poderiam alegar que "a Constituição originária violou o princípio da isonomia e que a falta de um mecanismo desse quilate viola direitos fundamentais", etc. Ora, nada disso pode ser "colmatado" por um ato voluntarista do Judiciário (veja-se que a ADPF acabou resolvendo o problema – por lei –, ao admitir se o sindicamento de leis municipais em face da Constituição sempre que não houver outro modo de solucionar a querela; mas, insista-se: foi por via legislativa a alteração do estado da arte). E o que dizer da "discriminação" entre homem e mulher para os casos de aposentadoria? Se homens e mulheres devem ser iguais, por que as mulheres se aposentam mais cedo? Não seria o caso de ingressar com uma ADPF para substituir a expressão homens e mulheres por "indivíduos"? E assim por diante...!

Ainda para exemplificar: a legislação civil trata apenas da alteração do prenome. Isso não significa, entretanto, a partir da máxima "o que não é proibido é permitido", que o Judiciário possa determinar a alteração do apelido de família, na hipótese de alguém se sentir humilhado pelo sobrenome que carrega, alegando, *v.g.*, o princípio da dignidade da pessoa humana. E, registre-se: o princípio da dignidade da pessoa humana não pode ser panaceia para todos os males, mormente de "omissões" (sic) do

constituinte: *o direito possui um mínimo de objetividade, que é o texto.* E em se tratando do texto da Constituição, assume maior relevância a máxima de que "devemos levar o texto a sério". Sem texto não há normas; não há normas sem textos.

Em síntese: não há um lado "b" da Constituição a ser "descoberto" axiologicamente, como se "por debaixo do texto da Constituição existissem valores a serem desvelados pela cognição do intérprete". A resposta adequada para o caso da união estável (homoafetiva) depende de alteração legal-constitucional. Veja-se, *v.g.*, o caso espanhol, em que o problema foi resolvido mediante a edição de lei. Na terra de Cervantes, o Poder Judiciário não se sentiu autorizado a "colmatar" a "inconstitucionalidade da Constituição".

(STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo et al. *Ulisses e o canto das sereias. Sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte.* Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2218, 28-7-2009. Disponível em: http://jus.com.br/revista/texto/13229. Acesso em: 3-5-2011.)

Assim, se é certo que, por um lado, a possibilidade da interpretação conforme que se convola numa verdadeira decisão manipulativa de efeitos aditivos não mais constitui um fator de constrangimento ou de estímulo ao *self restraint*, por parte do Supremo Tribunal Federal, por outro lado, a interpretação conforme, nos moldes em que requerida pela Procuradoria-Geral da República, pode ter amplíssimas consequências em diversos sistemas normativos do ordenamento jurídico brasileiro, as quais devem ser minuciosamente consideradas pelo Tribunal.

Desde o começo deste julgamento, eu fiquei preocupado com essa questão e cheguei até a comentar com o Ministro Relator Ayres Britto, tendo em vista, como amplamente confirmado, que o texto do Código Civil reproduz, em linhas básicas, aquilo que consta do texto constitucional. E, de alguma forma, a meu ver, eu cheguei a pensar que isso era um tipo de construto meramente intelectual-processual, que levava os autores a propor a ação, uma vez que o texto, em princípio, reproduzindo a Constituição, não comportaria esse modelo de interpretação conforme. Ele não se destinava a disciplinar outra instituição que não fosse a união estável entre homem e mulher, na linha do que estava no texto constitucional. Daí não ter polissemia, daí não ter outro entendimento que não aquele constante do texto constitucional.

Talvez o único argumento que pudesse justificar a tese da aplicação ao caso da técnica de interpretação conforme à Constituição seria a invocação daquela previsão normativa de união estável entre homem e mulher como óbice ao reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, como uma proibição decorrente daquele dispositivo.

E, de fato, é com base nesse argumento que entendo pertinente o pleito trazido nas ações diretas de inconstitucionalidade.

É preciso, portanto, que nós deixemos essa questão muito clara, porque ela terá implicações neste e em outros casos quanto à utilização e, eventualmente, à manipulação da interpretação conforme, que se trata inclusive de uma interpretação conforme com muita peculiaridade, porque o texto é quase um decalque da norma constitucional e, portanto, não há nenhuma dúvida quanto àquilo que o legislador quis dizer, na linha daquilo que tinha positivado o constituinte.

E o texto, em si mesmo, nessa linha, não é excludente – pelo menos essa foi a minha primeira pré-compreensão – da possibilidade de se reconhecer a união estável entre pessoas do mesmo sexo, **não com base no texto legal (art. 1.723 do Código Civil), nem na norma constitucional (art. 226, § 3º)**, mas com suporte em outros princípios constitucionais.

Todavia eu não diria que isso decorre do texto legal nem que está nele albergada alguma proibição, mas tão somente – por isso que me parece e pelo menos esse seria o meu juízo neste momento – que o único argumento forte a justificar aqui a interpretação conforme à Constituição é o fato de o dispositivo do Código Civil estar sendo invocado para impossibilitar o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo. Do contrário, nós estaríamos a fazer um tipo de interpretação conforme muito extravagante.

É, dessa forma, portanto, que fundamento neste julgamento a possibilidade de utilização da interpretação conforme à Constituição. Colhe-se dos elementos dos autos e das sustentações dos *amici curiae*, bem como do conteúdo do voto do Eminente Ministro Relator Ayres Britto e dos votos daqueles que o sucederam, que o argumento determinante da ação é o de que essa norma legal tem servido para fundamentar decisões no sentido negativo à pretensão formulada em juízo, com o objetivo de se reconhecer a formalização da união entre pessoas do mesmo sexo.

Assim, o entendimento que autoriza a interpretação conforme à Constituição no caso é que o dispositivo impugnado está sendo aplicado de forma generalizada para a proibição do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo. Tanto é que, no pedido do Governador do Estado do Rio de Janeiro, formulou-se a impugnação das próprias decisões judiciais que assim teriam decidido.

Eu comemoro e comungo também desse entendimento. É sabido que sou um crítico muito ferrenho daquele argumento de que, quando em vez, lançamos mão: de que não podemos fazer isto ou aquilo porque estamos nos comportando como legislador positivo ou coisa que o valha.

Não há nenhuma dúvida de que aqui o Tribunal está assumindo um papel ativo, ainda que provisoriamente, pois se espera que o legislador autêntico venha a atuar. Mas é inequívoco que o Tribunal está dando uma resposta de caráter positivo.

Na verdade, essa afirmação – eu já tive oportunidade de destacar – tem de ser realmente relativizada diante de pretensões que envolvem a produção de norma ou a produção de um mecanismo de proteção. Deve haver aí uma resposta de

caráter positivo. E se o sistema jurídico, de alguma forma, falha na composição desta resposta aos cidadãos, e se o Poder Judiciário é chamado, de alguma forma, a substituir o próprio sistema político nessa inação, óbvio que a resposta só poderá ser de caráter positivo.

É certo que essa própria afirmação já envolve certo engodo metodológico. Eu diria que até a fórmula puramente anulatória, quando se cassa uma norma por afirmá-la inconstitucional – na linha tradicional de Kelsen –, já envolve também uma legislação positiva no sentido de se manter um *status quo*, um modelo jurídico contrário à posição que estava anteriormente em vigor.

Explicitada, portanto, a fundamentação sobre os limites e a possibilidade de interpretação conforme à Constituição no presente caso, passo a esclarecer os fundamentos que permitem concluir no sentido da legitimidade constitucional de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo.

3 – A questão do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo.

Parece-me que a questão central a ser considerada neste julgamento refere-se à legitimidade constitucional de reconhecimento jurídico da união entre pessoas do mesmo sexo. Indaga-se, ainda, sobre a possibilidade de aplicação analógica do regime da união estável entre homem e mulher, diante da ausência de um modelo institucional mínimo de proteção da união homoafetiva.

Em primeiro lugar, afirmo a importância deste debate e destaco não haver dúvida na atualidade de **ser um fato da vida** a existência de uniões entre pessoas do mesmo sexo no Brasil e no mundo, pautadas por laços de afetividade, convivência comum e duradoura, à semelhança de outros tipos de união expressamente referidas em nossa Constituição como entidades familiares.

Nesse sentido, destaco que, segundo dados do Censo 2010 divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o Brasil possui 60.002 (sessenta mil e dois) casais homossexuais vivendo juntos. O número pouco expressivo certamente não reflete a realidade – e se entende que talvez estejamos diante de um fenômeno de estatística escondida – muito provavelmente em razão da discriminação, da falta de um modelo institucional, de autoconvenção e de autoproteção dessas pessoas. A falta de institucionalização desta questão contribui para esse quadro. Esse dado estatístico revela, ainda, que o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo no Brasil passa pelo enfrentamento de dificuldades de diversas ordens.

Primeiramente, constata-se a ausência de regulamentação normativa específica acerca da união entre pessoas do mesmo sexo e a falta de um modelo institucional mínimo no Brasil, a trazer insegurança jurídica e prejuízos ao reconhecimento de direitos na esfera estatal e no âmbito das relações públicas e privadas.

Faltam leis federais e locais que regulamentem satisfatoriamente a matéria e há divergência de posicionamento das administrações públicas dos entes federativos

em acolher ou não pedidos administrativos relacionados à concessão de benefícios ou à proteção de interesses.

Esses impasses, por vezes, têm sido levados à apreciação do Poder Judiciário e os tribunais brasileiros vêm adotando posicionamentos distintos, conforme demonstram os documentos juntados aos autos. Há decisões judiciais em que se nega validade jurídica à união homoafetiva (por impossibilidade jurídica do pedido). Em outras situações, reconhece-se a relação como sociedade de fato, no âmbito dos direitos das obrigações. Em outros casos, avança-se para afirmar a união homoafetiva como entidade familiar, equiparada à união estável no que couber. A depender do entendimento adotado, poderão ser declaradas competentes a vara cível ou a vara de família.

Evidentemente essa proteção poderia ser feita - ou talvez devesse ser feita - primariamente pelo próprio Congresso Nacional, mas também se destacou neste julgamento que são muitas as dificuldades que ocorrem nesse processo decisório, em razão das múltiplas controvérsias que se lavram na sociedade em torno desse tema. E aí a dificuldade do modelo representativo, muitas vezes, de atuar, de operar.

Nós vimos recentemente nas últimas eleições nacionais as dificuldades por que passou a então candidata, agora Presidenta Dilma Rousseff, quando teve que, de alguma forma, se pronunciar sobre este tema, fazendo declarações, as mais diversas e muito provavelmente contraditórias, em torno deste assunto, por conta do preconceito que está presente numa parcela significativa da sociedade.

Isso poderia explicar, talvez, a dificuldade que o Congresso tem de deliberar, pelo menos de forma inaugural, primária, sobre esse tema. É oportuno destacar, a seguir, em análise sucinta, alguns relevantes projetos, de proposições existentes no Congresso, desde propostas de emenda constitucional até várias outras propostas de caráter legislativo, sem que haja uma deliberação efetiva.

3.1 - A controvérsia política e a ausência de uma deliberação consensual do Congresso

A união homoafetiva, seus reflexos nas diversas searas jurídicas e outros assuntos conexos não parecem ter sido simplesmente esquecidos pelo Poder Legislativo. Ao contrário, depois do advento da Constituição de 1988 diversos projetos de lei e propostas de emendas à Constituição foram apresentados sobre o assunto. Entre essas diversas proposições legislativas, algumas foram arquivadas e outras tantas continuam em tramitação.

Um dos primeiros projetos que visava a regulamentar a união civil entre pessoas do mesmo sexo foi apresentado pela Deputada Marta Suplicy (PT/SP). Trata-se do Projeto de Lei 1.151/1995, por meio do qual se propunha assegurar a duas pessoas do mesmo sexo o reconhecimento de sua união civil, com vistas especialmente à proteção dos direitos à propriedade, à sucessão, à equiparação ao

cônjuge do companheiro ou companheira de mesmo sexo que comprove a união estável como entidade familiar, entre outros direitos.

Esse projeto de lei tratava da forma de registro civil da união, do reconhecimento daquelas não registradas, determinava que os entes federados disciplinassem a concessão de benefícios previdenciários aos seus servidores que comprovassem viver em união homoafetiva, a forma de rompimento da união civil, entre outras providências.

O Deputado Roberto Jefferson (PTB/RJ) apresentou Substitutivo global ao Projeto de Lei 1.151/1995, por meio do qual se transformou a união em contrato de parceria civil, que também deveria ser registrada, sem poder, contudo, ser reconhecida na ausência do devido registro civil.

O Substitutivo mantinha boa parte da regulamentação anterior, trazendo, no entanto, a proibição a quaisquer disposições sobre adoção, tutela ou guarda de crianças ou adolescentes em conjunto, além de disciplinar de maneira mais específica os direitos sucessórios dos parceiros, a instituição do bem de família na parceria civil, o direito à inscrição do parceiro ou parceira como beneficiário do regime geral de Previdência Social como dependente e beneficiário de pensão, com reflexos tributários. Previu, ainda, a possibilidade de composição de rendas entre parceiros para a aquisição da casa própria, além de reconhecer direitos de parceiros a planos de saúde e a seguros de vida.

No entanto, a proposição sofreu ataques na Câmara dos Deputados e, em razão de acordo entre os líderes partidários, foi retirada de pauta em 31 de maio de 2001 e, posteriormente, arquivada.

Também em 1995, a Deputada Marta Suplicy capitaneou a apresentação de Proposta de Emenda à Constituição (PEC 139/1995), que alterava os arts. 3º e 7º da Constituição, para, respectivamente, incluir, entre os objetivos de **promover o bem de todos sem preconceitos, a liberdade de orientação sexual, e proibir a diferenciação** salarial, de exercício de funções e critérios de admissão **por motivo de orientação sexual**. Essa PEC foi arquivada em 1999.

Foi apresentada, posteriormente, a PEC 66/2003, que resgatava o teor da PEC 139/1995, mencionada acima. Essa nova proposta foi arquivada em 31-1-2001 e desarquivada em 16-2-2011, em virtude de requerimento de autoria do Deputado Paulo Pimenta (PT/RS), de modo que se encontra em tramitação até o momento.

Em 2003, o então Senador Sérgio Cabral foi autor da PEC 70, por meio da qual se propugnou a alteração do § 3º do art. 226 da Constituição para nele incluir-se a possibilidade de reconhecimento de união estável entre casais homossexuais como entidade familiar. Em 2006, o próprio autor retirou a proposta.

Sobre matérias conexas foram apresentados alguns projetos de lei. O PL 2.383/2003 foi apresentado pela Deputada Maninha e trata de estender os planos e seguros privados de assistência à saúde às pessoas em união homoafetiva. O PL

6.297/2005, apresentado pelo Deputado Maurício Rands (PT/PE), visa a incluir na situação jurídica de dependente, para fins previdenciários, o companheiro ou a companheira homossexual do segurado ou segurada do INSS, bem como os companheiros ou companheiras de servidores públicos civis da União. Projeto que está em tramitação.

O PL 2.285/2007 (PT/BA), apresentado pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro, reconhece como entidade familiar a união homoafetiva e assegura aos parceiros direitos à guarda e à convivência com filhos, à adoção de filhos, direitos previdenciários e à herança. Este projeto tramita em conjunto com o PL 674/2007, proposto pelo Deputado Cândido Vaccarezza (PT/SP), que foi objeto de Substitutivo do Deputado Eliseu Padilha (PMDB/RS), e vem recebendo inúmeras emendas, assim como vem sendo alvo de debates no âmbito das Comissões da Câmara dos Deputados.

O PL 4.508/2008, apresentado pelo Deputado Olavo Calheiros (PMDB/AL), tramita em conjunto com os mencionados no parágrafo acima e visa à proibição de adoção de filhos por parte de homossexuais. No mesmo sentido, o PL 7.018/2010, do Deputado Zequinha Marinho (PSC/PA), cujo objeto é a alteração do Estatuto da Criança e do Adolescente para vedar a adoção de crianças por casais de mesmo sexo.

O PL 4.914/2009, de autoria conjunta de vários deputados e deputadas, entre eles José Genoíno, Fernando Gabeira, Solange Amaral, acrescenta o art. 1.727-A ao Código Civil para aplicar às uniões homoafetivas o regramento das uniões estáveis ordinárias, excetuando-se a conversão em casamento. Este projeto foi apensado ao PL 580/2007, apresentado pelo Deputado Clodovil Hernandes (PTC/SP), e ambos foram desarquivados em 16-2-2011, de forma que tramitam regularmente.

Outra medida em debate no Congresso é o Projeto de Lei Complementar 122/2006, que criminaliza a homofobia.

Além das proposições legislativas mencionadas, há ainda outras no plano legislativo federal que versaram ou ainda versam sobre temas conexos e até mesmo sobre os mesmos assuntos.

Como antes ressaltado, esse levantamento é ilustrativo e não tem a intenção de analisar exaustivamente as proposições sobre a matéria da união homoafetiva. No entanto, por meio desse exame, colhem-se indícios de que, apesar de o Poder Legislativo debruçar-se sobre o tema há mais de quinze anos, até hoje não conseguiu chegar a consenso básico para a aprovação de qualquer regulamentação.

No campo da legislação local sobre o tema (legislação dos demais entes federativos), há também importantes referências do amadurecimento contínuo dos contornos dos efeitos do reconhecimento jurídico da união homoafetiva.

A recente Lei 5.034/2007 do Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, que tem inclusive interesse direto na solução da ADPF 132, possui o seguinte teor:

> Art. 1º O art. 29 da Lei n. 285, de 3 de dezembro de 1979, fica acrescido

do seguinte parágrafo:

Art. 29. (...)

(...)

§ 8º Equiparam-se à condição de companheira ou companheiro de que trata o inciso I deste artigo, os parceiros homoafetivos, que mantenham relacionamento civil permanente, desde que devidamente comprovado, aplicando-se para configuração deste, no que couber, os preceitos legais incidentes sobre a união estável entre parceiros de sexos diferentes.

Art. 2º Aos servidores públicos estaduais, titulares de cargo efetivo, fica assegurado o direito de averbação junto à autoridade competente, para fins previdenciários, da condição de parceiros homoafetivos.

Art. 3º Esta Lei entrará em vigor na data da sua publicação.

Há, ainda, várias leis locais que determinam a aplicação de sanções por práticas discriminatórias adotadas em razão de orientação sexual, a exemplo das Leis 3.406/2000 e 3.376/2000 do Estado do Rio de Janeiro; da Lei 2.615/2000 do Distrito Federal; da Lei 10.948/2001 do Estado de São Paulo; da Lei 5.275/1997 de Salvador/BA; e das Leis 8.176/2001 e 8.283/2001 do Município de Belo Horizonte/MG; da Lei 9.036/2007 do Estado do Rio Grande do Norte.

O Estado de São Paulo, por meio do Decreto 55.839, de 18 de maio de 2010, estabeleceu o Plano Estadual de Enfrentamento à Homofobia e Promoção da Cidadania LGBT, entre outras providências, com diversas ações para a proteção e o desenvolvimento dos direitos das Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais.

Esse rol exemplificativo demonstra que o Estado, pouco a pouco, busca consolidar e sedimentar o âmbito normativo de reconhecimento e proteção da união homoafetiva e de seus efeitos jurídicos.

Esse fato sinaliza que, além de muito importante, a matéria é delicada e tormentosa. O Poder Legislativo, em regra, não entra em consenso, mas continua a enfrentar o tema. Todavia, a demora em aprovar legislação gera nos interessados angústia natural e um sentimento de desproteção, para a qual buscam solução no Judiciário.

Assim, de um lado, é importante ter-se em mira que o Legislativo, por mais de quinze anos, vem debatendo a matéria e procurando amadurecê-la, de forma que possa chegar a uma regulamentação satisfatória. Nessa linha de raciocínio, e a depender da complexidade das soluções normativas demandadas deste Tribunal, talvez uma decisão daqui emanada possa até ter efeito mais prejudicial do que benéfico ao amadurecimento do debate na sociedade.

Além disso, das proposições legislativas e dos debates travados no Parlamento, pode-se notar que parece haver maior consenso relativamente a alguns temas, tais como os efeitos previdenciários da união homoafetiva, ao passo que outros assuntos são bastante controvertidos (como é o caso da adoção de crianças por casais homoafetivos).

Por outro lado, é inegável que a ausência de uma regulamentação legislativa

minimamente estruturada durante todo esse período implica uma proteção insuficiente aos cidadãos que pretendem resguardar seus direitos fundamentais e aqueles decorrentes de uma união homoafetiva.

A despeito da complexidade do tema e do dissenso político a ele associado – como visto acima –, o fato é que nós temos essa questão posta.

3.2 – O Direito Comparado evidencia a necessidade de aprofundado debate e reflexão social

A análise do Direito Comparado pode servir, especialmente para assuntos polêmicos, como um importante meio de se buscar respostas a questionamentos nacionais. No que se refere ao casamento ou à união civil entre pessoas do mesmo sexo, válido é não apenas se verificar o modo como as demais nações lidaram ou ainda lidam com o tema, mas, principalmente, valer-se de experiências estrangeiras para se atestar o grau de complexidade dessa questão.

No âmbito internacional, os países podem ser classificados em três grupos, de acordo com o tratamento jurídico concedido ao comportamento homossexual. Há os países *repressores*, que proíbem e punem o homossexualismo; os *indiferentes*, ainda que não criminalizem esta conduta, não criam medidas favoráveis a ela e, finalmente, os Estados *avançados*, que possuem medidas para proteção da população homossexual (cf. Fábio de Oliveira Vargas. *União homoafetiva. Direitos sucessórios e novos direitos*. Curitiba: Juruá Editora, 2011. p. 99).

Dados indicam que em cerca de 76 (setenta e seis) países do mundo o homossexualismo é penalmente repreendido. Estão inseridos nesta listagem Jamaica, Angola, Nepal e grande parte dos países muçulmanos. Ressalto que, nestes, em Iêmen, Irã, Arábia Saudita, Mauritânia e Sudão, as relações sexuais entre homens são, inclusive, punidas com pena de morte (cf. Daniel Ottoson, *State-sponsored Homophobia – a world survey of laws prohibiting same sex activity between consenting adults. The International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association*, 2010. Disponível em: http://ilga.org/ilga/en/article/1161. Acesso em: 3-5-2011).

A tendência mundial é, entretanto, a crescente afirmação dos direitos das uniões homoafetivas. Na Europa, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, ainda que não tenha reconhecido nenhuma espécie de direito para casais do mesmo sexo, já indicou que os parâmetros para sua aceitação devem ser desenvolvidos nos Estados europeus.

A União Europeia também incentiva que seus Estados-membros editem normas de proteção a esses direitos. Vale mencionar ainda a Declaração sobre Orientação Sexual e Identidade de Gênero da Organização das Nações Unidas, a qual é apoiada pelo Brasil.

Como é sabido, o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo pode receber, normativamente, a mesma proteção concedida ao casamento tradicional ou ser assemelhado ao que, no Brasil, denomina-se união estável.

No primeiro caso – equiparação ao casamento – a união pode apresentar diferentes designações, como *same sex marriage, equal marriage, same-gender marriage* ou, simplesmente, *casamento*. Poucos países adotaram este posicionamento, como Holanda – o primeiro a admitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, em 2001 –, Bélgica (2003), África do Sul (2006) e Argentina (2010) (cf. VARGAS, Fábio de Oliveira. op. cit., 2011, p. 101).

A outra forma de proteção aos direitos derivados de relações homossexuais é sua vinculação ao conceito de união estável. Nesse sentido, podem ser conhecidas como "parcerias civis" (Inglaterra), "parcerias registradas" (países da Escandinávia), "parcerias domésticas" (Estados Unidos e alguns países da Europa).

Os países escandinavos foram pioneiros em admitir alguma forma de proteção aos direitos das uniões entre parceiros do mesmo sexo.

A Dinamarca foi o primeiro país a reconhecer a união homoafetiva, em 1989, ao permitir o registro de parcerias civis. Os debates acerca desse tema iniciaram-se, porém, em 1968, com a apresentação de uma proposta de lei. Nos anos seguintes, instaurou-se uma forte discussão na sociedade sobre a extensão dos direitos que deveriam ser reconhecidos aos casais de mesmo sexo.

Ressalto que se passaram 21 anos desde a apresentação da primeira proposta de reconhecimento da união homoafetiva até sua efetiva aprovação pelo Parlamento dinamarquês. Nesse período, foram travados diversos debates e realizadas pesquisas de opinião pública.

O mesmo ocorreu na Holanda, primeiro país a permitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, em que os movimentos a favor de seu reconhecimento começaram a ter maior intensidade em 1991. Em 1994, foi apresentada a primeira proposta de formalização das uniões, que, aprovada, entrou em vigor em 1998. Uma nova legislação, estabelecendo o direito de os homossexuais usufruírem do mesmo instituto matrimonial reservado aos heterossexuais, passou a valer em 2001 (cf. VARGAS, Fábio de Oliveira. op. cit., 2011. p. 101).

A legislação holandesa apresenta diversos detalhes, frutos de anos de discussões e avaliação de situações práticas. A Holanda possibilita, *v.g.*, a adoção de crianças por casais homossexuais, desde que passados três anos de convivência.

A união homoafetiva também é tratada com detalhes pela legislação da Alemanha, país em que desde 2001 vigora a "parceria civil homossexual", instituída pela *Lebenspartnerschaftsgesetz* (*Gesetz* über *die Eingetragene Lebenspartnerschaft*. Disponível em: www.gesetze im internet.de/lpartg/index.html. Acesso em: 3-5-2011).

Essa lei é resultado de uma discussão iniciada na década de oitenta e que continua em vigor após o início de sua vigência, com debates acerca da possibilidade de aumento do rol de direitos e deveres dos parceiros de mesmo sexo. A extensão do projeto de lei era bem maior do que o aprovado e acabou por ser reduzido após algumas concessões.

A lei alemã estabelece as condições para a união civil entre casais do mesmo sexo - iguais aos impedimentos do casamento - e elenca direitos e deveres existentes entre os companheiros da união homossexual, como a possibilidade de adotarem o mesmo sobrenome, o direito à herança e a assistência ao filho do companheiro morto.

Prevê, também, que parceiros homossexuais não podem adotar, mas institui que, caso um companheiro adote uma criança, o outro deverá consentir. Ainda faz referência ao casamento tradicional, indicando que, em algumas questões, é válido o estabelecido pelo Código Civil Alemão na parte referente ao matrimônio - por exemplo, no tocante ao regime de bens.

A análise exemplificativa do direito estrangeiro, que aqui sintetizei em três casos, evidencia que o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo é assunto complexo, que gera diversas discussões e reflexões nos países em que o adotaram. Não apenas antes da edição da norma regulamentadora, que costuma demandar prazo considerável de amadurecimento, mas também após sua entrada em vigor.

A extensão das leis que a define e o estabelecimento de algumas restrições indicam que não se trata de assunto simples, mas, sim, de matéria que deve ser bastante deliberada e discutida.

Evidencia-se, ainda, haver um papel relevante do Estado em todas as suas esferas (legislativa, executiva, jurisdicional) para concretizar adequada normatização dessa questão.

3.3 - O reconhecimento da união homoafetiva como afirmação de direitos de minorias

Não seria extravagante, no âmbito da jurisdição constitucional, diante inclusive das acusações de eventual ativismo judicial, como já explicitado neste voto, de excesso de intervenção judicial, dizer-se que melhor saberia o Congresso encaminhar esse tema, como têm feito muitos parlamentos do mundo todo. Destaquei acima, inclusive, a contribuição do direito comparado neste tema, o que demonstra a complexidade e relevância deste debate. Mas é verdade, ainda, que o quadro que se tem no Brasil, como já foi aqui descrito, é de inércia, de dificuldades e de não decisão por razões políticas várias.

É evidente também que aqui nós não estamos a falar apenas da falta de uma

disciplina legislativa que permita o desenvolvimento de uma dada política pública. **Nós estamos a falar, realmente, do reconhecimento do direito de minorias, de direitos fundamentais básicos. E, nesse ponto, não se trata de ativismo judicial, mas de cumprimento da própria essência da jurisdição constitucional.**

A doutrina nacional não se tem ocupado, talvez como devesse, de um dispositivo que consta do Direito Comparado, talvez a sua matriz moderna esteja na Lei Fundamental

de Bonn, que fala no direito que cada indivíduo tem de autodesenvolvimento (*Selbstentfaltungsrecht*), quer dizer, o livre desenvolvimento de sua personalidade (*die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit*), desde que não viole direitos de outrem e não se choque contra a ordem constitucional ou os costumes (Art. 2 I GG – *Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt).*

Claro que isso não nos impede de identificar esse direito no nosso sistema, a partir, sobretudo, do direito de liberdade e em concordância com outros princípios e garantias constitucionais.

Nesse sentido, é possível destacar, dentre outros: os fundamentos da cidadania e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III); os objetivos fundamentais de se construir uma sociedade livre, justa e solidária e de se promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, I e IV); a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II); a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantida a inviolabilidade do direito à liberdade e à igualdade (art. 5º, *caput*); a punição a qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI); bem como a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º) e a não exclusão de outros direitos e garantias decorrentes do regime constitucional e dos princípios por ela adotados ou incorporados por tratados internacionais (art. 5º, § 2º).

A orientação sexual e afetiva deve ser considerada como o exercício de uma liberdade fundamental, de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo, a qual deve ser protegida, livre de preconceito ou de qualquer outra forma de discriminação – como a que poderia se configurar por meio da impossibilidade de reconhecimento da manifestação de vontade de pessoas do mesmo sexo em se unir por laços de afetividade, convivência comum e duradoura, bem como de possíveis efeitos jurídicos daí decorrentes.

A rigor, a pretensão que se formula aqui tem base nos direitos fundamentais, na proteção de direitos de minorias, a partir da própria ideia do direito de liberdade. Trata-se da afirmação do reconhecimento constitucional da união de pessoas do mesmo sexo, como concretização do direito de liberdade – no sentido de exercício de uma liberdade fundamental, de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo.

Não há dúvida de que se impõe tal proteção, sobretudo em razão do que dispõe o art. 5º, inciso XLI da Constituição, ao determinar que "a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais". Essa garantia e o próprio conteúdo do direito de liberdade de autodesenvolvimento se revelam fundamentos jurídicos adequados e suficientes à proteção da união entre pessoas do mesmo sexo, no sentido de traduzir um desdobramento da liberdade fundamental de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo.

Ocorre que a falta de um modelo institucional que abrigue essa opção e sua proteção, que permita a institucionalização dessa relação social, acaba contribuindo para restrições indevidas e para um quadro de discriminação. Não é difícil dizer que o próprio Estado, nesse contexto, se nós estamos a falar de direitos fundamentais, tem um dever de proteção correspectivo a esse direito ou aos direitos aqui elencados.

Nesse ponto, é importante retomar o argumento dos limites e possibilidades de utilização, neste caso, da técnica de interpretação conforme à Constituição. É que a nossa legitimação como Corte Constitucional advém do fato de nós aplicarmos a Constituição, e Constituição enquanto norma. E, para isso, não podemos dizer que nós lemos no texto constitucional o que quisermos, há de haver um consenso básico. Por isso que essa questão é bastante sensível, porque, se abrirmos o texto constitucional, no que diz respeito a essa matéria, não vamos ter dúvida ao que se refere o art. 226, § 3º, multicitado:

> § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Logo, a expressão literal não deixa dúvida alguma de que nós estamos a falar de "união estável entre homem e mulher". A partir do próprio texto constitucional, portanto, não há dúvida em relação a isso.

Por isso, a meu ver, a solução que aponte como fundamento suficiente para o caso apenas uma leitura interpretativa alargada do dispositivo mencionado seria extravagante à atuação desta Corte e em descompasso com a técnica de interpretação conforme à Constituição.

É essencial que deixemos devidamente explicitados os fundamentos constitucionais que demonstram por que estamos fazendo esta leitura diante de um texto tão claro como este, em que se diz: a união estável é a união estável entre homem e mulher. E isso é relevante, diante do fato de alguns entenderem, aqui, menos do que um silêncio, um claro silêncio eloquente, no sentido de vedar o reconhecimento almejado.

Portanto, parto da premissa de que aqui há outros fundamentos e direitos envolvidos, direitos de perfil fundamental associados ao desenvolvimento da personalidade, que justificam e justificariam a criação de um modelo de proteção jurídica para essas relações existentes, com base no princípio da igualdade, no princípio da liberdade, de autodesenvolvimento e no princípio da não discriminação por razão de opção sexual.

Daí decorre, então, um **dever de proteção**. Mas é preciso mais uma vez dizer isso de forma muito clara, sob pena de cairmos num voluntarismo e numa interpretação ablativa, em que, quando nós quisermos, nós interpretamos o texto constitucional de uma ou outra maneira. Não se pode atribuir esse arbítrio à Corte, sob pena de nos deslegitimarmos.

Quanto à concretização desse dever de proteção, o que se percebe é o seu contínuo esvaziamento, dada a ausência de um modelo legalmente institucionalizado e estabelecido pelo Poder Legislativo, o que também desestimula uma ação efetiva do Poder Executivo e, por vezes, serve de fundamento para a negativa de inúmeras demandas administrativas.

O reconhecimento de alguns aspectos dessa questão até tem ocorrido na seara administrativa, embora na maioria dos casos isto tenha ocorrido no plano infralegal, com enorme dificuldade e com elevado grau de litigância, inclusive com desdobramentos nas vias judiciais. É interessante notar, nesse ponto, tratar-se de fenômeno gradual e que tem se constituído de forma segmentada e descontínua, a exemplo de sua aceitação para fins previdenciários e estatutários.

Vale destacar aqui algumas importantes ocorrências, que, como se poderá perceber, são estanques e não garantem - diante da precariedade dos atos regulamentares - um grau adequado de segurança jurídica.

3.4 - A insuficiente proteção decorrente da atuação administrativa regulamentar

No Brasil, sobretudo no âmbito federal, é recente a manifestação mais explícita do Poder Executivo de fomentar a regulamentação e proteção de direitos que, de alguma forma, poderiam estar relacionados ao reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo. De certa maneira, isso permite evidenciar a dificuldade da extensão de efeitos jurídicos ao reconhecimento da união homoafetiva, o que, de fato, tem se dado de forma gradual e segmentada.

No âmbito da administração pública federal, por exemplo, na área da Previdência Oficial a cargo do Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), foi editada inicialmente a Instrução Normativa/INSS/DC 25, de 7 de junho de 2000, posteriormente reformulada pela Instrução Normativa 50/2001, a qual estabeleceu procedimentos para a concessão de benefícios previdenciários a parceiros homossexuais (pensão por morte e auxílio reclusão).

Em sentido semelhante, destaca-se a Portaria 513, de 9 de dezembro de 2010 do Ministério da Previdência Social, que estabelece que "no âmbito do Regime Geral da Previdência Social - RGPS os dispositivos da Lei 8.213, de 24 de junho de 1991, que tratam dos dependentes para fins previdenciários devem ser interpretados de forma a abranger a união estável entre pessoas do mesmo sexo".

Ressalte-se, contudo, que tal normatização decorreu de condenação da autarquia previdenciária em anterior ação civil pública que tramitou na 3ª Vara Previdenciária de Porto Alegre. A despeito desse avanço, há dificuldades de ordem prática, inclusive para efeitos de comprovação de dependência econômica, o que acaba por acrescer o número de negativas de concessão de benefícios.

A Agência Nacional de Saúde Suplementar, por seu turno, editou recentemente a Súmula Normativa 12, de 4 de maio de 2010, com o seguinte teor: "1. Para fins de aplicação à legislação de saúde suplementar, entende-se por companheiro de

beneficiário titular de plano privado de assistência à saúde **pessoa** do sexo oposto ou **do mesmo sexo**". (grifo nosso). Assim, faculta-se ao cidadão a possibilidade de inclusão de parceiro homoafetivo como beneficiário em planos privados de saúde, cabendo às operadoras definirem a forma como deverá se dar a comprovação da convivência mútua.

O Ministro da Fazenda aprovou, no ano de 2010, o Parecer PGFN/CAT/1.503/2010, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, para permitir a inclusão de dependente homoafetiva para efeitos fiscais. Eis a ementa do referido parecer:

> Requerimento administrativo de servidora pública federal para inclusão de dependente homoafetiva para efeitos fiscais. Legitimidade do pleito. Falta de vedação legal ou constitucional. Princípios da não discriminação e da dignidade da pessoa humana.
>
> (Disponível em: http://www.pgfn.fazenda.gov.br/arquivos de noticias/Parecer%201503 2010.doc. Acesso em: 3-5-2011.)

Ademais, ressalte-se que, no ano de 2011, foi divulgado na imprensa nacional o ato do Ministro da Fazenda, Guido Mantega, que autorizou a inclusão de companheiros como dependentes, na união homoafetiva, para obter dedução fiscal na declaração do Imposto de Renda. Entretanto, o referido ato foi impugnado por meio de ação popular pelo Deputado Federal Ronaldo Fonseca, ao argumento de que tal possibilidade se restringiria à união estável entre homem e mulher (http://economia.uol.com.br/impostoderenda/ultimas noticias/infomoney/2011/03/04/ao fazer-a-declaracao-de-ir-casais-homoafetivos-devem-atentar-a-documentacao.jhtm. Acesso em: 3-5-2011.)

Em sentido semelhante, foi regulamentada a Resolução Normativa do Conselho Nacional de Imigração - CNI 77, de 29 de janeiro de 2008 -, vinculado ao Ministério da Justiça, que dispõe, entre outros assuntos, sobre critérios para a concessão de visto, temporário ou permanente, ao companheiro ou companheira, em união estável, sem distinção de sexo (art. 1º).

A Lei Maria da Penha - Lei federal 11.340, de 7 de agosto de 2006 - expressamente estabelece que toda mulher, **independentemente da orientação sexual**, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social (art. 2º), bem como que a definição de entidade familiar, para efeitos de proteção desta lei, **independe de orientação sexual** (art. 5º, parágrafo único). Entretanto, há controvérsia sobre sua plena aplicabilidade a casais homoafetivos.

Também o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução 39/2007, reconhecendo a possibilidade de inclusão de companheiro homossexual para fins de dependência econômica.

O próprio Supremo Tribunal Federal, por meio do Ato Deliberativo 27/2009, admitiu a inclusão de companheiro homoafetivo como beneficiário do plano de assistência à saúde e benefícios sociais do Tribunal.

Cite-se também o Provimento 6/2004 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o qual institui o registro, no Cartório de Títulos e Documentos, de qualquer documentação relativa a uniões afetivas entre pessoas plenamente capazes, independentemente do gênero. Da mesma forma, destaca-se o Provimento 36/2010 da Secretaria da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul e o Provimento 174/2010 da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado do Amazonas.

Em semelhante sentido, destaca-se o Provimento 7/2010 do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco que, em seu art. 1º, determinou nova redação ao art. 775 do Provimento 20/2009, para nele incluir parágrafo único com o seguinte teor:

> Parágrafo único. As pessoas plenamente capazes, independentemente de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, que convivam afetivamente ou mantenham sociedade de fato, de forma contínua, pública, duradoura, com ou sem compromisso patrimonial, poderão registrar contratos e documentos que digam respeito à referida relação jurídica ou que visem constituí-la na forma anteriormente prevista.

Em maio de 2009, a Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República apresentou o Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais, em que há descrição de diversas metas, entre as quais se destaca a de n. 1.2.34, que estabelece a ação, a cargo da Secretaria de Direitos Humanos, de mobilização parlamentar para aprovação de projetos que tratem de união homoafetiva.

O Ministério da Saúde lançou em 2010 a Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais, para ser implementada no Sistema Único de Saúde (SUS). Sua formulação seguiu as diretrizes do Governo expressas no Programa Brasil sem Homofobia, que foi coordenado pela Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República (SEDH/PR) e que atualmente compõe o Programa Nacional de Direito Humanos (PNDH 3).

O Presidente da República, por sua vez, editou o Decreto 7.388/2010, que dispõe sobre a composição, a estruturação, as competências e o funcionamento do Conselho Nacional de Combate à Discriminação (CNCD), o qual tem diversas atribuições para organizar e fomentar políticas públicas que visem à garantia dos direitos das Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais.

Além disso, por meio de Decreto de 4 de junho de 2010, o Presidente da República institui o Dia Nacional de Combate à Homofobia.

A Ordem dos Advogados do Brasil, ainda, mediante a Portaria 16/2011, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, criou, em 15 de abril de 2011, a Comissão Especial da Diversidade Sexual do Conselho Federal da OAB.

O caráter recente e a precariedade jurídica da maioria dessas ocorrências (característica própria dos atos infralegais decorrentes do exercício do poder regulamentar da administração), por vezes, conduzem as controvérsias administrativas para as vias judiciais.

Não há dúvida de que o Poder Judiciário brasileiro, nos últimos anos, tenha se destacado entre os três Poderes no reconhecimento de uniões homoafetivas e dos direitos que delas advêm, em decorrência da necessidade de exercer a jurisdição, ainda que sem balizas legislativas e regulamentares muito claras.

Há algumas decisões que se valeram dos princípios gerais do direito e da analogia com a legislação referente às uniões estáveis heterossexuais, para protegerem parcerias homoafetivas. Essa aproximação já foi feita, inclusive, não apenas para reconhecer direitos daí decorrentes, mas também para ressaltar deveres jurídicos.

Nesse sentido, menciono decisão do Tribunal Superior Eleitoral no RESPE 24.564, de minha relatoria, julgado em 1º-10-2004, em que se reconheceu a relação homoafetiva, a fim de declarar-se a inelegibilidade reflexa de pré-candidata ao cargo de prefeito, que mantinha relação de convivência com a prefeita reeleita do Município de Viseu/PA, *in verbis*:

> *Registro de candidato. Candidata ao cargo de prefeito. Relação estável homossexual com a prefeita reeleita do município. Inelegibilidade. Art. 14, § 7º, da Constituição Federal.*
>
> Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal.
>
> Recurso a que se dá provimento.

Essas e outras decisões têm enfrentado problemas pontuais por parceiros homossexuais, relacionados à herança, à sucessão, ao direito previdenciário, por exemplo, e impulsionam a aceitação social e a proteção jurídica dessas relações, que já não podem ser negadas.

Certamente, essas relações não estão à margem do Direito, pois a própria Constituição estabelece a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III) e a promoção do bem-estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação como um dos objetivos fundamentais desta nação.

Em obra sobre a dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais, Ingo Sarlet leciona que, "considerando a dignidade como tarefa, o princípio da dignidade da pessoa humana impõe ao Estado, além do dever de respeito e proteção, a obrigação de promover as condições que viabilizem e removam toda a sorte de obstáculos que ensejam a impedir as pessoas de viverem com dignidade". (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 109.)

Nesse contexto, além de políticas públicas contra eventual tratamento indigno sofrido por homossexual, por exemplo, o Estado deve adotar ações para criar legislação própria que promova a dignidade da pessoa humana, sem nenhuma discriminação por orientação sexual.

Ocorre que esse tema, como antes ressaltado, é extremamente delicado, e o reconhecimento e a proteção dessas relações perpassam uma série de concepções culturais, filosóficas, religiosas, entre outras, que demandam tempo para consolidação pela sociedade.

E, como já enfatizado, o que se constata é a ausência de uma legislação que estabeleça um modelo institucional que confira um mínimo de segurança jurídica e efetividade a esses direitos, o que inviabiliza um adequado nível de proteção exigido para a defesa de direitos fundamentais básicos, aqui já afirmados.

Essas considerações abrem espaço, ainda, para se indagar sobre o relevante problema das lacunas constitucionais e a busca de uma fórmula de resolução da controvérsia no âmbito do controle de constitucionalidade.

4 - O problema das lacunas valorativas ou axiológicas e a ideia da aplicação do pensamento do possível

A Constituição da República Federativa do Brasil não dispõe textualmente sobre a união homoafetiva. De outro lado, também não a veda de forma expressa. No seu art. 226, define-se a família como base da sociedade, a qual tem especial proteção do Estado.

Em análise preliminar deste dispositivo, verifica-se no texto constitucional a indicação de que a entidade familiar pode se configurar a partir do casamento (§ 1º e § 2º), da união estável entre o homem e mulher (§ 3º) e da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (§ 4º) - denominada pela doutrina como família monoparental.

Como já destaquei anteriormente, a questão da união entre pessoas do mesmo sexo não se restringe apenas a uma exigência de formulação de políticas públicas, **mas, sim, ao reconhecimento do direito de minorias, de direitos básicos de liberdade e igualdade. Tais direitos dizem respeito à liberdade de orientação sexual, de desenvolvimento da personalidade e de reconhecimento da união homoafetiva como relação jurídica legítima, e exigem um correspondente dever de proteção do Estado, por intermédio de um modelo mínimo de proteção institucional, como meio de se evitar uma caracterização continuada de discriminação.**

A inexistência de expressa vedação constitucional à formação de uma união homoafetiva, a constatação de sua aproximação às características e finalidades das demais formas de entidades familiares e a sua compatibilidade, *a priori*, com os fundamentos constitucionais da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação do desenvolvimento do indivíduo, da segurança jurídica, da igualdade e da vedação à discriminação por sexo e, em sentido mais amplo, por

orientação sexual, apontam para a possibilidade de proteção e de reconhecimento jurídico da união entre pessoas do mesmo sexo no atual estágio de nosso constitucionalismo.

Preocupa-me, contudo, que esta Corte desde logo conceda ampla extensão aos efeitos jurídicos do reconhecimento da união homoafetiva sem uma maior reflexão, inclusive da própria sociedade e do Congresso Nacional, em razão da infinidade de implicações práticas e jurídicas, previsíveis e imprevisíveis, que isso pode acarretar. Nesse sentido, basta rememorar que há repercussões nas mais diversas esferas jurídicas dos cidadãos entre si e perante o Estado.

Uma simples decisão de equiparação irrestrita à união estável poderia, ao revés, gerar maior insegurança jurídica, inclusive se não se mantivesse aberto o espaço reservado ao regramento legislativo, por exemplo. A atuação desta Corte neste ponto, como aqui já ressaltado, deve ser admitida como uma solução provisória que não inibe, mas estimula a atuação legislativa.

Por isso que, quando comecei a pensar neste assunto, nesta perspectiva, diante da clareza do texto constitucional, cheguei até a especular, em sentido semelhante ao que explicitou o Ministro Ricardo Lewandowski em seu voto, sobre a chamada existência, aqui, de uma possível lacuna, até, na classificação doutrinária, uma lacuna valorativa ou axiológica.

É que se nós reconhecermos que há esse direito ou que há direitos a uma proteção, em seguida deve-se indagar sobre o seu correspondente dever de proteção. E a essa lacuna ou a essa não disciplina normativa do dever de proteção, impõe-se também algum tipo de solução. E, aí, certamente nós podemos, então, ter diversas divergências apenas de como fazê-lo.

Eu até ressaltava, certa vez em aula ministrada aos alunos da Universidade de Brasília (UnB), não faz muito, a importância desse modelo de proteção institucional. A esse respeito, cumpre rememorar aqui um exemplo interessante.

Quando ainda estudante de direito da Universidade de Brasília, lembro-me de que acompanhei aquela movimentação toda que se fez, à época, em torno da chamada **emenda do divórcio**.

Era fato notório naquela época que muitas pessoas tinham situações familiares constituídas, mas não podiam se casar em razão do impedimento constante do texto constitucional. A repercussão sobre a situação dos filhos era evidente. Até por uma dessas ironias da história, o movimento político era tão forte, liderado pelo Senador Nelson Carneiro, que já havia a maioria no Congresso Nacional para a aprovação, mas não havia ainda a maioria constitucional.

Como veio o denominado Pacote de Abril (1977), o Presidente Geisel cuidou de reduzir o *quorum* para aprovação de emenda constitucional. Acabou assim, por ironia, viabilizando a aprovação da emenda, que foi saudada como uma emenda de libertação de todas essas pessoas que aguardavam, de alguma forma, ansiosas, a regularização daquela situação de fato, há muito tempo consolidada.

Por isso, essa questão da proteção por um modelo institucional de garantia de direitos fundamentais básicos é aqui extremamente relevante, à semelhança do que foi esse exemplo da regulamentação do divórcio.

É claro que não são fáceis todos os problemas que decorrem desta opção. E, talvez, seja muito difícil para a Corte fazer todo o elenco de distinções que poderia ocorrer entre a união estável entre homem e mulher e a união entre pessoas do mesmo sexo.

Sabemos que toda a construção que se faz e que se fez, tradicionalmente, ao longo dos anos, sempre teve como foco uma situação tópica. Vez era a situação da concubina, para qual se reconhecia a situação de dependência; vez era a equiparação de situações funcionais. E, assim, a jurisprudência ia, de alguma forma, antecipando a própria legislação, mas as decisões tinham sempre esse caráter tópico.

A decisão proferida pelo Tribunal Superior Eleitoral no RESPE 24.564 (julgado em 1º-10-2004), de que tive a honra de ser o Relator, é um exemplo disso: era um caso de possível impedimento entre pessoas do mesmo sexo que viviam em condição de união estável. Transcrevo, mais uma vez, a ementa do referido julgado:

> *Registro de candidato. Candidata ao cargo de prefeito. Relação estável homossexual com a prefeita reeleita do município. Inelegibilidade. Art. 14, § 7º, da Constituição Federal.*
>
> Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal.
>
> Recurso a que se dá provimento.

Lembro-me inclusive de que, na época, citava a jurisprudência do STJ a propósito de tema, que destacava já a existência da união de fato. Mas, aqui, havia razões para justificar a aplicação da restrição, uma vez que nós estávamos diante de norma que tem como desiderato evitar o continuísmo. E era inequívoco que havia aquela relação, tanto é que as partes envolvidas não negavam o fato, apenas afirmavam que a legislação não continha ou não contemplava esse quadro de inelegibilidade.

Então, citei naquela oportunidade um voto do notável Ministro Ruy Rosado, do STJ, no julgamento do REsp 148.897. Ele dizia:

> A hipótese dos autos não se equipara àquela, do ponto de vista do Direito de Família, mas nada justifica que se recuse aqui aplicação ao disposto na norma de direito civil que admite a existência de uma sociedade de fato sempre que presentes os elementos enunciados no art. 1363 do CC: mútua obrigação de combinar esforços para lograr fim comum. A negativa da incidência de regra assim tão ampla e clara, significaria, a meu juízo, fazer prevalecer princípio moral (respeitável) que recrimina o desvio da preferência sexual, desconhecendo a realidade de que essa união - embora

criticada - existiu e produziu efeitos de natureza obrigacional patrimonial que o direito civil comum abrange e regula.

Kelsen, reptado por Cossio, o criador da teoria egológica, perante a congregação da Universidade de Buenos Aires, a citar um exemplo de relação interssubjetiva que estivesse fora do âmbito do Direito, não demorou para responder: "*Oui, monsieur, l'amour*". E assim é, na verdade, pois o Direito não regula os sentimentos. Contudo, dispõe ele sobre os efeitos que a conduta determinada por esse afeto pode representar como fonte de direitos e deveres, criadores de relações jurídicas previstas nos diversos ramos do ordenamento, algumas ingressando no Direito de Família, como o matrimônio e, hoje, a união estável, outras ficando à margem dele, contempladas no Direito das Obrigações, das Coisas, das Sucessões, mesmo no Direito Penal, quando a crise da relação chega ao paroxismo do crime, e assim por diante.

Então, com base nesses fundamentos, naquela situação eu entendi que o caso era de dar provimento aos recursos, tendo em vista que os sujeitos de uma relação estável homossexual (denominação adotada pelo Código Civil alemão), à semelhança do que ocorre com os sujeitos de união estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal.

Passo a analisar outro aspecto que me parece importante de ser mencionado para a solução deste caso - e eu já tive a oportunidade de destacar isso em outras ocasiões.

É que, diante de um texto constitucional aberto, que exige novas aplicações, por vezes, nós nos encontramos diante dessas situações de lacunas, às vezes, de lacunas de caráter axiológico.

Assim, se por acaso não pudermos aplicar a norma tal como ela está posta, poderíamos fazê-lo numa perspectiva estritamente analógica, aplicando-a naquilo que coubesse, naquilo que fosse possível.

A propósito da questão ora debatida, avivou me a memória a reflexão de Gustavo Zagrebelsky, ao tratar sobre o *ethos* da Constituição na sociedade moderna, em seu célebre trabalho sobre "*O Direito Dúctil - il diritto mitte*", no qual ele diz o seguinte:

> As sociedades pluralistas atuais - isto é, as sociedades marcadas pela presença de uma diversidade de grupos sociais com interesses, ideologias e projetos diferentes, mas sem que nenhum tenha força suficiente para fazer-se exclusivo ou dominante e, portanto, estabelecer a base material da soberania estatal no sentido do passado - isto é, as sociedades dotadas em seu conjunto de um certo grau de relativismo, conferem à Constituição não a tarefa de estabelecer diretamente um projeto predeterminado de vida em comum, senão a de realizar as condições de possibilidade da mesma.
>
> (Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. de Marina Gascón. 3. ed. Madrid: Trotta S.A., 1999. p. 13.)

Em seguida, observa aquele eminente Professor:

> No tempo presente, parece dominar a aspiração a algo que é conceitualmente impossível, porém altamente desejável na prática: a não prevalência de um só valor e de um só princípio, senão a salvaguarda de vários simultaneamente. O imperativo teórico da não contradição - válido para a *scientia juris* - não deveria obstaculizar a atividade própria da *jurisprudentia* de intentar realizar positivamente a "concordância prática" das diversidades, e inclusive das contradições que, ainda que assim se apresentem na teoria, nem por isso deixam de ser desejáveis na prática. "Positivamente": não, portanto mediante a simples amputação de potencialidades constitucionais, senão principalmente mediante prudentes soluções acumulativas, combinatórias, compensatórias, que conduzam os princípios constitucionais a um desenvolvimento conjunto e não a um declínio conjunto.
>
> (Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil*, cit., p. 16.)

Por isso, concluí que o pensamento a ser adotado, predominantemente em sede constitucional, há de ser o "pensamento do possível".

É o que nós temos no caso deste julgamento. O fato de a Constituição proteger, como já destacado pelo eminente Relator, a união estável entre homem e mulher não significa uma negativa de proteção - nem poderia ser - à união civil, estável, entre pessoas do mesmo sexo.

Leio, ainda, esta passagem desse notável trabalho:

> Da revisão do conceito clássico de soberania (interna e externa), que é o preço a pagar pela integração do pluralismo em uma única unidade possível - uma unidade dúctil, como se afirmou - deriva também a exigência de que seja abandonada a soberania de um único princípio político dominante, de onde possam ser extraídas, dedutivamente, todas as execuções concretas sobre a base do princípio da exclusão do diferente, segundo a lógica do *aut-aut*, do "ou dentro ou fora". A coerência "simples" que se obteria deste modo não poderia ser a lei fundamental intrínseca do direito constitucional atual, que é, precipuamente, a lógica do *et-et* e que contém por isso múltiplas promessas para o futuro. Neste sentido, fala-se com acerto de um "modo de pensar do possível" (*Möglichkeitsdenken*), como algo particularmente adequado ao direito do nosso tempo. Esta atitude mental "possibilista" representa para o pensamento o que a "concordância prática" representa para a ação.
>
> (Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil*, cit., p. 17.)

Em verdade, talvez seja Peter Häberle o mais expressivo defensor dessa forma de pensar o direito constitucional nos tempos hodiernos, entendendo ser o "pensamento jurídico do possível" expressão, consequência, pressuposto e limite para uma interpretação constitucional aberta (Häberle, P. *Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenken*. In: *Die Verfassung des Pluralismus, Königstein*/TS, 1980, p. 9).

Nessa medida, e essa parece ser uma das importantes consequências da orientação perfilhada por Häberle, "uma teoria constitucional das alternativas" pode converter-se numa "teoria constitucional da tolerância" (Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., p. 6). Daí perceber-se também que "alternativa enquanto pensamento possível afigura-se relevante, especialmente no evento interpretativo: na escolha do método, tal como verificado na controvérsia sobre a tópica enquanto força produtiva de interpretação" (Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., p. 7).

A propósito, anota Häberle de forma muito clara:

> O pensamento do possível é o pensamento em alternativas. Deve estar aberto para terceiras ou quartas possibilidades, assim como para compromissos. Pensamento do possível é pensamento indagativo (*fragendes Denken*). Na *res publica* existe um *ethos* jurídico específico do pensamento em alternativa, que contempla a realidade e a necessidade, sem se deixar dominar por elas. O pensamento do possível ou o pensamento pluralista de alternativas abre suas perspectivas para "novas" realidades, para o fato de que a realidade de hoje poder corrigir a de ontem, especialmente a adaptação às necessidades do tempo de uma visão normativa, sem que se considere o novo como o melhor. (Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., p. 3.)

Ainda nessa linha, observa Häberle que, "para o estado de liberdade da *res publica* afigura-se decisivo que a liberdade de alternativa seja reconhecida por aqueles que defendem determinadas alternativas". Daí ensinar que "não existem apenas alternativas em relação à realidade, existem também alternativas em relação a essas alternativas" (Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., p. 6).

O pensamento do possível tem uma dupla relação com a realidade. Uma é de caráter negativo: o pensamento do possível indaga sobre o também possível, sobre alternativas em relação à realidade, sobre aquilo que ainda não é real. O pensamento do possível depende também da realidade em outro sentido: Possi-vel é apenas aquilo que pode ser real no futuro (*Möglich ist nur was in Zukunft wirklich sein kann*). É a perspectiva da realidade (futura) que permite separar o impossível do possível (Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., p.10).

Lembro-me de já ter destacado essa questão do pensamento do possível para resolver, à época, dois casos importantes, um aqui no Supremo Tribunal Federal e outro no Tribunal Superior Eleitoral.

Primeiramente, no âmbito do STF, tratava-se de um caso muito mais técnico, aquela hipótese que se colocara dos procuradores do trabalho que eram indicados para cargo de juiz dos Tribunais Regionais do Trabalho. Ressaltei à época que a Constituição era muito clara. Dizia que eles só poderiam ser indicados se tivessem dez anos na carreira. Como houve uma multiplicação de Tribunais Regionais do Trabalho, deu se o inevitável. Em pouco tempo, já não havia tantos procuradores com dez anos. Aí, então, o Conselho Superior do Ministério Público editou uma resolução dizendo mais ou menos o óbvio: não havendo procuradores com mais de dez anos, indicam-se aqueles que estejam já efetivados.

Essas indicações foram feitas e foram compostas listas sêxtuplas da seguinte maneira: o Presidente da República escolheu os juízes do trabalho – hoje denominados desembargadores do trabalho, com base nessa norma – e houve, então, o ajuizamento de uma ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Associação dos Magistrados do Brasil contra essa norma do Conselho Superior do Ministério Público.

E o Supremo, num primeiro momento, declarou a inconstitucionalidade dessa norma, dizendo que era evidente que ela contrariava a literalidade do texto constitucional. O Procurador-Geral da República à época – o Dr. Geraldo Brindeiro – opôs embargos infringentes na linha do nosso Regimento – na ocasião eram permitidos os embargos infringentes. Coube a mim, então, fazer o relato e trazer o voto desses embargos infringentes, que foram admitidos porque a decisão fora, ainda, à luz do Regimento Interno vigente e antes do advento da Lei 9.868/1999.

Eu trouxe, então, essas considerações para dizer que, naquele caso, era notório que havia uma lacuna, faltou uma norma, de caráter transitório, que dissesse aquilo que havia sido dito pela norma do Ministério Público, quer dizer, à falta de procuradores com mais de dez anos, nomeiam-se outros. Até porque, do contrário, as alternativas eram dramáticas: ou não se nomeavam os procuradores para essas vagas – e a ideia do quinto, do pluralismo do Tribunal não seria cumprida, ou haveria indicação de um ou de outro sem que se desse ao Presidente da República alternativa de fazer uma escolha dentro do que quer o mecanismo de *checks and balances* que está no texto constitucional.

Assim, acabamos por acolher os embargos infringentes para julgar constitucional a norma, invocando, então, esse argumento que destacava essa leitura, esse chamado "pensamento do possível" e, também, a possibilidade de que aqui se tivesse uma lacuna constitucional que necessitava da revelação de uma norma implícita, de colmatação.

E, para isso, então, à época, eu citei também uma passagem da obra de Perelman naquele julgado, a chamada Lógica Jurídica, na qual narra um caso interessantíssimo e chega, então, à seguinte conclusão:

> Durante a guerra de 1914-1918, como a Bélgica estava quase toda ocupada pelas tropas alemãs, com o Rei e o governo belga no Havre, o Rei exercia sozinho o poder legislativo, sob forma de decretos-leis.
>
> "A impossibilidade de reunir as Câmaras, em consequência da guerra, impedia incontestavelmente que se respeitasse o art. 26 da Constituição (O poder legislativo é exercido coletivamente pelo Rei, pela câmara dos Representantes e pelo Senado). Mas nenhum dispositivo constitucional permitia sua derrogação, nem mesmo em circunstâncias tão excepcionais. O art. 25 enuncia o princípio de que os poderes 'são exercidos da maneira estabelecida pela Constituição', e o art. 130 diz expressamente que 'a Constituição não pode ser suspensa nem no todo nem em parte'" (A. Vanwelkenhuyzen, *De quelques lacunes du droit constitutionnel belge, em Le problème des lacunes en droit*, p. 347).

> Foi com fundamento nestes dois artigos da Constituição que se atacou a legalidade dos decretos-leis promulgados durante a guerra, porque era contrária ao art. 26 que precisa como se exerce o poder legislativo.
> (PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*, trad. Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 105.)

Ressaltei que Perelman responde à indagação sobre a legitimidade da decisão da Corte, com base nos argumentos do Procurador-Geral Terlinden. É o que lê na seguinte passagem do seu trabalho:

> Como pôde a Corte chegar a uma decisão manifestamente contrária ao texto constitucional? Para compreendê-lo, retomemos as conclusões expostas antes do aresto pelo procurador-geral Terlinden, em razão de seu caráter geral e fundamental.

E, aí, Perelman reproduz, então, a citação do parecer do mencionado Procurador-Geral:

> Uma lei sempre é feita apenas para um período ou um regime determinado. Adapta-se às circunstâncias que a motivaram e não pode ir além. Ela só se concebe em função de sua necessidade ou de sua utilidade; assim, uma boa lei não deve ser intangível, pois vale apenas para o tempo que quis reger. A teoria pode ocupar-se com abstrações. A lei, obra essencialmente prática, aplica-se apenas a situações essencialmente concretas. Explica-se assim que, embora a jurisprudência possa estender a aplicação de um texto, há limites a esta extensão, que são atingidos toda vez que a situação prevista pelo autor da lei venha a ser substituída por outras fora de suas previsões.
>
> Uma lei - constituição ou lei ordinária - nunca estatui senão para períodos normais, para aqueles que ela pode prever.
>
> Obra do homem, ela está sujeita, como todas as coisas humanas, à força dos acontecimentos, à força maior, à necessidade.
>
> Ora, há fatos que a sabedoria humana não pode prever, situações que não pôde levar em consideração e nas quais, tornando-se inaplicável a norma, é necessário, de um modo ou de outro, afastando-se o menos possível das prescrições legais, fazer frente às brutais necessidades do momento e opor meios provisórios à força invencível dos acontecimentos (*Vanwelkenhuysen, Le problème des lacunes en droit, cit.*, p. 348 349).
> (Perelman, *Lógica Jurídica*, cit., p.106.)

Nessa linha, destaco a conclusão de Perelman:

> Se devêssemos interpretar ao pé da letra o art. 130 da Constituição, o acórdão da Corte de Cassação teria sido, sem dúvida alguma, *contra legem*. Mas, limitando o alcance deste artigo às situações normais e previsíveis, a Corte de Cassação introduz uma lacuna na Constituição, que não teria estatuído para situações extraordinárias, causadas "pela força dos acontecimentos", "por força maior", "pela necessidade".
> (Perelman, *Lógica Jurídica*, cit., p. 107.)

Ainda no julgamento daquele caso no STF, eu destaquei outros aspectos,

inclusive desse chamado "Pensamento do Possível" na jurisprudência do Supremo, citando o Recurso Extraordinário Criminal 147.776, da Relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, no qual se admitiu a possibilidade de que aquela disposição que autorizávamos o Ministério Público – art. 68 do CPP – a representar as vítimas pobres no processo para indenização ou ressarcimentos. O Supremo entendeu que o art. 68 subsistia, a despeito da nova disciplina que vedava ao Ministério Público atuar como representante judicial da parte, entendendo que ali havia, pelo menos enquanto não estabelecida a defensoria pública de forma geral, a possibilidade dessa compreensão ou desse pensamento do possível.

Já em outro momento, em julgamento ocorrido no TSE, eu me lembro, também, de que tivemos um caso em que se aplicou essa mesma estrutura argumentativa. Cuidava-se de pedido formulado por várias pessoas para que, naqueles casos da chamada deficiência grave, houvesse uma dispensa ou uma isenção de participação no processo eleitoral. Eram, sobretudo, familiares que reclamavam que determinadas pessoas estavam tão doentes ou acometidas de limitações tão graves que deveriam ficar isentas de participar do processo eleitoral a cada dois anos, desincumbindo-se, assim, da obrigação de comparecer à votação ou de fazer a justificação eleitoral.

A leitura do art. 14 da Constituição – diziam muitos dos colegas na Justiça Eleitoral – impossibilitava essa compreensão, porque não facultava sequer ao legislador, tal como fizera o texto anterior, essa flexibilização. De novo, também, aqui citei essa indagação para dizer que o texto constitucional tornou o voto facultativo para os maiores de 70 anos, presumindo, pelo menos, uma possível limitação ou incômodo, o que parecia justificar também, na hipótese, a possibilidade de que vislumbrássemos aqui a existência de uma lacuna, de uma imperfeição, de uma incompletude que justificaria então a exceção pretendida.

Esses dois exemplos ilustram bem a importância da possibilidade dessa compreensão ou desse pensamento do possível para casos como o da união homoafetiva.

A meu ver, se não fosse possível resolver a controvérsia aqui posta à luz da aplicação direta da disposição citada, do art. 226, § 3º, **poderíamos, sem dúvida, encaminhar a solução de reconhecimento da constitucionalidade da união homoafetiva a partir da aplicação do direito fundamental à liberdade de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo e da garantia de não discriminação dessa liberdade de opção, em concordância com outros princípios e garantias constitucionais que destaquei na fundamentação deste voto, a saber:** os fundamentos da cidadania e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III); os objetivos fundamentais de se construir uma sociedade livre, justa e solidária e de se promover o bem de todos, sem preconceitos de origem; raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, I e IV); a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II); a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantida a inviolabilidade do direito à liberdade e à igualdade (art. 5º, *caput*); a punição a qualquer discriminação

atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI); bem como a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º) e a não exclusão de outros direitos e garantias decorrentes do regime constitucional e dos princípios por ela adotados ou incorporados por tratados internacionais (art. 5º, § 2º).

Além disso, é a falta (lacuna) de um modelo normativo de proteção institucional para a união homoafetiva que torna adequada a utilização do pensamento do possível para se aplicar norma existente – em termos de um modelo de proteção institucional semelhante – no que for cabível. Então, a meu ver, é preciso que nós, pelo menos, explicitemos essa questão delicada, porque ela se faz presente no nosso sistema.

5 – Conclusão do voto

Destaco que, em linhas gerais, estou de acordo com o pronunciamento do Eminente Ministro Relator Ayres Britto quanto ao resultado deste julgamento, **embora esteja a pontuar aqui uma série de preocupações e de divergências em relação à fundamentação de seu voto, ou pelo menos algumas explicitações em relação à divergência de minha fundamentação.**

É que, como já mencionei aqui, entendo existirem fundamentos jurídicos suficientes e expressos que autorizam o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, **não com base no texto legal (art. 1.723 do Código Civil), nem com base na norma constitucional (art. 226, § 3º)**, mas, sim, como decorrência de direitos de minorias, de direitos fundamentais básicos em nossa Constituição, do direito fundamental à liberdade de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo e da garantia de não discriminação dessa liberdade de opção (art. 5º, XLI, CF) – dentre outros explicitados em minha fundamentação –, os quais exigem um correspondente dever de proteção, por meio de um modelo de proteção institucional que até hoje não foi regulamentado pelo Congresso.

Nesse sentido, diferentemente do que expôs o Ministro Relator Ayres Britto – ao assentar que não haveria lacuna e que se trataria apenas de um tipo de interpretação que supera a literalidade do disposto no art. 226, § 3º, da Constituição e conclui pela paridade de situações jurídicas –, **evidenciei o problema da constatação de uma lacuna valorativa ou axiológica quanto a um sistema de proteção da união homoafetiva, que, de certa forma, demanda uma solução provisória desta Corte, a partir da aplicação, por exemplo, do dispositivo que trata da união estável entre homem e mulher, naquilo que for cabível, ou seja, em conformidade com a ideia da aplicação do pensamento do possível.**

Até porque também tenho certo temor, que por dever e honestidade intelectual acho que devo explicitar, de que a equiparação pura e simples das relações, tendo em vista a complexidade do fenômeno social envolvido, pode nos preparar surpresas as mais diversas.

O exercício de imaginação institucional certamente nos estimula, mas, ao mesmo tempo, nos desanima, porque, quando fazemos os paradigmas e começamos a fazer

as equiparações e as elucubrações – e sabemos como limitada é a nossa capacidade de imaginar os fatos –, certamente começamos a ver que pretender regular isso, como poderia talvez fazê-lo o legislador, é exacerbar demais essa nossa vocação de legisladores positivos, para usar a expressão tradicional, com sério risco de nos perdermos, produzindo lacunas.

Apenas a título de exemplo, surgem desde logo diversas indagações. Qual seria a repercussão da decisão em relação às questões de filiação e da facilitação da conversão da união estável entre homem e mulher em casamento? Da mesma forma, no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, também há deveres e restrições a todos impostos, que deverão ser considerados. É o caso da **aplicação das regras de vedação ao nepotismo**, por exemplo. Em relação à legislação eleitoral, também se exige a adequação dessa nova realidade, como antes mencionei, para causas de inelegibilidade. O reconhecimento da união homoafetiva como instituição familiar equiparada para todos os efeitos à união estável entre homem e mulher suscitaria, ainda, a reflexão de sua **repercussão no âmbito penal**.

Caberia aqui também indagar sobre a exigência de observância do princípio da reserva legal e a aplicabilidade de determinados tipos penais ao se reconhecer, desde logo, a equiparação acrítica e irrestrita da união entre pessoas do mesmo sexo à união estável entre homem e mulher. Relembro, ainda, a discussão em torno da possibilidade de aplicação da Lei Maria da Penha (Lei 11.343/2006) para esses casos.

Essas questões, *mutatis mutandis*, também afligem os próprios cultores do Direito Comparado. Eu me lembro de que estava em Portugal quando foi promulgada a lei do casamento de pessoas do mesmo sexo e lá houve a restrição quanto à adoção. Sistemas diversos têm dado disciplinas específicas ao tema. Há outro recente exemplo: a lei recente da Argentina que aprovou o casamento entre pessoas do mesmo sexo, que contém – claro que trata de todo tema do matrimônio – nada mais, nada menos, do que quarenta e dois artigos.

O que busco enfatizar aqui, de qualquer forma, é que, ao fazermos simplesmente uma equiparação irrestrita, podemos acabar, também, por equiparar desde logo situações que vão revelar diversidades. As escolhas aqui são de fato dramáticas e difíceis.

Por isso, neste momento, limito-me a reconhecer a existência da união entre pessoas do mesmo sexo, por fundamentos jurídicos próprios e distintos daqueles explicitados pelo Ministro Ayres Britto e, com suporte na teoria do pensamento do possível, determinar a aplicação de um modelo de proteção semelhante – no caso, o que trata da união estável –, naquilo que for cabível, nos termos da fundamentação aqui apresentada, sem me pronunciar sobre outros desdobramentos.

Destaco que a decisão do Supremo não significa óbice à atuação do Poder Legislativo. Pelo contrário, a nossa decisão deve ser entendida como um imperativo de regulação da união homoafetiva, como decorrência da necessidade de concretização de um dever de proteção de direitos fundamentais relacionados a essa relação jurídica. Trata-se de um estímulo institucional para que, de fato, as

mais diversas situações jurídicas que envolvem a união entre pessoas do mesmo sexo venham a ser disciplinadas.

Ainda em relação a esse diálogo institucional entre os Poderes, é interessante ressaltar mais uma vez os dilemas que marcam a atuação da jurisdição constitucional. Por vezes, afirma se que o Supremo Tribunal Federal está exorbitando de suas funções, e alega-se, então, que nós estamos a interferir em demasia na disciplina do sistema político. Foi assim na discussão, por exemplo, sobre a fidelidade partidária.

Recentemente se invocava a autonomia do Congresso Nacional no caso da Lei da Ficha Limpa, e aqui, de novo, há até uma dessas revelações da perversão do sistema. Se alguém compulsar os debates no Congresso Nacional, verá que não poucos parlamentares diziam, clara e sonoramente, que estavam fazendo aquela lei para atender a um tipo de pressão, mas que o Supremo a derrubaria. É quase que uma perversão do sistema representativo. Vamos atender às pressões imediatas, mas o Supremo vai derrubar, porque ela é inconstitucional. Mas o prognóstico político não se confirmou e, gerou, então, nova controvérsia, pois o Supremo não confirmou aquela expectativa.

Contudo, no presente julgamento, nós temos outra singularidade: há um tipo de inércia legislativa relacionada a um dever de proteção de direitos fundamentais básicos, de direitos de minoria. Isso reivindica, então, a atuação da Corte. E me parece que a pretensão está formulada de maneira correta. Seria muito fácil responder que essa matéria deveria ser regulada por norma a ser editada pelo Congresso Nacional como única condição possível. Nós sabemos quais seriam os resultados, tal como tem ocorrido com tantas decisões que temos proferido em sede de mandado de injunção, por exemplo.

Neste caso, isto me parece muito claro, estamos a tratar de proteção dos direitos fundamentais. Sabemos – e isso foi dito de forma muito clara a partir de algumas sustentações da tribuna e também foi destacado no voto do Ministro Relator – que a falta de um modelo institucional que proteja essa relação estimula e incentiva o quadro de discriminação.

O limbo jurídico, aqui, inequivocamente, contribui para que haja um quadro de maior discriminação. Talvez contribua até mesmo para as práticas violentas que, de vez em quando, temos tido notícia em relação a essas pessoas. São práticas lamentáveis, mas que ocorrem.

Então, é dever de proteção do Estado e, *ultima ratio*, é dever da Corte Constitucional e da jurisdição constitucional dar essa proteção se, de alguma forma, ela não foi engendrada ou concebida pelo órgão competente.

Parece-me, conclusivamente, que não há exorbitância de nossa parte quando dizemos que a Corte está sendo chamada para decidir um caso que diz respeito aos direitos fundamentais e, no caso específico, de forma inequívoca, diz respeito a direitos de minoria.

Destaco, por fim, a importância da atuação do Tribunal em quadros semelhantes a este, quando, de fato, a nossa omissão representaria um agravamento no quadro de falta de proteção de minorias ou de desproteção de pessoas que estão tendo os seus direitos lesionados.

Neste ponto, ressalto uma passagem muito expressiva à qual já fiz menção quando discutimos o caso das células-tronco, a respeito do ensinamento de Robert Alexy, quando diz que "o parlamento representa o cidadão politicamente, **o tribunal constitucional o representa argumentativamente**". Cito, nesse sentido, a íntegra do raciocínio do filósofo e constitucionalista alemão:

> O princípio fundamental: "Todo poder estatal origina se do povo" exige compreender não só o parlamento, mas também o tribunal constitucional como representação do povo. A representação ocorre, decerto, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal argumentativamente. Com isso, deve ser dito que a representação do povo pelo tribunal constitucional tem um caráter mais idealístico do que aquela pelo parlamento. A vida cotidiana do funcionamento parlamentar oculta o perigo de que maiorias se imponham desconsideradamente, emoções determinem o acontecimento, dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidas faltas graves. Um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo senão, em nome do povo, contra seus representantes políticos. Ele não só faz valer negativamente que o processo político, segundo critérios jurídico-humanos e jurídico-fundamentais, fracassou, mas também exige positivamente que os cidadãos aprovem os argumentos do tribunal se eles aceitarem um discurso jurídico-constitucional racional. A representação argumentativa dá certo quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político. Isso é o caso, quando os argumentos do tribunal encontram eco na coletividade e nas instituições políticas, conduzem a reflexões e discussões que resultam em convencimentos examinados. Se um processo de reflexão entre coletividade, legislador e tribunal constitucional se estabiliza duradouramente, pode ser falado de uma institucionalização que deu certo dos direitos do homem no estado constitucional democrático. Direitos fundamentais e democracia estão reconciliados.
>
> (ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Trad. Luís Afonso Heck. In: *Revista Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 217: 55-66, jul./set. 1999.)

Então, com essas considerações, assentando, portanto, minhas divergências pontuais quanto à fundamentação e apontando a distinta perspectiva de leitura, mas, em convergência quanto ao resultado básico, acompanho o Relator.

Gostaria apenas de destacar, mais uma vez, o magnífico trabalho por ele realizado e, também, o de todos os votos aqui proferidos.

É como voto.

VOTO

(Aditamento)

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, devo uma explicação, uma satisfação ao Plenário, porque, quando atuo no Colegiado como vogal, costumo fazê-lo de improviso, deixando fluir o espírito, a alma, a partir de formação técnica e humanística. Mas a envergadura do tema, o interesse em um esclarecimento, em uma elucidação da sociedade como um grande todo, consideradas maiorias e minorias, levou-me, no caso, a redigir voto.

Acompanho o Relator quanto ao recebimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental como ação direta de inconstitucionalidade. O recebimento é parcial porque, em parte, o pedido ficou prejudicado.

Passo, então, a exteriorizar o convencimento a respeito desse momentoso e importantíssimo tema, ligado à extensão do instituto da união estável à relação homoafetiva.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Na assentada de ontem, proclamou-se o prejuízo parcial da ADPF 132, levando-se em conta a edição de lei estadual que implicou a extensão dos benefícios previstos nos arts. 19, incisos II e V, e 33, incisos I a X e parágrafo único, do Decreto-Lei 220, de 18 de julho de 1975, do Estado do Rio de Janeiro, aos servidores públicos civis que tenham constituído uniões homoafetivas. O pedido residual de reconhecimento de incompatibilidade entre as decisões administrativas e judiciais mencionadas na petição inicial e a Constituição Federal foi recebido como ação direta de inconstitucionalidade com mesmo objeto da ADI 4.277. Considerada a identidade de pedidos, articulo um único voto sobre o tema.

O pedido formulado pelo requerente é de aplicação do regime jurídico previsto no art. 1.723 do Código Civil às uniões entre pessoas do mesmo sexo com a intenção de instituir família. De acordo com a interpretação de alguns, o regime estaria limitado às uniões entre homem e mulher. O requerente articula com a violação aos princípios e às regras constitucionais atinentes à liberdade, igualdade, dignidade e segurança jurídica. Defende ser obrigação constitucional do poder público a aplicação analógica do regime da união estável às uniões homoafetivas.

Pois bem, eis o cerne da questão em debate: saber se a convivência pública, duradoura e com o ânimo de formar família, por pessoas de sexo igual deve ser admitida como entidade familiar à luz da Lei Maior, considerada a omissão legislativa. Em caso positivo, cabe a aplicação do regime previsto no art. 1.723 do Código Civil de 2002?

A corrente contrária a tal reconhecimento argumenta que o § 3º do art. 226 da Carta da República remete tão somente à união estável entre homem e mulher, o que se poderia entender como silêncio eloquente do constituinte no tocante à união entre pessoas de mesmo sexo. Além disso, o art. 1.723 do Código Civil de 2002 apenas repetiria a redação do texto constitucional, sem fazer referência à união homoafetiva, a revelar a dupla omissão, o que afastaria do âmbito de incidência da norma a união de pessoas de sexo igual.

Essa é a opinião que pode ser pinçada das decisões judiciais anexadas ao processo, compartilhada por Álvaro Villaça Azevedo ("União entre pessoas do mesmo sexo", *Direito de família e sucessões*, 2008, p. 17). Na mesma linha, a manifestação da Associação Eduardo Banks, admitida como amiga da Corte neste processo.

Daí a dificuldade hermenêutica: seria possível incluir nesse regime uma situação que não foi originalmente prevista pelo legislador ao estabelecer a premissa para a consequência jurídica? Não haveria transbordamento dos limites da atividade jurisdicional? A resposta à última questão, adianto, é desenganadamente negativa.

Em 19 de agosto de 2007, em artigo intitulado "A igualdade é colorida", publicado na *Folha de São Paulo*, destaquei o preconceito vivido pelos homossexuais. O índice de homicídios decorrentes da homofobia é revelador. Ao ressaltar a necessidade de atuação legislativa, disse, então, que são dezoito milhões de cidadãos considerados de segunda categoria: pagam impostos, votam, sujeitam-se a normas legais, mas, ainda assim, são vítimas preferenciais de preconceitos, discriminações, insultos e chacotas, sem que lei específica coíba isso. Em se tratando de homofobia, o Brasil ocupa o primeiro lugar, com mais de cem homicídios anuais cujas vítimas foram trucidadas apenas por serem homossexuais.

No fecho do artigo, fiz ver: felizmente, o aumento do número de pessoas envolvidas nas manifestações e nas organizações em prol da obtenção de visibilidade e, portanto, dos benefícios já conquistados pelos heterossexuais faz pressupor um quadro de maior compreensão no futuro. Mesmo a reboque dos países mais avançados, onde a união civil homossexual é reconhecida legalmente, o Brasil está vencendo a guerra desumana contra o preconceito, o que significa fortalecer o Estado Democrático de Direito, sem dúvida alguma, a maior prova de desenvolvimento social.

No campo da atividade jurisdicional, ao negar a suspensão de liminar pretendida na Pet. 1.984, embora por vários fundamentos, também acenei com a opinião ora veiculada.

Há não mais de sessenta anos, na Inglaterra, foi intensamente discutido se as relações homossexuais deveriam ser legalizadas. As conclusões ficaram registradas no relatório Wolfenden, de 1957. Vejam que apenas seis décadas nos separam de leis que previam a absoluta criminalização da sodomia, isso no país considerado um dos mais liberais e avançados do mundo. Em lados opostos no debate, estavam o renomado professor L. A. Hart e o magistrado Lorde Patrick Devlin. O primeiro

sustentava o respeito à individualidade e à autonomia privada e o segundo, a prevalência da moralidade coletiva, que à época repudiava relações sexuais entre pessoas de igual gênero (os pontos de vista estão expressos nas obras seguintes: H. L. A. Hart, *Law, Liberty and Morality*, 1963, e Patrick Devlin, *The enforcemente of morals*, 1966).

Em breve síntese, Devlin afirmou a necessidade de as leis refletirem o tecido básico de composição da sociedade, que é exatamente a moralidade comum. Sem a moralidade, asseverava, haveria a desintegração da sociedade, sendo tarefa do Direito impedir a produção desse resultado. Manifestou-se pela máxima liberdade possível na vida privada dos indivíduos, desde que os atos praticados não contrariassem esse preceito reputado singelo, de defesa do mínimo ético. Questionava a própria utilidade do direito à liberdade quando acionado para tomar decisões que eram sabidamente prejudiciais ao indivíduo e à sociedade. Não se furtava a dizer que ninguém via na homossexualidade um bom projeto de vida – de fato, essa era a opinião comum. Interrogado sobre o que deveria ser considerado moralidade, recorreu ao juízo de uma pessoa normal (*right-minded person*), o que foi criticado por Hart pela extrema vagueza. Afinal, o que é o juízo moral de uma pessoa comum?

Segundo Hart, tais visões imputadas à moralidade comum não passavam de preconceito resultante da ignorância, do medo e da incompreensão, sentimentos incompatíveis com a racionalidade que deve ser inerente à ciência jurídica. Apontou quatro razões para refutar a posição de Devlin. Primeira: punir alguém é lhe causar mal, e, se a atitude do ofensor não causou mal a ninguém, carece de sentido a punição. Em outras palavras, as condutas particulares que não afetam direitos de terceiros devem ser reputadas dentro da esfera da autonomia privada, livres de ingerência pública. Segunda razão: o livre arbítrio também é um valor moral relevante. Terceira: a liberdade possibilita o aprendizado decorrente da experimentação. Quarta: as leis que afetam a sexualidade individual acarretam mal aos indivíduos a ela submetidos, com gravíssimas consequências emocionais.

Ao longo do tempo, os argumentos de Hart acabaram por prevalecer, ao menos relativamente à descriminalização da sodomia.

Já se concluiu que o Direito sem a moral pode legitimar atrocidades impronunciáveis, como comprovam as Leis de Nuremberg, capitaneadas pelo Partido Nazista, que resultaram na exclusão dos judeus da vida alemã (In: *Enciclopédia do Holocausto, United States Holocaust Museum*, disponível em http://www.ushmm.org/). A ciência do Direito moralmente asséptica almejada por Hans Kelsen – a denominada teoria pura do Direito – desaguou na obediência cega à lei injusta, e a história já revelou o risco de tal enfoque. O Direito, por ser fruto da cultura humana, não pode buscar a pureza das ciências naturais, embora caiba perseguir a objetividade e a racionalidade possíveis.

Por outro lado, o Direito absolutamente submetido à moral prestou serviços à perseguição e à injustiça, como demonstram episódios da Idade Média, quando uma religião específica capturou o discurso jurídico para se manter hegemônica.

Como se sabe, as condenações dos Tribunais da Santa Inquisição eram cumpridas por agentes do próprio Estado - que também condenava os homossexuais, acusados de praticar a sodomia ou o "pecado nefando" que resultou, para alguns, na destruição divina da cidade de Sodoma, conforme é interpretada a narrativa bíblica. O jurista espanhol Gregório Peces-Barba Martínez (*Curso de Derechos Fundamentales: teoría general*, 1991, p. 32) assinala que a separação entre Direito e moral constitui uma das grandes conquistas do Iluminismo, restaurando-se a racionalidade sobre o discurso jurídico, antes tomado pelo obscurantismo e imiscuído com a moral religiosa.

Em síntese, se não é possível conceber o Direito e a moral como duas esferas independentes, como queria Kelsen, também não se pode adotar a teoria dos círculos concêntricos, preconizada por Jeremy Bentham (citado por Paulo Nader, *Introdução ao estudo do Direito*, 2010, p. 42), que considera a ordem jurídica inteiramente circunscrita ao campo da moral. Moral e Direito devem ter critérios distintos, mas caminhar juntos. O Direito não está integralmente contido na moral, e vice-versa, mas há pontos de contato e aproximação.

É fácil notar a influência da moral no Direito, por exemplo, em institutos como o casamento - no direito de família - e em tipos penais, como eram muitos dos denominados "crimes contra os costumes", os quais têm origem comum em sentimentos morais e religiosos. A afirmação peremptória de que o discurso jurídico não pode, sob nenhuma condição, incorporar razões morais para justificar proibições, permissões ou formatar instituições mostra-se equivocada, caso contrário a própria referência constitucional ao princípio da moralidade, presente no art. 37, cabeça, da Carta Federal, haveria de ser tachada de ilegítima. Essa constatação, porém, não afasta outra: é incorreta a prevalência, em todas as esferas, de razões morais ou religiosas. Especificamente quanto à religião, não podem a fé e as orientações morais dela decorrentes ser impostas a quem quer que seja e por quem quer que seja. As garantias de liberdade religiosa e do Estado Laico impedem que concepções morais religiosas guiem o tratamento estatal dispensado a direitos fundamentais, tais como o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à autodeterminação, o direito à privacidade e o direito à liberdade de orientação sexual.

A ausência de aprovação dos diversos projetos de lei que encampam a tese sustentada pelo requerente, descontada a morosidade na tramitação, indica a falta de vontade coletiva quanto à tutela jurídica das uniões homoafetivas. As demonstrações públicas e privadas de preconceito em relação à orientação sexual, tão comuns em noticiários, revelam a dimensão do problema.

A solução, de qualquer sorte, independe do legislador, porquanto decorre diretamente dos direitos fundamentais, em especial do direito à dignidade da pessoa humana, sob a diretriz do art. 226 e parágrafos da Carta da República de 1988, no que permitiu a reformulação do conceito de família.

O reconhecimento de efeitos jurídicos às uniões estáveis representa a

superação dos costumes e convenções sociais que, por muito tempo, embalaram o Direito Civil, notadamente o direito de família. A união de pessoas com o fim de procriação, auxílio mútuo e compartilhamento de destino é um fato da natureza, encontra-se mesmo em outras espécies. A família, por outro lado, é uma construção cultural. Como esclarece Maria Berenice Dias (*Manual de direito das famílias*, 2010, p. 28), no passado, as famílias formavam-se para fins exclusivos de procriação, considerada a necessidade do maior número possível de pessoas para trabalhar em campos rurais. Quanto mais membros, maior a força de trabalho, mais riqueza seria possível extrair da terra. Os componentes da família organizavam-se hierarquicamente em torno da figura do pai, que ostentava a chefia da entidade familiar, cabendo aos filhos e à mulher posição de subserviência e obediência. Esse modelo patriarcal, fundado na hierarquia e no patrimônio oriundo de tempos imemoriais, sofreu profundas mudanças ao tempo da revolução industrial, quando as indústrias recém-nascidas passaram a absorver a mão de obra nos centros urbanos. O capitalismo exigiu a entrada da mulher no mercado de trabalho, modificando para sempre o papel do sexo feminino nos setores públicos e privados. A aglomeração de pessoas em espaços cada vez mais escassos nas cidades agravou os custos de manutenção da prole, tanto assim que hoje se pode falar em família nuclear, em contraposição à família extensa que existia no passado.

As modificações pelas quais a família passou não impediram a permanência de resquícios do modelo antigo, os quais perduraram – e alguns ainda perduram – até os dias recentes. Faço referência a países em que ainda há a proeminência do homem sobre a mulher, como ocorre no Oriente Médio, e os casamentos arranjados por genitores – feito por interesses deles e não dos nubentes –, que continuam a ter vez em determinadas áreas da Índia.

Especificamente no Brasil, o Código Civil de 1916 atribuía efeitos jurídicos somente à família tradicional, consumada pelo matrimônio entre homem e mulher, em vínculo indissolúvel. Família era apenas uma: aquela resultante do matrimônio. Os relacionamentos situados fora dessa esfera estavam fadados à invisibilidade jurídica, quando não condenados à pecha da ilicitude, rotulados com expressões pouco elogiosas – lembrem se dos filhos adulterinos, amásias e concubinas.

A situação foi mudando gradualmente. Primeiro, com a edição da Lei 4.121/1962 – Estatuto da Mulher Casada, que atribuiu capacidade de fato à mulher, admitindo-lhe ainda a administração dos bens reservados. Em seguida, o divórcio, implementado pela Emenda Constitucional 9/1977 e pela Lei 6.515/1977, modificou definitivamente o conceito de família, ficando reconhecidas a dissolução do vínculo e a formação de novas famílias.

O processo evolutivo encontrou ápice na promulgação da Carta de 1988. O Diploma é o marco divisor: antes dele, família era só a matrimonial, com ele, veio a democratização – o reconhecimento jurídico de outras formas familiares.

Segundo Gustavo Tepedino: "A Constituição da República traduziu a

nova tábula de valores da sociedade, estabeleceu os princípios fundamentais do ordenamento jurídico e, no que concerne às relações familiares, alterou radicalmente os paradigmas hermenêuticos para a compreensão dos modelos de convivência e para a solução dos conflitos intersubjetivos na esfera da família" ("A legitimidade constitucional das famílias formadas por uniões de pessoa do mesmo sexo", *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, números 22 e 23, p. 91). Maria Berenice Dias afirma que "agora não se exige mais a tríplice identidade: família-sexo-procriação" (*União homoafetiva*, 2009, p. 178). É inegável: ela tem razão.

O § 5º do art. 226 da Constituição Federal equiparou homens e mulheres nos direitos e deveres conjugais, determinando a mais absoluta igualdade também no interior da família. O § 4º do mencionado dispositivo admitiu os efeitos jurídicos das denominadas famílias monoparentais, formadas por apenas um dos genitores e os filhos. Por fim, o § 3º desse artigo expressamente impôs ao Estado a obrigatoriedade de reconhecer os efeitos jurídicos às uniões estáveis, dando fim à ideia de que somente no casamento é possível a instituição de família.

Revela-se, então, a modificação paradigmática no direito de família. Este passa a ser o direito "das famílias", isto é, das famílias plurais, e não somente da família matrimonial, resultante do casamento. Em detrimento do patrimônio, elegeram-se o amor, o carinho e a afetividade entre os membros como elementos centrais de caracterização da entidade familiar. Alterou-se a visão tradicional sobre a família, que deixa de servir a fins meramente patrimoniais e passa a existir para que os respectivos membros possam ter uma vida plena comum. Abandonou-se o conceito de família enquanto "instituição-fim em si mesmo", para identificar nela a qualidade de instrumento a serviço da dignidade de cada partícipe, como defende Guilherme Calmon Nogueira da Gama (*Direito de família e o novo Código Civil*, p. 93, citado por Maria Berenice Dias, *Manual de direito das famílias*, 2010, p. 43).

Consoante Pietro Pierlingieri, a "família não fundada no casamento é, portanto, ela mesma uma formação social potencialmente idônea ao desenvolvimento da personalidade dos seus componentes e, como tal, orientada pelo ordenamento a buscar a concretização desta função" (*O direito civil na legalidade constitucional*, 2008, p. 989). Se o reconhecimento da entidade familiar depende apenas da opção livre e responsável de constituição de vida comum para promover a dignidade dos partícipes, regida pelo afeto existente entre eles, então não parece haver dúvida de que a Constituição Federal de 1988 permite seja a união homoafetiva admitida como tal. Essa é a leitura normativa que faço da Carta e dos valores por ela consagrados, em especial das cláusulas contidas nos arts. 1º, inciso III, 3º, incisos II e IV, e 5º, cabeça e inciso I.

Percebam que a transformação operada pela atual Constituição não se resumiu ao direito de família. A partir de 1988, ocorreu a ressignificação do ordenamento jurídico. Como é cediço, compete aos intérpretes efetuar a filtragem constitucional dos institutos previstos na legislação infraconstitucional. Esse fenômeno denominado "constitucionalização do Direito", na expressão de uso

mais corriqueiro, revela que não podemos nos ater ao dogmatismo ultrapassado, que então prevalecia no Direito Civil.

Esse ramo do Direito voltou-se à tutela das situações jurídico-existenciais e, apenas em caráter secundário, às situações jurídico-patrimoniais. O Direito Civil é possivelmente o ramo da ciência jurídica mais afetado pela inserção do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, porquanto estampa diretamente os costumes e os valores da sociedade, razão pela qual tantas vezes o Código Civil é rotulado como "a Constituição do homem comum".

O Direito Civil, sabemos, restringia-se ao "ter". O titular da propriedade era o grande destinatário das normas do Direito Civil, e a propriedade era o direito por excelência. O direito de família oriundo do Código Bevilácqua concernia a questões patrimoniais.

O Direito Civil, na expressão empregada por Luiz Edson Fachin, sofreu uma "virada de Copérnico", foi constitucionalizado e, por consequência, desvinculado do patrimônio e socializado. A propriedade e o proprietário perderam o papel de centralidade nesse ramo da ciência jurídica, dando lugar principal à pessoa. É o direito do "ser", da personalidade, da existência.

Relegar as uniões homoafetivas à disciplina da sociedade de fato é não reconhecer essa modificação paradigmática no Direito Civil levada a cabo pela Constituição da República. A categoria da sociedade de fato reflete a realização de um empreendimento conjunto, mas de nota patrimonial, e não afetiva ou emocional. Sociedade de fato é sociedade irregular, regida pelo art. 987 e seguintes do Código Civil, de vocação empresarial. Sobre o tema, Carvalho de Mendonça afirmava que as sociedades de fato são aquelas afetadas por vícios que as inquinam de nulidade, e são fulminadas por isso com o decreto de morte (*Tratado de direito comercial brasileiro*, 2001, p. 152 e 153). Para Rubens Requião, "convém esclarecer que essas entidades – sociedades de fato e sociedades irregulares – não perdem a sua condição de sociedades empresárias" (*Curso de direito comercial*, 2010, p. 444). Tanto assim que as dissoluções de sociedades de fato são geralmente submetidas à competência dos Juízos cíveis, e não dos Juízos de família. Nada mais descompassado com a essência da união homoafetiva, a revelar o propósito de compartilhamento de vida, e não de obtenção de lucro ou de qualquer outra atividade negocial.

A homoafetividade é um fenômeno que se encontra fortemente visível na sociedade. Como salientado pelo requerente, inexiste consenso quanto à causa da atração pelo mesmo sexo, se genética ou se social, mas não se trata de mera escolha. A afetividade direcionada a outrem de gênero igual compõe a individualidade da pessoa, de modo que se torna impossível, sem destruir o ser, exigir o contrário. Insisto: se duas pessoas de igual sexo se unem para a vida afetiva comum, o ato não pode ser lançado a categoria jurídica imprópria. A tutela da situação patrimonial é insuficiente. Impõe-se a proteção jurídica integral, qual seja, o reconhecimento do regime familiar. Caso contrário,

conforme alerta Daniel Sarmento ("Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais". In: *Igualdade, diferenças e direitos humanos*, 2008, p. 644), estar-se-á a transmitir a mensagem de que o afeto entre elas é reprovável e não merece o respeito da sociedade, tampouco a tutela do Estado, o que viola a dignidade dessas pessoas, que apenas buscam o amor, a felicidade, a realização.

Se as decisões judiciais que permitiram o reconhecimento das sociedades de fato entre pessoas do mesmo sexo representaram inegável avanço quando foram proferidas, atualmente elas apenas reproduzem o preconceito e trazem à balha o desprezo à dignidade da pessoa humana. Igualmente, os primeiros pronunciamentos que reconheceram aos heterossexuais não casados direitos sucessórios com fundamento na sociedade de fato foram celebrados como inovações jurídicas. Nos dias de hoje, esses atos judiciais estariam em franca incompatibilidade com a Constituição e mesmo com a moralidade comum.

O princípio da dignidade da pessoa humana ostenta a qualidade de fundamento maior da República. É também mencionado no art. 226, § 7º, onde figura como princípio inerente ao planejamento familiar, e nos arts. 227 e 230, quando da referência ao dever da família, da comunidade e do Estado de assegurarem, respectivamente, a dignidade da criança e do idoso. As opiniões doutrinárias asseveram tratar-se do "valor dos valores", do "ponto de Arquimedes no Estado constitucional" (Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, 2002, p. 81), de modo que a importância enquanto fonte autônoma de obrigações e direitos não pode ser negligenciada.

A unidade de sentido do sistema de direitos fundamentais encontra-se no princípio da dignidade humana, porque aqueles existem exatamente em função da necessidade de garantir a dignidade do ser humano. A dificuldade de extrair o exato significado da expressão "dignidade humana" conduz à conclusão de que os órgãos investidos de legitimidade democrático-eleitoral devem ter papel destacado nesse mister, mas não impede o reconhecimento de uma "zona de certeza positiva" no tocante aos elementos essenciais do conceito.

A proibição de instrumentalização do ser humano compõe o núcleo do princípio, como bem enfatizado pelo requerente. Ninguém pode ser funcionalizado, instrumentalizado, com o objetivo de viabilizar o projeto de sociedade alheio, ainda mais quando fundado em visão coletiva preconceituosa ou em leitura de textos religiosos. A funcionalização é uma característica típica das sociedades totalitárias, nas quais o indivíduo serve à coletividade e ao Estado, e não o contrário. As concepções organicistas das relações entre indivíduo e sociedade, embora ainda possam ser encontradas aqui e acolá, são francamente incompatíveis com a consagração da dignidade da pessoa humana.

Incumbe a cada indivíduo formular as escolhas de vida que levarão ao desenvolvimento pleno da personalidade. A Corte Interamericana de Direitos Humanos há muito reconhece a proteção jurídica conferida ao projeto de

vida (v. Loayza Tamayo *versus* Peru, Cantoral Benavides *versus* Peru), que indubitavelmente faz parte do conteúdo existencial da dignidade da pessoa humana. Sobre esse ponto, consignou Antônio Augusto Cançado Trindade no caso *Gutiérrez Soler* versus *Colômbia*, julgado em 12 de setembro de 2005:

> Todos vivemos no tempo, que termina por nos consumir. Precisamente por vivermos no tempo, cada um busca divisar seu projeto de vida. O vocábulo "projeto" encerra em si toda uma dimensão temporal. O projeto de vida tem, assim, um valor essencialmente existencial, atendo-se à ideia de realização pessoal integral. É dizer, no marco da transitoriedade da vida, a cada um cabe proceder às opções que lhe pareçam acertadas, no exercício da plena liberdade pessoal, para alcançar a realização de seus ideais. A busca da realização do projeto de vida desvenda, pois, um alto valor existencial, capaz de dar sentido à vida de cada um.
> (Tradução livre.)

O Estado existe para auxiliar os indivíduos na realização dos respectivos projetos pessoais de vida, que traduzem o livre e pleno desenvolvimento da personalidade. O Supremo já assentou, numerosas vezes, a cobertura que a dignidade oferece às prestações de cunho material, reconhecendo obrigações públicas em matéria de medicamento e creche, mas não pode olvidar a dimensão existencial do princípio da dignidade da pessoa humana, pois uma vida digna não se resume à integridade física e à suficiência financeira. A dignidade da vida requer a possibilidade de concretização de metas e projetos. Daí se falar em dano existencial quando o Estado manieta o cidadão nesse aspecto. Vale dizer: ao Estado é vedado obstar que os indivíduos busquem a própria felicidade, a não ser em caso de violação ao direito de outrem, o que não ocorre na espécie.

Certamente, o projeto de vida daqueles que têm atração pelo mesmo sexo resultaria prejudicado com a impossibilidade absoluta de formar família. Exigir-lhes a mudança na orientação sexual para que estejam aptos a alcançar tal situação jurídica demonstra menosprezo à dignidade. Esbarra ainda no óbice constitucional ao preconceito em razão da orientação sexual.

Consubstancia objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV do art. 3º da Carta Federal). Não é dado interpretar o arcabouço normativo de maneira a chegar-se a enfoque que contrarie esse princípio basilar, agasalhando-se preconceito constitucionalmente vedado. Mostra-se inviável, porque despreza a sistemática integrativa presentes princípios maiores, a interpretação isolada do art. 226, § 3º, também da Carta Federal, no que revela o reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, até porque o dispositivo não proíbe esse reconhecimento entre pessoas de gênero igual.

No mais, ressalto o caráter tipicamente contramajoritário dos direitos fundamentais. De nada serviria a positivação de direitos na Constituição, se eles fossem lidos em conformidade com a opinião pública dominante. Ao assentar a prevalência de direitos,

mesmo contra a visão da maioria, o Supremo afirma o papel crucial de guardião da Carta da República, como o fez no julgamento do RE 633.703, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, quando declarou a inconstitucionalidade da aplicação da "Lei da Ficha Limpa" às eleições de 2010, por desarmonia com o disposto no art. 16 da Carta Federal. Assim já havia procedido em outras oportunidades, tal como na ADI 1.351/DF, de minha relatoria, relativamente aos pequenos partidos políticos, no célebre caso "Cláusula de Barreira".

Com base nesses fundamentos, concluo que é obrigação constitucional do Estado reconhecer a condição familiar e atribuir efeitos jurídicos às uniões homoafetivas. Entendimento contrário discrepa, a mais não poder, das garantias e direitos fundamentais, dá eco a preconceitos ancestrais, amesquinha a personalidade do ser humano e, por fim, desdenha o fenômeno social, como se a vida comum com intenção de formar família entre pessoas de sexo igual não existisse ou fosse irrelevante para a sociedade.

Quanto à equiparação das uniões homoafetivas ao regime das uniões estáveis, previsto no art. 1.723 do Código Civil de 2002, o óbice gramatical pode ser contornado com o recurso a instrumento presente nas ferramentas tradicionais de hermenêutica. Não é recente a evolução doutrinária relativa à teoria das normas jurídicas, nas quais se ampliou a compreensão da função e do papel dos princípios no ordenamento jurídico. Ana Paula de Barcellos (*A eficácia dos princípios constitucionais*, 2010) relembra que os princípios são dotados de múltiplas possibilidades de eficácia jurídica, destacando-se a utilização como vetor hermenêutico-interpretativo. Casos há em que os princípios possuem eficácia positiva, o que ocorre precisamente quando o núcleo essencial de sentido deles é violado. Por isso Celso Antônio Bandeira de Mello, em *Elementos de direito administrativo*, 1980, p. 104, ressalta:

> Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Extraio do núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana a obrigação de reconhecimento das uniões homoafetivas. Inexiste vedação constitucional à aplicação do regime da união estável a essas uniões, não se podendo vislumbrar silêncio eloquente em virtude da redação do § 3º do art. 226. Há, isso sim, a obrigação constitucional de não discriminação e de respeito à dignidade humana, às diferenças, à liberdade de orientação sexual, o que impõe o tratamento equânime entre homossexuais e heterossexuais. Nesse contexto, a literalidade do art. 1.723 do Código Civil está muito aquém do que consagrado pela Carta de 1988. Não retrata fielmente o propósito constitucional de reconhecer direitos a grupos minoritários.

Por isso, Senhor Presidente, julgo procedente o pedido formulado para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 1.723 do Código Civil, veiculado pela Lei 10.406/2002, a fim de declarar a aplicabilidade do regime da união estável às uniões entre pessoas de sexo igual.

VOTO

O Sr. Ministro Celso de Mello: **Quero destacar**, *antes de mais nada*, Senhor Presidente, o *magnífico* voto **proferido** pelo eminente Ministro AYRES BRITTO, Relator **da presente** causa, *bem assim* **registrar** a *excelência* dos pronunciamentos dos eminentes Juízes desta Suprema Corte **que me precederam** neste julgamento, **além de ressaltar** as *valiosíssimas* sustentações orais aqui produzidas, *seja* pelas partes, *seja* pelos terceiros que intervieram como "*amici curiae*".

Também não posso deixar de aludir à *primorosa peça processual*, **da lavra** da eminente Dra. DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA, que, **agindo** na condição de Procuradora Geral da República, *em exercício*, **propiciou** o exame, **por parte** deste Tribunal, de uma *relevantíssima* questão de índole constitucional.

I. A intervenção do "*amicus curiae*": fator de pluralização do debate constitucional e resposta à questão da legitimidade democrática das decisões do Supremo Tribunal Federal

Com a efetiva atuação das partes **e**, *ainda*, **com a intervenção** *de diversas* entidades e instituições *representativas* da sociedade civil, **pluralizou-se** o debate constitucional em torno da matéria ora em julgamento (**ADI 2.321MC/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*) **e permitiu-se** que o Supremo Tribunal Federal dispusesse de todos os elementos necessários à resolução da controvérsia, **viabilizando-se**, *com tal abertura procedimental*, **a superação** da grave questão **pertinente** à *legitimidade democrática* das decisões **emanadas** desta Corte (GUSTAVO BINENBOJM, "**A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira**", 2. ed., 2004, Renovar; ANDRÉ RAMOS TAVARES, "**Tribunal e Jurisdição Constitucional**", p. 71/94, 1998, Celso Bastos Editor; ALEXANDRE DE MORAES, "**Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**", p. 64/81, 2000, Atlas; DAMARES MEDINA, "**Amicus Curiae: Amigo da Corte ou Amigo da Parte?**", 2010, Saraiva, *v.g.*), **quando no exercício** de seu *extraordinário poder* de efetuar, *em abstrato*, o controle concentrado de constitucionalidade.

Este Supremo Tribunal, **no desempenho** da jurisdição constitucional, **qualifica-se** – *tal como salienta* o eminente Ministro GILMAR MENDES ("**Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**", p. 503/504, 2. ed., 1999, Celso Bastos Editor) – **como** "*mediador entre as diferentes forças com legitimação no processo constitucional*", *em ordem a pluralizar*, **em abordagem** que deriva *da abertura material* da Constituição, **o próprio debate** em torno do litígio constitucional (INOCÊNCIO

MÁRTIRES COELHO, "**As Ideias de Peter Häberle e a Abertura da Interpretação Constitucional no Direito Brasileiro**", "*in*" **RDA** 211/125-134, 133), **conferindo-se**, *desse modo*, **expressão** real **e** efetiva ao princípio democrático, **tudo** para que **não** se instaure, **no âmbito** do controle normativo abstrato, **um indesejável** *deficit* de legitimidade das decisões que o Supremo Tribunal Federal **profere** no exercício, *em abstrato*, dos poderes **inerentes** à jurisdição constitucional.

É, *portanto*, **nesse papel** de intermediário **entre** as *diferentes* forças que se antagonizam na presente causa que o Supremo Tribunal Federal **atua** neste julgamento, **considerando**, *de um lado*, **a transcendência** da questão constitucional suscitada neste processo (*bem assim* os valores essenciais **e** relevantes ora em exame), **e tendo em vista**, *de outro*, **o sentido legitimador** da intervenção de representantes da sociedade civil, *a quem se ensejou*, **com especial destaque** para grupos minoritários, **a possibilidade** de, *eles próprios*, oferecerem *alternativas* para a interpretação constitucional **no que se refere** aos pontos em torno dos quais se instaurou a controvérsia jurídica.

Feitas tais considerações, **passo a examinar**, Senhor Presidente, a *relevantíssima* questão constitucional ora em julgamento, **pedindo licença**, *no entanto*, para breve digressão histórica **em torno** do tema **subjacente** à presente causa.

II. A repressão ao "*pecado nefando*": do "*Liber Terribilis*" das Ordenações do Reino ao vigente Código Penal Militar

Se *revisitarmos* a legislação reinol que Portugal impôs ao Brasil em nosso período colonial, **e** *analisarmos* as punições cominadas no *Livro V* das Ordenações do Reino, **conhecido** como "*liber terribilis*", **tal o modo compulsivo** com que esse estatuto régio *prodigalizava* a pena de morte, **iremos constatar** *a maneira cruel* (**e terrivelmente impiedosa**) com que as autoridades da Coroa perseguiram **e** reprimiram os homossexuais.

É interessante observar *que as Ordenações do Reino* – as Ordenações Afonsinas (1446), as Ordenações Manuelinas (1521) **e** as Ordenações Filipinas (1603) –, **marcadas** por *evidente hostilidade* aos atos de sodomia, **também** qualificada como "*pecado nefando*" (**ou**, *na expressão literal* daqueles textos legislativos, **como** "*cousa indigna de se exprimir com palavras: cousa da qual não se pode fallar sem vergonha*", **cominaram** *sanções gravíssimas* que viabilizavam, *até mesmo*, a imposição do "*supplicium extremum*" **aos autores** dessas práticas sexuais **tidas** por "*desviantes*", **como revela** VERONICA DE JESUS GOMES, **em Dissertação** de Mestrado ("**Vício dos Clérigos: A Sodomia nas Malhas do Tribunal do Santo Ofício de Lisboa**", Niterói, UFF, 2010):

> ***As "Ordenações" do Reino português foram rigorosas no julgamento do pecado/crime ao preverem penas bastante severas aos sodomitas,*** *incluindo a morte,* ***como já assinalavam,*** *no século XV,* ***as "Ordenações Afonsinas". A pena capital*** *foi confirmada pelas leis posteriores,* ***quando houve*** *melhor sistematização e recrudescimento das regras penais.* ***As "Ordenações Manuelinas"*** *(1514/1521)* ***mantiveram a fogueira*** *para os transgressores,*

equipararam o crime de sodomia ao de lesa-majestade, ou seja, quem cometesse um ato sodomítico sofreria as mesmas sanções de quem traísse a pessoa do rei ou o seu real estado, declarando que "todos seus bens sejam confiscados pera a Coroa dos Nossos Reynos (...), assi propriamente como os daquelles, que cometem o crime da lesa Magestade contra seu Rey e Senhor".

Além disso, condenou seus filhos e descendentes à infâmia, proibindo-lhes a ocupação de cargos públicos, além de incitar a delação, prometendo um terço da fazenda dos acusados aos que apontassem culpados, "em segredo ou em público". Aquele que soubesse de algum "desviante" e não o delatasse, qualquer que fosse sua pessoa, teria todos os bens confiscados e seria degredado para sempre dos reinos e senhorios portugueses.

Quanto aos parceiros dos sodomitas, o Código Manuelino previa que, em caso de delação, que culminasse na prisão do acusado, lhe fosse perdoada toda pena cível, "e crime contheuda nesta Ordenaçam; (...)". As disposições ali registradas valiam tanto para os que pecaram antes de sua promulgação quanto para os que, porventura, cometessem o dito crime dali em diante.

As regras valiam também para a sodomia feminina, que, a partir de então, passou a configurar-se como um crime julgado pelas ordenações régias. (...)

As Ordenações Filipinas (1603) confirmaram a pena capital aos sodomitas de qualquer qualidade, incluídas as mulheres, mantendo o confisco de bens e a infâmia de seus descendentes, da mesma maneira que o estabelecido para os que cometessem o crime de lesa-majestade. Os delatores agora teriam direito à metade da fazenda do culpado. Em caso de delatados despossuídos, a Coroa pagaria cem cruzados ao "descobridor", quantia que seria devida apenas em caso de prisão do sodomita. Da mesma forma que as Manuelinas, condenavam ao confisco total de bens e ao degredo perpétuo os que não colaborassem com a justiça e reafirmavam a indulgência perante os que delatassem os parceiros.

(...)

Esse código legislativo apresentou inovações que merecem ser destacadas. O discurso persecutório às práticas homoeróticas parece recrudescer. A molície entre pessoas do mesmo sexo, que não constava nas duas primeiras ordenações, passou a ser punida gravemente com a pena do degredo para as galés "e outras penas extraordinárias, segundo o modo e perseverancia do pecado":

(...)

Duas testemunhas de diferentes atos de molície eram requeridas para que o delito fosse provado e o legislador se preocupou com a identidade das testemunhas, que não deveriam ter seus nomes revelados, mas segundo o arbítrio do julgador. Até então, não havia preocupação quanto às carícias homoeróticas por parte da legislação régia. As "Ordenações Afonsinas" observaram apenas os atos sodomíticos em si e as "Ordenações Manuelinas" incluíram as mulheres, a bestialidade (praticada por ambos), além do uso de roupas de homens por mulheres e vice-versa. Nos Códigos Filipinos, ainda que os "tocamentos desonestos" não fossem o bastante para comprovar o delito, passaram a ser gravemente punidos com o degredo para as galés ou outras penas, dependendo

da contumácia e pertinácia do indivíduo.

***Outro aspecto que merece ser ressaltado é a introdução da tortura no título referente à sodomia. Sempre** que houvesse culpados ou indícios de culpa, que, **conforme** o Direito, **bastassem, o sujeito era enviado para o tormento**, para que revelasse os parceiros e quaisquer outras pessoas **que tivessem cometido sodomia ou soubessem** de sua prática. **A tortura de réus** negativos **ou** "vacilantes" **foi um procedimento judiciário comum** nos códigos legislativos europeus. (...)*

***Em Portugal, a preocupação** com a utilização da técnica **como forma de arrancar** as confissões **era tamanha** que as "Ordenações Manuelinas" **aconselhavam** que não fossem aplicadas seguidas sessões de tormento ao mesmo réu, para que, com "medo da dor", ratificasse uma falsa confissão. (...)*

***As três "Ordenações" não foram os únicos códigos legislativos portugueses** que censuraram e penalizaram sodomitas e praticantes de molície. **As chamadas "Leis Extravagantes" também tiveram o mesmo objetivo. Em 09 de março de 1571**, uma "Lei Extravagante", **promulgada** por D. Sebastião, **ditava** que "as Pessoas, que com outras do mesmo sexo commetterem o peccado de mollicie, serão castigadas gravemente com o degredo de Galés, e outras penas extraordinárias, segundo o modo e perseverança do pecado". **Em 1606**, o rei Felipe II **ratificou** a lei de D. Sebastião **contra** a molície, **em que se determinava** que os culpados fossem presos e, sendo peões, recebessem a pena vil do açoite com baraço e pregão, devendo ser degredados por sete anos para as galés. Em caso de pessoas de "melhor qualidade", seriam degredadas para Angola, sem remissão. **Todavia, os reincidentes mais devassos e escandalosos** poderiam ser condenados à morte, "**perdendo** as famílias nobres sua dignidade e privilégios".*
(Grifei.)

A atividade persecutória que a Coroa real portuguesa **promoveu** contra os homossexuais, em Portugal **e** em seus domínios ultramarinos, **intensificou se**, *ainda mais*, **com o processo** de expansão colonial lusitana, **a ponto** de El-Rei D. Sebastião, **preocupado** com as relações homossexuais **entre** portugueses **e** os povos por estes conquistados, **haver editado** *a Lei sobre o Pecado de Sodomia*, **como assinala** o ilustre Antropólogo **e** Professor LUIZ MOTT (**"Relações Raciais entre Homossexuais no Brasil Colonial"**).

Naquela fase de nosso processo histórico, *no entanto*, **não foram apenas** as autoridades *seculares* que dispensaram esse *duríssimo* tratamento aos homossexuais. *Também a Igreja*, **a partir** de 1553 (**como informa** RONALDO VAINFAS, **em sua obra** "*Confissões da Bahia*"), **reprimiu os e puniu-os**, *severamente*, em nosso País, **como se vê** dos documentos que registram a atuação *do Santo Ofício* no Brasil, **como aqueles que se referem**, *por exemplo*, à Primeira Visitação do Santo Ofício (1591) **e que teve**, à sua frente, o Inquisidor Heitor Furtado de Mendonça, **consoante relata** MINISA NOGUEIRA NAPOLITANO ("*A Sodomia Feminina na Primeira Visitação do Santo Ofício ao Brasil*"):

> ***As punições previstas em tais leis tinham**, sobretudo, **a finalidade** de suscitar o medo, explicitar a norma e dar o exemplo a todos aqueles que assistissem às sentenças e às penas sofridas pelos culpados, **fossem humilhações** perante todo*

*o público, **fosse** a flagelação do seu corpo **ou**, até mesmo, **a morte na fogueira**, chamada de pena capital. **Essas punições** possuíam menos o intuito de punir os culpados **do que espalhar** o terror, a coerção, o receio. **Elas espalhavam** um verdadeiro temor, **fazendo** com que as pessoas que presenciassem esses espetáculos punitivos examinassem suas consciências, refletissem acerca de seus delitos. **O ritual punitivo era uma cerimônia política** de reativação do poder e da lei do monarca.*

*A **sodomia** propriamente dita, **segundo o livro Quinto** das Ordenações Filipinas, **se equiparava ao de lesa-majestade** e se estendia **tanto** aos homens **quanto** às mulheres **que cometessem** o pecado contra a natureza. **Todos** os culpados **seriam queimados e feitos por fogo em pó, seus bens confiscados** para a coroa **e seus filhos e netos** seriam tidos como infames e inábeis.*
(Grifei.)

Embora a atuação do Tribunal do Santo Ofício **somente** tenha ocorrido **no final** do Século XVI, *com a sua Primeira Visitação* à Bahia (1591), **o fato** é que, *culminando* um processo de negociações diplomáticas **iniciadas**, *ainda*, sob D. Manuel I, *o Venturoso*, **a Inquisição** *foi instituída*, em Portugal, **no reinado** de D. João III, pelo Romano Pontífice, Paulo III, **que promulgou** a Bula "*Cum ad nihil magis*", de 23-5-1536, **que restaurou** *anterior* documento pontifício, **com igual** denominação **e** finalidade, **editado**, em 1531, pelo Papa Clemente VII.

Esse evento, *analisado* por diversos autores (PEDRO CARDIM, "**Religião e Ordem Social**", "*in*" Revista de História das Ideias, Coimbra, 2001; FRANCISCO BETHENCOURT, "**Os Equilíbrios Sociais do Poder**", "*in*" História de Portugal, **organizada** por José Mattoso, 1993, Lisboa, Estampa, *v.g.*), **refletiu**, *naquele momento histórico*, **a forte influência** resultante do Concílio de Trento (1545 1563), **cujas deliberações** – as denominadas *resoluções tridentinas* – **exacerbaram**, *ainda mais*, **a reação hostil** *ao comportamento homossexual*, **valendo rememorar**, *por oportuno*, **o registro** feito por VERONICA DE JESUS GOMES (*op. cit.*):

***Marcado por "um entendimento da realeza onde o religioso e o político surgem lado a lado, chegando mesmo a interpenetrar-se", o Estado português**, ao buscar a ortodoxia religiosa e moral de seus súditos, **criou a Inquisição**, uma instituição de caráter híbrido, já que, **mesmo** se constituindo como "tribunal eclesiástico, **não deixa** de se afirmar como tribunal régio".*

(...)

***Ainda no século XVI, o Santo Ofício lusitano, certamente influenciado** pelas ideias de reforma propostas pelo "Concílio de Trento", **não se voltou apenas** contra os erros de fé, **tendo recebido a incumbência** de julgar certos "desvios morais", **isto é, pecados/crimes** que, até então, **estavam** sob jurisdição civil e eclesiástica. **As disposições tridentinas demonstraram ojeriza às práticas dos sodomitas. Ao atentar para os perigos da perda** da graça da justificação, que, uma vez recebida, **podia ser despojada** não apenas pela infidelidade, através da qual se extinguia a própria fé, **mas também através de qualquer outro pecado mortal**, mesmo quando a fé não acabava, **as determinações do concílio lembraram** as afirmações do apóstolo Paulo **que assinalou** a exclusão de efeminados e sodomitas do reino de Deus.*
(Grifei.)

Vê-se, *daí*, que a questão da homossexualidade, *desde* os pródromos de nossa História, **foi inicialmente tratada** sob o signo *da mais cruel* das repressões (LUIZ MOTT, "**Sodomia na Bahia: O amor que não ousava dizer o nome**"), **experimentando**, *desde então*, em sua abordagem pelo poder público, tratamentos normativos *que jamais se despojaram* da eiva do preconceito **e** da discriminação, **como resulta claro** da punição (**pena** de prisão) imposta, *ainda hoje*, por legislação especial, **que tipifica**, *como crime militar*, **a prática** *de relações homossexuais* **no âmbito** das organizações castrenses (**CPM**, art. 235), **o que tem levado** *alguns* autores (MARIANA BARROS BARREIRAS, "**Onde está a Igualdade? Pederastia no CPM**", "*in*" "Boletim IBCCRIM, ano 16, n. 187, jun/2008; CARLOS FREDERICO DE O. PEREIRA, "**Homossexuais nas Forças Armadas: tabu ou indisciplina?**", *v.g.*) **a sustentar** *a inconstitucionalidade material* de referida cláusula de tipificação penal, *não obstante* precedente desta Corte em sentido contrário (**HC** 79.285/RJ, Rel. Min. MOREIRA ALVES).

III. O reconhecimento, *por imperativo constitucional*, **da união estável homoafetiva como legítima entidade familiar**

Os exemplos de nosso passado colonial **e o registro** de práticas sociais **menos** antigas **revelam** o tratamento preconceituoso, excludente **e** discriminatório **que tem sido dispensado** à vivência homoerótica em nosso País.

Por isso, Senhor Presidente, **é que se impõe proclamar**, *agora mais do que nunca*, **que ninguém**, *absolutamente ninguém*, **pode** ser privado de direitos **nem** sofrer **quaisquer** restrições de ordem jurídica **por motivo** de sua orientação sexual.

Isso significa *que também os homossexuais* **têm** o direito de receber **a igual** proteção das leis **e** do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, **mostrando-se** arbitrário **e** inaceitável **qualquer** estatuto *que puna, que exclua, que discrimine, que fomente* a intolerância, *que estimule* o desrespeito **e** *que desiguale* as pessoas **em razão** de sua orientação sexual.

Essa afirmação, *mais* do que simples proclamação retórica, **traduz** o reconhecimento, **que emerge** do quadro das liberdades públicas, de que o Estado **não pode** adotar medidas **nem formular** prescrições normativas que provoquem, **por efeito** de seu conteúdo discriminatório, **a exclusão jurídica** de grupos, *minoritários ou não*, **que integram** a comunhão nacional.

Incumbe, *por isso mesmo*, **a esta** Suprema Corte, **considerada** a natureza *eminentemente* constitucional dessa cláusula impeditiva de tratamento discriminatório, **velar** pela integridade dessa proclamação, **pois**, *em assim agindo*, **o Supremo Tribunal Federal**, ao proferir este julgamento – que já se mostra **impregnado** de densa significação histórica –, **estará viabilizando** *a plena realização* **dos valores** da liberdade, da igualdade **e** da não discriminação, **que representam** fundamentos essenciais **à configuração** de uma sociedade *verdadeiramente* democrática.

Na realidade, Senhor Presidente, **o julgamento** que hoje se realiza **certamente**

marcará a vida deste País e **imprimirá** novos rumos à causa da comunidade homossexual.

Busca-se, *com o acolhimento* da postulação deduzida pelo autor, **a consecução** de um fim revestido **de plena** legitimidade jurídica, política e social, que, *longe de dividir* pessoas, grupos e instituições, **estimula** a união **de toda** a sociedade **em torno** de um objetivo comum, **pois decisões** – *como esta que ora é proferida* pelo Supremo Tribunal Federal – **que põem termo** *a injustas divisões*, fundadas em preconceitos inaceitáveis **e que não mais resistem** ao espírito do tempo, **possuem a virtude** de congregar aqueles **que reverenciam** os valores da igualdade, da tolerância e da liberdade.

Esta decisão – *que torna efetivo* o princípio da igualdade, *que assegura respeito* à liberdade pessoal e à autonomia individual, *que confere primazia* à dignidade da pessoa humana **e que**, *rompendo* paradigmas históricos e culturais, *remove obstáculos* que, *até agora*, **inviabilizavam** a busca da felicidade **por parte** de homossexuais **vítimas** de tratamento discriminatório – *não é nem pode ser* qualificada como decisão proferida contra alguém, **da mesma forma** que não pode ser considerada um julgamento a favor **de apenas** alguns.

Com este julgamento, o Brasil **dá um passo** significativo **contra** a discriminação **e contra** o tratamento excludente **que têm marginalizado** grupos minoritários em nosso País, *o que torna imperioso acolher* novos valores **e consagrar** uma nova concepção de Direito **fundada** em nova visão de mundo, **superando** os desafios impostos pela necessidade *de mudança de paradigmas*, **em ordem a viabilizar**, como política de Estado, a instauração **e** a consolidação de uma ordem jurídica *genuinamente inclusiva*.

É por tal razão **que o magistério da doutrina** – **apoiando-se** em valiosa hermenêutica construtiva **e invocando** princípios fundamentais (**como** os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação **e** da busca da felicidade) – *tem revelado admirável percepção* quanto ao significado de que se revestem *tanto o reconhecimento* do direito personalíssimo à orientação sexual *quanto a proclamação* da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, *em ordem a permitir* que se extraiam, *em favor* **de parceiros homossexuais**, *relevantes consequências* **no plano** do Direito, *notadamente* no campo previdenciário, **e**, *também*, **na esfera** das relações sociais e familiares.

Essa visão do tema, *que tem a virtude de superar*, **neste início** da segunda década do terceiro milênio, **incompreensíveis** resistências sociais **e** institucionais **fundadas** em inadmissíveis fórmulas preconceituosas, **vem sendo externada**, *como anteriormente enfatizado*, **por eminentes autores**, **cuja análise** de tão significativas questões **tem colocado em evidência**, *com absoluta correção*, **a necessidade** de se atribuir *verdadeiro estatuto de cidadania* às uniões estáveis homoafetivas (LUIZ EDSON FACHIN, "**Direito de Família – Elementos críticos à luz do novo Código**

Civil brasileiro", p. 119/127, item n. 4, 2003, Renovar; LUIZ SALEM VARELLA/ IRENE INNWINKL SALEM VARELLA, **"Homoerotismo no Direito Brasileiro e Universal - Parceria Civil entre Pessoas do mesmo Sexo"**, 2000, Agá Juris Editora, ROGER RAUPP RIOS, **"A Homossexualidade no Direito"**, p. 97/128, item n. 4, 2001, Livraria do Advogado Editora - ESMAFE/RS; ANA CARLA HARMATIUK MATOS, **"União entre Pessoas do mesmo Sexo: aspectos jurídicos e sociais"**, p. 161/162, Del Rey, 2004; VIVIANE GIRARDI, **"Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: a possibilidade jurídica da Adoção por Homossexuais"**, Livraria do Advogado Editora, 2005; TAÍSA RIBEIRO FERNANDES, **"Uniões Homossexuais: efeitos jurídicos"**, Editora Método, São Paulo; JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, **"A Natureza Jurídica da Relação Homoerótica"**, *"in"* **"Revista da AJURIS"** n. 88, tomo I, p. 224/252, dez/2002, *v.g.*).

Cumpre rememorar, *neste ponto*, **tal como eu já o fizera** em decisão **por mim proferida na ADI 3.300 MC/DF**, *de que fui Relator*, **a notável lição** ministrada pela eminente Desembargadora, **hoje** ilustre Advogada, MARIA BERENICE DIAS (**"União Homossexual: O Preconceito & a Justiça"**, p. 71/83 e p. 85/99, **97**, 3. ed., 2006, Livraria do Advogado Editora), *cujas reflexões sobre o tema merecem especial destaque*:

> *A Constituição outorgou especial proteção à família, independentemente da celebração do casamento, **bem como** às famílias monoparentais. Mas a família **não se define** exclusivamente em razão do vínculo **entre** um homem **e** uma mulher **ou** da convivência dos ascendentes com seus descendentes. **Também o convívio de pessoas do mesmo sexo** ou de sexos diferentes, **ligadas** por laços afetivos, **sem** conotação sexual, **cabe ser reconhecido como entidade familiar**. A prole **ou** a capacidade procriativa **não são essenciais** para que a convivência de duas pessoas mereça a proteção legal, **descabendo deixar fora do conceito de família as relações homoafetivas**. **Presentes os requisitos** de vida em comum, coabitação, mútua assistência,* é de se concederem *os mesmos direitos **e se imporem** iguais obrigações **a todos os vínculos de afeto** que tenham idênticas características.*
>
> ***Enquanto a lei** não acompanha a evolução da sociedade, a mudança de mentalidade, a evolução do conceito de moralidade, **ninguém**, muito menos os juízes, **pode fechar os olhos** a essas novas realidades. Posturas preconceituosas **ou** discriminatórias geram grandes injustiças. **Descabe confundir** questões jurídicas com questões de caráter moral ou de conteúdo meramente religioso.*
>
> ***Essa responsabilidade de ver o novo** assumiu a Justiça ao emprestar juridicidade às uniões extraconjugais. **Deve**, agora, **mostrar** igual independência e coragem **quanto às uniões de pessoas do mesmo sexo. Ambas são relações afetivas**, vínculos em que há comprometimento amoroso. **Assim, impositivo reconhecer a existência de um gênero de união estável** que comporta mais de uma espécie: **união estável heteroafetiva e união estável homoafetiva. Ambas merecem ser reconhecidas como entidade familiar. Havendo** convivência duradoura, pública e contínua **entre duas pessoas**, estabelecida com o objetivo de constituição de família, **mister reconhecer** a existência de uma*

*união estável. **Independente** do sexo dos parceiros, **fazem jus** à mesma proteção.*

***Ao menos** até que o legislador regulamente **as uniões homoafetivas** – como já fez a maioria dos países do mundo civilizado –, **incumbe ao Judiciário emprestar-lhes visibilidade e assegurar-lhes os mesmos direitos** que merecem as demais relações afetivas. **Essa é a missão fundamental da jurisprudência**, que necessita desempenhar seu papel de agente transformador dos estagnados conceitos da sociedade. (...).*

(Grifei.)

Vale destacar, *ainda*, **em face do caráter seminal** de que se acham impregnados, **notáveis** julgamentos **emanados** do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul **e** do E. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, **consubstanciados** em acórdãos assim ementados:

***Relação homoerótica – União estável – Aplicação dos princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade – Analogia – Princípios gerais do direito – Visão abrangente das entidades familiares** – Regras de inclusão (...) – **Inteligência** dos arts. 1.723, 1.725 e 1.658 do Código Civil de 2002 – **Precedentes jurisprudenciais**. **Constitui união estável** a relação fática **entre** duas mulheres, **configurada** na convivência pública, contínua, duradoura **e estabelecida com o objetivo** de constituir verdadeira família, **observados** os deveres de lealdade, respeito e mútua assistência. **Superados os preconceitos** que afetam ditas realidades, **aplicam-se**, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa, da igualdade, **além** da analogia e dos princípios gerais do direito, **além** da contemporânea modelagem das entidades familiares em sistema aberto argamassado em regras de inclusão. **Assim**, definida a natureza do convívio, opera-se a partilha dos bens segundo o regime da comunhão parcial. Apelações desprovidas.*

(Apelação Cível 70005488812, Rel. Des. JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, 7ª Câmara Civil – **Grifei.)**

*(...) **6. A exclusão** dos benefícios previdenciários, **em razão da orientação sexual**, **além** de discriminatória, **retira** da proteção estatal **pessoas que**, por imperativo constitucional, **deveriam encontrar-se** por ela abrangidas. **7. Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a alguém, em função de sua orientação sexual, seria dispensar tratamento indigno** ao ser humano. **Não se pode**, simplesmente, **ignorar** a condição pessoal do indivíduo, **legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal (na qual**, sem sombra de dúvida, **se inclui a orientação sexual)**, como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana. **8. As noções de casamento e amor** vêm mudando ao longo da história ocidental, **assumindo** contornos e formas de manifestação e institucionalização plurívocos e multifacetados, que num movimento de transformação permanente colocam homens e mulheres em face de distintas possibilidades de materialização das trocas afetivas e sexuais. **9. A aceitação das uniões homossexuais** é um fenômeno mundial – em alguns países de forma mais implícita – **com o alargamento da compreensão do conceito de família** dentro das regras já existentes; em outros de maneira explícita, com a modificação do ordenamento jurídico feita de modo a abarcar legalmente a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo. **10. O Poder Judiciário não pode se fechar às transformações sociais**, que, pela sua própria dinâmica, muitas*

vezes se antecipam às modificações legislativas. **11. Uma vez reconhecida,** *numa interpretação dos princípios norteadores da constituição pátria,* **a união entre homossexuais como passível de ser abarcada dentro do conceito de entidade familiar** *e afastados quaisquer impedimentos de natureza atuarial,* **deve a relação da Previdência** *para com os casais* **de mesmo** *sexo dar-se* **nos mesmos** *moldes das uniões estáveis entre heterossexuais, devendo ser exigido dos primeiros o mesmo que se exige dos segundos para fins de comprovação do vínculo afetivo e dependência econômica presumida entre os casais (...), quando do processamento dos pedidos de pensão por morte e auxílio-reclusão.*
(**Revista do TRF/4ª Região**, vol. 57/309 348, **310**, Rel. Juiz JOÃO BATISTA PINTO SILVEIRA – **Grifei.**)

IV. O art. 226, § 3º, da Lei Fundamental constitui típica norma de inclusão que legitima a qualificação *da união estável homoafetiva* **como entidade familiar**

De outro lado, Senhor Presidente, **convencem-me**, *inteiramente*, **as razões** *excelentemente* expostas pelo eminente Relator, **no ponto** *em que supera* a alegação de que o **§ 3º** do art. 226 da Constituição Federal *impediria* o acolhimento do pedido.

Também não vislumbro, no texto normativo da Constituição, **no que concerne** ao reconhecimento da proteção do Estado às uniões **entre** pessoas do mesmo sexo, **a existência** *de lacuna voluntária* **ou** *consciente* (NORBERTO BOBBIO, "**Teoria do Ordenamento Jurídico**", p. 143/145, item n. 7, 1989, UnB/Polis), **de caráter** axiológico, cuja constatação *evidenciaria* a existência de "*silêncio eloquente*", *capaz de comprometer* a interpretação exposta neste voto, **no sentido** de que a união estável homoafetiva **qualifica-se**, *constitucionalmente*, "*como entidade familiar*" (**CF**, art. 226, § 3º).

Extremamente precisa, *quanto a esse aspecto*, **a autorizada observação** de DANIEL SARMENTO ("**Casamento e União Estável entre Pessoas do mesmo Sexo: Perspectivas Constitucionais**", "*in*" "Igualdade, Diferença e Direitos Humanos", p. 619/659, **649/652**, 2008, Lumen Juris), **cuja lição,** *apoiando-se em consistente interpretação sistemática e teleológica* do art. 226, **§ 3º**, da Constituição, **corretamente enuncia** *o exato sentido* da norma constitucional em referência:

> ***Um obstáculo bastante invocado*** *contra a possibilidade de reconhecimento da união estável* ***entre*** *pessoas* ***do mesmo*** *sexo é a redação do art. 226,* **§ 3º**, *da Constituição,* ***segundo o qual*** *"para o efeito de proteção do Estado,* **é reconhecida** *a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento".*
>
> ***Os adversários da medida*** *alegam que o preceito em questão* ***teria barrado a possibilidade*** *do reconhecimento da união homoafetiva no Brasil,* ***pelo menos*** *enquanto* ***não fosse*** *aprovada emenda* ***alterando*** *o texto constitucional.* ***Contudo,*** *o argumento, que se apega* ***exclusivamente na literalidade*** *do texto,* ***não*** *procede.*
>
> ***Com efeito,*** *sabe-se que a Constituição,* ***em que pese*** *o seu caráter compromissório,* ***não é apenas*** *um amontoado de normas isoladas.* ***Pelo contrário,*** ***trata-se*** *de um sistema aberto de princípios e regras,* ***em que cada um*** *dos elementos* ***deve ser compreendido*** *à luz dos demais.* ***A noção de sistema*** *traduz-se num*

importantíssimo ***princípio*** *de hermenêutica constitucional,* ***que é o da unidade da Constituição.*** *(...)*

No sistema constitucional, existem *princípios fundamentais* ***que desempenham*** *um valor mais destacado no sistema,* ***compondo*** *a sua estrutura básica. (...)* ***No caso brasileiro,*** *nem é preciso muito esforço exegético para identificá-los.* ***O constituinte já tratou de fazê-lo*** *no Título I da Carta,* ***que se intitula exatamente*** *"Dos Princípios Fundamentais".* ***E é lá que vão ser recolhidas*** *as cláusulas essenciais para a nossa empreitada hermenêutica:* ***princípios*** *da dignidade da pessoa humana, do Estado Democrático de Direito, da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, livre de preconceitos e discriminações,* ***dentre outros.***

Estes vetores apontam firmemente no sentido *de que a exegese das normas setoriais da Constituição –* ***como o nosso*** *§ 3º do art. 226 –,* ***deve buscar a inclusão e não a exclusão*** *dos estigmatizados;* ***a emancipação*** *dos grupos vulneráveis e* ***não a perenização*** *do preconceito e da desigualdade.*

(...) ***Da leitura do enunciado normativo*** *reproduzido,* ***verifica-se*** *que ele assegurou expressamente o reconhecimento da união estável entre homem e mulher,* ***mas nada disse*** *sobre a união civil dos homossexuais.*

Esta ausência *de referência* ***não significa,*** *porém,* ***silêncio eloquente*** *da Constituição.* ***O fato*** *de que o texto* ***omitiu*** *qualquer alusão à união entre pessoas* ***do mesmo*** *sexo* ***não implica,*** *necessariamente, que a Constituição* ***não assegure*** *o seu reconhecimento.*

(...)

Não bastasse, o elemento teleológico *da interpretação constitucional* ***também não é compatível*** *com a leitura do art. 226, § 3º, da Constituição,* ***segundo a qual*** *do referido preceito* ***decorreria,*** *"a contrario sensu",* ***o banimento constitucional*** *da união entre pessoas do mesmo sexo.*

Com efeito, *o referido preceito* ***foi inserido*** *no texto constitucional* ***no afã de proteger*** *os companheiros das uniões* ***não*** *matrimonializadas,* ***coroando um processo histórico*** *que teve início na jurisprudência cível,* ***e que se voltava à inclusão social e à superação do preconceito.*** *Por isso, é* ***um contrassenso interpretar*** *este dispositivo constitucional,* ***que se destina a "inclusão",*** *como uma cláusula de exclusão social,* ***que tenha*** *como efeito discriminar os homossexuais.* **(Grifei.)**

O eminente Professor (e Advogado) Luís Roberto Barroso, *por sua vez,* **expondo** esse *mesmo* entendimento **e ao também afastar** a objeção **fundada** *na estrita literalidade* do texto normativo inscrito **no § 3º** do art. 226 da Constituição **(que se refere** à união estável *"entre o homem e a mulher"*), **expendeu,** *a meu juízo,* **considerações** *que corretamente enfatizam* que essa alusão à **diversidade** de gênero *"**não** traduz uma vedação de extensão* ***do mesmo*** *regime às relações homoafetivas",* **pois** – *segundo assinala* esse ilustre jurista –, *"**Extrair** desse preceito tal consequência* ***seria desvirtuar*** *a sua natureza:* ***a de uma norma de inclusão.*** *De fato,* ***ela foi introduzida*** *na Constituição para superar a discriminação que, historicamente, incidira sobre as relações entre homem e mulher* ***que não decorressem*** *do casamento"* **(grifei).**

E aduz, *ainda*, em seu douto magistério:

> ***Insista-se**, para que não haja margem a dúvida: **não tem pertinência** a invocação do argumento **de que o emprego da expressão** "união estável entre o homem e a mulher" **importa**, "a contrario sensu", **em proibição** à extensão **do mesmo** regime **a uma outra** hipótese. **Tal norma foi o ponto culminante de uma longa evolução** que levou à equiparação entre companheira e esposa. **Nela não se pode vislumbrar uma restrição** – e uma restrição preconceituosa – **de direito**. **Seria como condenar alguém** com base na lei de anistia. **O Código Civil**, por sua vez, **contém apenas uma norma de reprodução**, na parte em que se refere a homem e mulher, **e não uma norma de exclusão. Exclusão que**, de resto, **seria inconstitucional.***
> (**Grifei.**)

Nessa perspectiva, Senhor Presidente, **entendo que a extensão**, às uniões homoafetivas, **do mesmo** regime jurídico aplicável à união estável **entre** pessoas de gênero distinto *justifica-se e legitima-se* **pela direta incidência**, *dentre outros*, **dos princípios constitucionais** da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica **e do postulado constitucional implícito que consagra** *o direito à busca da felicidade*, **os quais configuram**, numa *estrita* dimensão que privilegia *o sentido de inclusão* decorrente **da própria** Constituição da República (art. 1º, III, **e** art. 3º, IV), **fundamentos autônomos e suficientes** aptos a conferir *suporte legitimador* à qualificação das conjugalidades entre pessoas **do mesmo** sexo **como espécie** do gênero *entidade familiar*.

V. *A função contramajoritária* **do Supremo Tribunal Federal no Estado democrático de direito:** *a proteção das minorias* **analisada na perspectiva** *de uma concepção material* **de democracia constitucional**

Examino, *agora*, Senhor Presidente, **tema** que, *intimamente associado* ao presente debate constitucional, **concerne** ao *relevantíssimo* papel que incumbe ao Supremo Tribunal Federal desempenhar **no plano** da *jurisdição das liberdades*: o de órgão **investido** do poder **e** da responsabilidade institucional **de proteger** *as minorias* **contra** *eventuais* excessos *da maioria* **ou**, *ainda*, **contra** omissões que, **imputáveis** *aos grupos majoritários*, tornem-se lesivas, **em face** da inércia do Estado, **aos direitos** daqueles **que sofrem** *os efeitos perversos* do preconceito, da discriminação **e** da exclusão jurídica.

Em um dos memoriais apresentados a esta Suprema Corte (**e**, aqui, **refiro-me**, de modo particular, àquele produzido pelo Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual), **pôs-se em relevo** a função contramajoritária do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, **considerada** a circunstância de que as pessoas **que mantêm** relações homoafetivas **representam** "*parcela minoritária (...) da população*", **como esclarecem** dados que a Fundação IBGE **coligiu** no Censo/2010 **e que registram** *a existência declarada*, em nosso país, de 60.000 casais homossexuais.

Esse aspecto da questão *talvez explique* a resistência que as correntes **majoritárias** de opinião, **representadas** no Congresso Nacional, **opõem** às propostas de incorporação, **ao sistema** de direito positivo, **de inovações** fundadas

nas transformações **por que passa** a sociedade contemporânea.

O Poder Legislativo, *certamente influenciado* por valores **e** sentimentos prevalecentes na sociedade brasileira, tem se mostrado **infenso**, *no que se refere* à qualificação da união estável homoafetiva **como** entidade familiar, à necessidade de adequação do ordenamento nacional a essa realidade emergente das práticas e costumes sociais.

Tal situação **culmina** por gerar um quadro *de submissão* de grupos minoritários à vontade hegemônica da maioria, **o que compromete**, *gravemente*, por reduzi-lo, **o próprio** coeficiente de legitimidade democrática da instituição parlamentar, **pois**, *ninguém o ignora*, o regime democrático **não** tolera **nem** admite a opressão da minoria por grupos majoritários.

É evidente que o *princípio majoritário* **desempenha** importante papel no processo decisório **que se desenvolve** no âmbito das instâncias governamentais, **mas não pode legitimar**, *na perspectiva de uma concepção material* de democracia constitucional, **a supressão, a frustração e a aniquilação** de direitos fundamentais, **como** o livre exercício da igualdade **e** da liberdade, **sob pena** de descaracterização **da própria essência** que qualifica o Estado Democrático de Direito.

É por isso que tenho *por inteiramente procedentes* **as observações** que fez, **em precisa abordagem** do tema, **o Grupo** Arco-Íris de Conscientização Homossexual:

> ***O papel** desempenhado pelos direitos fundamentais **na restrição** da soberania popular **decorre da limitação** imposta pelo princípio do Estado de direito, **que não admite** a existência de poderes absolutos, **nem mesmo** o da soberania popular e do fato de que uma dimensão formal de democracia **não está habilitada** para proteger efetivamente o funcionamento democrático do Estado.*
>
> ***Portanto**, da mesma forma **que se veda à maioria** que faça determinadas escolhas – **suprimindo** direitos necessários à participação política de determinados cidadãos – **é igualmente vedado** a essa maioria que deixe de tomar decisões necessárias à efetivação da igualdade entre os indivíduos.*
>
> ***Ao não estabelecer** regras jurídicas **que regulem** a construção de uma vida afetiva em comum pelos casais homossexuais, **o Poder Legislativo** – representando a maioria da população brasileira – **exclui, marginaliza e diminui** o papel social dos indivíduos **que mantêm** relações homoafetivas. **Retiralhes** a condição de igualdade necessária para que possa haver igualdade de participação no debate público.*
>
> ***Para salvaguardar** os requisitos essenciais à participação dos indivíduos no processo democrático, **o Judiciário** é mais uma vez chamado a tomar tal posição de vanguarda, **garantindo** o livre exercício da liberdade e igualdade, **atributos** da cidadania, **e principalmente a dignidade humana**. É preciso atuar **onde não há** certeza e efetividade do sistema nas relações privadas, **em prol** dessas garantias.*
>
> ***Com efeito, não pode o Estado democrático** de direito **conviver** com o estabelecimento de uma diferença **entre** pessoas e cidadãos **com base** em sua sexualidade. **Assim como é inconstitucional** punir, perseguir **ou** impedir o acesso dos homossexuais a bens socioculturais **e é igualmente inconstitucional** excluir essa parcela de cidadãos do direito à segurança em suas relações afetivas.*

São irrelevantes, do ponto de vista jurídico, as opiniões morais ou religiosas que condenam as relações homossexuais. Ainda que tais opiniões constituíssem o pensamento hegemônico hoje nos órgãos políticos representativos (...), nem a maioria, nem mesmo a unanimidade dessas opiniões, está acima da Constituição.

Nesse passo, o Poder Judiciário assume sua mais importante função: a de atuar como poder contramajoritário; de proteger as minorias contra imposições desarrazoadas ou indignas das maiorias. Ao assegurar à parcela minoritária da população o direito de não se submeter à maioria, o Poder Judiciário revela sua verdadeira força no equilíbrio entre os poderes e na função como garante dos direitos fundamentais.

(Grifei.)

Cabe enfatizar, *presentes tais razões*, que o Supremo Tribunal Federal, **no desempenho** da jurisdição constitucional, **tem proferido**, *muitas vezes*, **decisões** *de caráter nitidamente contramajoritário*, **em clara demonstração** de que os julgamentos desta Corte Suprema, *quando assim proferidos*, **objetivam preservar**, em gesto **de fiel** execução dos mandamentos constitucionais, **a intangibilidade** de direitos, interesses **e** valores **que identificam** *os grupos minoritários* expostos a situações de vulnerabilidade jurídica, social, econômica ou política **e que**, *por efeito de tal condição*, **tornam-se objeto** de intolerância, de perseguição, de discriminação **e** de injusta exclusão.

Na realidade, **o tema da preservação e do reconhecimento** dos direitos das minorias **deve compor**, por tratar-se de questão **impregnada** do mais alto relevo, *a agenda* desta Corte Suprema, **incumbida**, *por efeito* de sua destinação institucional, **de velar pela supremacia** da Constituição **e de zelar pelo respeito** aos direitos, *inclusive de grupos minoritários*, que encontram fundamento legitimador **no próprio** estatuto constitucional.

Com efeito, *a necessidade de assegurar-se*, em nosso sistema jurídico, **proteção às minorias e** *aos grupos vulneráveis* **qualifica-se**, *na verdade*, **como fundamento imprescindível à plena legitimação material** do Estado Democrático de Direito, **havendo merecido** *tutela efetiva*, **por parte** desta Suprema Corte, **quando** grupos majoritários, *por exemplo*, **atuando** no âmbito do Congresso Nacional, **ensaiaram** medidas arbitrárias **destinadas a frustrar** o exercício, *por organizações minoritárias*, de direitos **assegurados** pela ordem constitucional (**MS 24.831/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO - **MS 24.849/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO - **MS 26.441/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*).

Lapidar, *sob a perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional*, **a lúcida advertência** do saudoso e eminente Professor GERALDO ATALIBA ("**Judiciário e Minorias**", "*in*" Revista de Informação Legislativa, vol. 96/194):

A Constituição verdadeiramente democrática há de garantir todos os direitos das minorias e impedir toda prepotência, todo arbítrio, toda opressão contra elas. Mais que isso - por mecanismos que assegurem representação proporcional -, deve atribuir um relevante papel institucional **às correntes minoritárias** *mais expressivas.*

(...)

***Na democracia**, governa a maioria, **mas** – em virtude do postulado constitucional fundamental da igualdade de todos os cidadãos – ao fazê-lo, **não pode oprimir a minoria**. **Esta exerce também função política importante**, decisiva mesmo: **a de oposição institucional**, a que cabe relevante papel no funcionamento das instituições republicanas.*

***O principal papel da oposição** é o de formular propostas alternativas às ideias e ações **do governo da maioria** que o sustenta. **Correlatamente**, critica, **fiscaliza**, aponta falhas e censura a maioria, **propondo-se**, à opinião pública, como alternativa. **Se** a maioria governa, entretanto, **não é dona do poder**, mas age **sob os princípios** da relação de administração.*

(...)

***Daí a necessidade** de garantias amplas, no próprio texto constitucional, de existência, sobrevivência, **liberdade de ação** e influência **da minoria**, para que se tenha verdadeira república.*

(...)

***Pela proteção e resguardo das minorias** e sua necessária participação no processo político, **a república faz da oposição instrumento institucional de governo**.*

(...)

É imperioso *que a Constituição **não só garanta a minoria** (a oposição), **como ainda lhe reconheça direitos e até funções**.*

(...)

***Se a maioria souber que** – **por obstáculo constitucional** – **não pode prevalecer-se** da força, **nem** ser arbitrária **nem** prepotente, **mas deve respeitar a minoria**, então os compromissos **passam** a ser meios **de convivência** política. (...)* (**Grifei.**)

Também o eminente e saudoso Professor PINTO FERREIRA (**"Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno"**, tomo I/195 196, item n. 8, 5. ed., 1971, RT) **demonstra igual percepção** do tema **ao enfatizar** – *com fundamento em irrepreensíveis considerações* de ordem doutrinária – **que a essência democrática** *de qualquer* regime de governo **apoia-se** na existência ***de uma imprescindível harmonia entre*** a *"Majority rule"* **e** os *"Minority rights"*:

*A **verdadeira** ideia da democracia corresponde, em geral, a uma síntese dialética dos princípios da liberdade, igualdade e **dominação da maioria, com a correlativa proteção às minorias políticas**, sem o que não se compreende a verdadeira democracia constitucional.*

*A **dominação majoritária** em si, como o centro de gravidade da democracia, **exige esse respeito às minorias políticas** vencidas nas eleições. **O princípio majoritário** é o polo positivo da democracia, e encontra a sua antítese no princípio minoritário, que constitui o seu polo negativo, ambos estritamente indispensáveis na elucidação do conceito da autêntica democracia.*

***O princípio democrático não é**, pois, **a tirania do número, nem a ditadura** da opinião pública, **nem tampouco a opressão das minorias**, o que seria o mais rude dos despotismos. A maioria do povo pode decidir o seu próprio destino, mas **com o devido respeito aos direitos das minorias políticas**, acatando nas*

suas decisões os princípios invioláveis da liberdade e da igualdade, sob pena de se aniquilar a própria democracia.

*A livre deliberação da maioria não é suficiente para determinar a natureza da democracia. STUART MILL já reconhecia essa impossibilidade, ainda no século transato: "Se toda a humanidade, menos um, fosse de uma opinião, não estaria a humanidade mais justificada em reduzir ao silêncio tal pessoa, do que esta, se tivesse força, em fazer calar o mundo inteiro". Em termos não menos positivos, esclarece o sábio inglês, nas suas "Considerations on Representative Government", quando fala da verdadeira e da falsa democracia ("**of true and false Democracy**"): "A falsa democracia é só representação da maioria, **a verdadeira é representação de todos, inclusive das minorias**. A sua peculiar e verdadeira essência há de ser, destarte, um compromisso constante **entre** maioria e minoria".*
(Grifei.)

O Estado de Direito, *concebido e estruturado* em bases democráticas, **mais** do que simples figura conceitual **ou** mera proposição doutrinária, **reflete**, em nosso sistema jurídico, uma realidade constitucional **densa** de significação **e plena** de potencialidade concretizadora dos direitos e das liberdades públicas.

A opção do legislador constituinte ***pela concepção democrática*** do Estado de Direito **não pode esgotar-se** numa simples proclamação retórica. **A opção** pelo Estado Democrático de Direito, *por isso mesmo*, **há de ter consequências efetivas no plano** de nossa organização política, **na esfera** das relações institucionais entre os poderes da República **e no âmbito** da formulação de uma teoria das liberdades públicas **e** do próprio regime democrático. **Em uma palavra**: **ninguém** se sobrepõe, ***nem mesmo os grupos majoritários***, **aos princípios superiores** consagrados pela Constituição da República.

Desse modo, **e para que** o regime democrático ***não se reduza*** a uma categoria político-jurídica *meramente* conceitual **ou** *simplesmente* formal, **torna-se necessário assegurar, às minorias, notadamente** em sede jurisdicional, ***quando tal se impuser***, **a plenitude de meios** que lhes permitam exercer, **de modo efetivo**, os direitos fundamentais **que a todos**, ***sem distinção***, são assegurados.

Isso significa, portanto, ***numa perspectiva pluralística***, **em tudo compatível com os fundamentos estruturantes** da própria ordem democrática (**CF**, art. 1°, V), **que se impõe** a organização de um sistema **de efetiva** proteção, ***especialmente*** no plano da jurisdição, aos direitos, liberdades **e** garantias fundamentais ***em favor das minorias***, **quaisquer** que sejam, para que tais prerrogativas essenciais **não se convertam** em fórmula **destituída** de significação, **o que subtrairia** – ***consoante adverte a doutrina*** (SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA, "**Fundamentos de Direito Constitucional**", p. 161/162, item n. 602.73, 2004, Saraiva) – **o necessário** *coeficiente de legitimidade jurídico-democrática* ao regime político vigente em nosso País.

Daí a inteira procedência da observação feita pela eminente Dra. DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA, **na petição inicial** que subscreveu **na condição** de Procuradora-Geral da República:

Sem embargo, *em um Estado Democrático de Direito*, ***a efetivação*** ***de***

direitos fundamentais não pode ficar à mercê da vontade ou da inércia das maiorias legislativas, sobretudo quando se tratar de direitos pertencentes a minorias estigmatizadas pelo preconceito – como os homossexuais – que não são devidamente protegidas nas instâncias políticas majoritárias. Afinal, uma das funções básicas do constitucionalismo é a proteção dos direitos das minorias diante do arbítrio ou do descaso das maiorias.

13. Diante deste quadro, torna-se essencial a intervenção da jurisdição constitucional brasileira, visando a garantir aos homossexuais a possibilidade, que resulta da própria Constituição, de verem reconhecidas oficialmente as uniões afetivas, com todas as consequências jurídicas patrimoniais e extrapatrimoniais disso decorrentes.

(...)

88. É exatamente essa liberdade que se denega ao homossexual, quando não se permite que ele forme a sua família, sob o amparo da lei, com pessoas do sexo para o qual se orienta a sua afetividade. Ao não conhecer a união entre pessoas do mesmo sexo, o Estado compromete a capacidade do homossexual de viver a plenitude da sua orientação sexual, enclausurando as suas relações afetivas no "armário". Esta negativa, como salientou Luis Roberto Barroso, embaraça "o exercício da liberdade e o desenvolvimento da personalidade de um número expressivo de pessoas, depreciando a qualidade dos seus projetos de vida e dos seus afetos.

89. É certo que as liberdades individuais, mesmo as de natureza existencial, não são de natureza absoluta. Como os demais direitos fundamentais, elas podem ser restringidas, de forma proporcional e razoável, em face de outros direitos fundamentais ou bens jurídicos constitucionalmente protegidos.

90. Contudo, como foi ressaltado em item precedente, não há qualquer interesse legítimo que justifique o não reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo. O reconhecimento em questão não afeta qualquer direito de terceiros ou bem jurídico que mereça proteção constitucional. A sua recusa consubstancia medida autoritária, que busca impor uma concepção moral tradicionalista e excludente a quem não a professa, vitimizando os integrantes de uma minoria que sofre com o preconceito social e a intolerância. Daí a grave ofensa ao princípio constitucional de proteção da liberdade.

(Grifei.)

VI. *O direito à busca da felicidade*, **verdadeiro postulado constitucional implícito, como expressão de uma ideia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana**

Enfatizo, *na linha do que acentuei* **em passagem anterior** deste voto, **que a proposta** ora veiculada nesta sede de controle abstrato **encontra** *suporte legitimador* em princípios fundamentais, **como** os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade **e** *da busca da felicidade*.

Assume papel relevante, *nesse contexto*, **o postulado** da dignidade da pessoa humana, **que representa** – considerada a **centralidade** desse princípio essencial (**CF**, art. 1º, III) – **significativo** vetor interpretativo, *verdadeiro valor-fonte* que

conforma e inspira todo o ordenamento constitucional **vigente** em nosso País **e que traduz**, *de modo expressivo*, **um dos fundamentos** em que se assenta, *entre nós*, a ordem republicana e democrática **consagrada** pelo sistema de direito constitucional positivo, **tal como tem reconhecido** a jurisprudência **desta** Suprema Corte, **cujas decisões**, *no ponto*, **refletem**, *com precisão*, **o próprio** magistério da doutrina (JOSÉ AFONSO DA SILVA, "**Poder Constituinte e Poder Popular**", p. 146, 2000, Malheiros; RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, "**Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil Brasileiro**", p. 106, 2006, Del Rey; INGO WOLFANG SARLET, "**Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**", p. 45, 2002, Livraria dos Advogados; IMMANUEL KANT, "**Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**", 2004, Martin Claret; LUIZ ANTONIO RIZZATTO NUNES, "**O Princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**", 2002, Saraiva; LUIZ EDSON FACHIN, "**Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**", 2008, Renovar, *v.g.*).

Reconheço *que o direito à busca da felicidade* – que se mostra **gravemente** comprometido, **quando** o Congresso Nacional, **influenciado** *por correntes majoritárias*, **omite-se** na formulação de medidas **destinadas** a assegurar, *a grupos minoritários*, a fruição de direitos fundamentais – **representa** derivação **do princípio** da dignidade da pessoa humana, **qualificando-se** como **um dos mais** significativos *postulados constitucionais implícitos* **cujas raízes** mergulham, *historicamente*, **na própria** Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 4 de julho de 1776.

O texto dessa Declaração, *fortemente influenciado* pelas ideias iluministas, **precedidas**, *no ponto*, **pelo pensamento** de John Locke, **resultou** de projeto elaborado por Comissão **designada** pelo Segundo Congresso Continental dos Estados Unidos da América, **constituída** por Thomas Jefferson, *seu principal autor*, John Adams, Benjamim Franklin, Robert R. Livingston e Roger Sherman, **ainda que alguns autores** – como RAY RAPHAEL ("**Mitos sobre a Fundação dos Estados Unidos: a verdadeira história da independência norte-americana**", p. 125, **traduzido** por Maria Beatriz de Medina, Civilização Brasileira, 2006) – **mencionem** o fato de que "*Jefferson estava em condições de aproveitar o trabalho de muitos outros, **inclusive** o de George Mason, **que acabara** de redigir um documento muito parecido, a Declaração de Direitos da Virgínia*" (**grifei**).

Não é por outra razão que STEPHANIE SCHWARTZ DRIVER ("**A Declaração de Independência dos Estados Unidos**", p. 32/35, **tradução** de Mariluce Pessoa, Jorge Zahar Ed., 2006), **referindo-se à Declaração de Independência dos Estados Unidos da América** *como típica manifestação* do Iluminismo, **qualificou** *o direito à busca da felicidade* como prerrogativa fundamental **inerente** a todas as pessoas:

> ***Em uma ordem social racional**, de acordo com a teoria iluminista, **o governo existe para proteger o direito do homem de ir em busca** da sua mais alta aspiração, **que é**, essencialmente, **a felicidade ou o bem-estar**. O homem é motivado pelo interesse próprio (sua busca da felicidade), e a sociedade/governo é uma*

construção social destinada a proteger cada indivíduo, permitindo a todos viver juntos de forma mutuamente benéfica.
(Grifei.)

A força normativa *de que se acham impregnados* os princípios constitucionais **e a intervenção decisiva** representada pelo fortalecimento da jurisdição constitucional **exprimem** aspectos *de alto relevo* **que delineiam** *alguns* dos elementos **que compõem** o marco doutrinário **que confere** suporte teórico *ao neoconstitucionalismo*, **em ordem a permitir**, *numa perspectiva* de implementação concretizadora, **a plena realização**, *em sua dimensão global*, **do próprio** texto normativo da Constituição.

Nesse contexto, *o postulado constitucional da busca da felicidade*, **que decorre**, *por implicitude*, **do núcleo** de que se irradia **o princípio** da dignidade da pessoa humana, **assume** papel de extremo relevo **no processo** de afirmação, gozo **e** expansão dos direitos fundamentais, **qualificando-se**, em função de sua própria teleologia, **como fator** de neutralização de práticas **ou** de omissões lesivas **cuja ocorrência** possa comprometer, afetar **ou**, *até mesmo*, esterilizar direitos **e** franquias individuais.

Registre-se, *por oportuno*, que o Supremo Tribunal Federal, *por mais de uma vez* (**ADI 3.300 MC/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO - **STA 223 AgR/ PE**, Rel. p/ o acórdão Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*), **reconheceu**, no princípio constitucional (*implícito*) **da busca da felicidade, um** "*importante vetor hermenêutico relativo a temas de direitos fundamentais*", **como anota o ilustre** Advogado SAUL TOURINHO LEAL, *em precioso trabalho* ("**O Princípio da Busca da Felicidade como Postulado Universal**").

Desnecessário referir a circunstância **de que a Suprema Corte** dos Estados Unidos da América **tem aplicado** esse princípio *em alguns* precedentes - **como** ***In Re Slaughter House Cases*** (83 **U.S.** 36, 1872), *Butchers' Union Co. v. Crescent City Co.* (111 **U.S.** 746, 1884), ***Yick Wo v. Hopkins*** (118 **U.S.** 356, 1886), ***Meyer v. Nebraska*** (262 **U.S.** 390, 1923), ***Pierce v. Society of Sisters*** (268 **U.S.** 510, 1925), ***Griswold v. Connecticut*** (381 **U.S.** 479, 1965), ***Loving v. Virginia*** (388 **U.S.** 1, 1967), ***Zablocki v. Redhail*** (434 **U.S.** 374, 1978), *v.g.* –, **nos quais** esse Alto Tribunal, **ao apoiar** os seus "*rulings*" **no conceito** *de busca da felicidade* ("*pursuit of happiness*"), **imprimiu-lhe** *significativa expansão*, **para**, *a partir* da exegese da cláusula consubstanciadora desse direito inalienável, **estendê-lo** a situações **envolvendo a proteção** da intimidade **e a garantia** dos direitos *de casar-se* com pessoa de outra etnia, *de ter a custódia* dos filhos menores, ***de aprender*** **línguas estrangeiras, *de casar-se novamente*, *de exercer*** atividade empresarial **e *de utilizar*** anticoncepcionais.

Vale mencionar o fato de que *a busca da felicidade* **foi também positivada**, *no plano normativo*, **nos textos** da Constituição do Japão de 1947 (Art. 13), da Constituição da República Francesa de 1958 (**Preâmbulo**, *no qual se faz remissão* à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, **em que se contém** o reconhecimento desse direito fundamental) **e** da *recente* Constituição do Reino do Butão de 2008 (**Preâmbulo**).

Parece-me irrecusável, *desse modo*, **considerado** o objetivo fundamental da República de "*promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*" (**CF**, art. 3º, IV), **que o reconhecimento** *do direito à busca da felicidade, enquanto ideia-força* que emana, ***diretamente***, do postulado constitucional da dignidade da pessoa humana, **autoriza**, *presente o contexto em exame*, **o rompimento dos obstáculos** que impedem **a pretendida qualificação** da união civil homossexual como entidade familiar.

VII. O afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: a valorização *desse novo paradigma* **como núcleo conformador do conceito de família**

Isso significa que a qualificação da união estável entre pessoas *do mesmo* sexo **como entidade familiar, desde** que presentes, *quanto a ela*, **os mesmos** requisitos **inerentes à união estável constituída** por pessoas de gêneros distintos, **representará** o reconhecimento de que as *conjugalidades homoafetivas*, **por repousarem** a sua existência **nos vínculos** de solidariedade, de amor **e** de projetos de vida em comum, **hão de merecer** *o integral amparo* do Estado, **que lhes deve dispensar**, *por tal razão*, o **mesmo** tratamento atribuído às uniões estáveis heterossexuais.

Incensurável, *quanto a tal aspecto*, **a observação** feita pela douta Procuradoria-Geral da República (fl. 20):

> ***Desta forma***, *conclui-se* ***que não existem razões*** *de peso suficiente* ***que justifiquem qualquer discriminação contra os homossexuais***, *no que tange ao reconhecimento jurídico das uniões afetivas que mantêm.*
>
> *69.* ***Pelo contrário, se a nota essencial*** *das entidades familiares* ***no novo*** *paradigma* ***introduzido*** *pela Constituição de 88* ***é a valorização do afeto, não há razão alguma*** *para exclusão das parcerias homossexuais,* ***que podem caracterizar-se*** *pela* ***mesma*** *comunhão e profundidade de sentimentos* ***presentes*** *nas relações estáveis* ***entre*** *pessoas de sexos opostos, que são, hoje, amplamente reconhecidas e protegidas pela ordem jurídica.*
>
> **(Grifei.)**

Com efeito, **torna-se indiscutível** reconhecer **que o novo paradigma**, *no plano das relações familiares*, **após** o advento da Constituição Federal de 1988, **para fins** de estabelecimento de direitos/deveres **decorrentes** do vínculo familiar, **consolidou-se** na existência **e** no reconhecimento ***do afeto***.

Nesse sentido, **oportuno** o registro da ilustre Advogada MARIA BERENICE DIAS ("**A Homoafetividade Como Direito**", "*in*" "**Novos Direitos**", coord. Mauro Nicolau Júnior, p. 336, item n. 5, 2007, Juruá), **de cuja lição extraio** o seguinte fragmento:

> ***O Direito das Famílias****, ao receber* ***o influxo*** *do Direito Constitucional,* ***foi alvo*** *de uma profunda transformação.* ***O princípio da igualdade*** *ocasionou uma verdadeira revolução* ***ao banir*** *as discriminações* ***que existiam*** *no campo das relações familiares.* ***Num único dispositivo****, o constituinte* ***espancou*** *séculos de hipocrisia e preconceito.* ***Além de alargar*** *o conceito de família* ***para além*** *do casamento,* ***foi derrogada*** *toda a legislação que hierarquizava homens e mulheres,*

bem como a que estabelecia diferenciações entre os filhos pelo vínculo existente entre os pais.

A Constituição Federal, ao outorgar a proteção à família, independentemente da celebração do casamento, vincou um novo conceito, o de entidade familiar, albergando vínculos afetivos outros.
(Grifei.)

Cabe referir, *por necessário*, que esse entendimento - no sentido *de que o afeto* representa um dos fundamentos mais significativos da família moderna, qualificando-se, *para além* de sua dimensão ética, como valor jurídico impregnado de *perfil constitucional* - tem o beneplácito de expressivo magistério doutrinário (RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, "**Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**", p. 179/191, item n. 7, 2005, Del Rey - GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA, "**Princípios Constitucionais de Direito de Família: guarda compartilhada à luz da Lei 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso**", p. 126/130, item n. 3.2.1, 2008, Atlas - MOACIR CÉSAR PENA JUNIOR, "**Direito das Pessoas e das Famílias: doutrina e jurisprudência**", p. 10/12, item n. 1.5.2, 2008, Saraiva, *v.g.*), valendo destacar, *em razão de sua extrema pertinência*, a ênfase que PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI ("**Manual da Homoafetividade**", p. 220/221, item n. 2.5.3, 2008, Editora Método) atribui ao afeto, *nele divisando* **verdadeiro** "*princípio jurídico-constitucional*":

*(...) **mudou se o paradigma da família: de uma entidade fechada** dentro de si, válida por si mesma, **passou a existir somente em função do amor** entre os cônjuges/companheiros, **tendo em vista** que a sociedade passou a dar **mais relevância** à felicidade, **portanto** à afetividade amorosa, **do que à mera formalidade** do casamento civil **ou** a qualquer outra forma preconcebida de família.*

*Nesse sentido, **o reconhecimento** do "status" jurídico-familiar da união estável, por si, **alçou o afeto à condição** de princípio jurídico implícito, **na medida em que é ele, afeto** (amor romântico, no caso), **o motivo que faz com que duas pessoas** decidam manter uma união estável. **O elemento formador** da família contemporânea é o "**amor familiar**", **mas é o amor romântico** que dá o passo inicial para a constituição da união estável, embora haja outros argumentos a corroborar a afirmação de que o afeto é um princípio jurídico.*

(...)

*(...) **Com efeito, a partir do momento** em que a Constituição Federal **reconheceu o amor como o principal elemento formador da entidade familiar não matrimonializada, alçou a afetividade amorosa** à condição de princípio constitucional implícito, **que pode ser extraído** em função do art. 5º, § 2º, da CF/1988, **que permite** o reconhecimento de princípios implícitos por decorrentes dos demais princípios e do sistema constitucional (além dos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil faça parte).*

Essa evolução social** quanto à compreensão da família **elevou o afeto** à condição de princípio jurídico **oriundo** da dignidade da pessoa humana **no que tange** às relações familiares, **visto que estas**, para garantirem o direito à felicidade e a uma vida digna (**inerentes** à dignidade humana), **precisam ser pautadas pelo afeto

e não por meras formalidades ***como*** *a do casamento civil.* ***Assim****, "****o princípio do afeto*** *é um princípio constitucional implícito,* ***decorrente*** *da dignidade da pessoa humana e, ainda,* ***da própria*** *união estável",* ***que tem, nele, o principal elemento*** *para reconhecimento do "status" jurídico-familiar de uniões não matrimonializadas.*

(Grifei.)

Também o eminente Professor (**e ilustre** membro do Ministério Público Federal) DANIEL SARMENTO (*op. cit.*, p. 643) *revela igual percepção* em torno dessa particular questão, **reconhecendo**, *no afeto*, **enquanto** valor jurídico-constitucional, **um elemento fundamental** (*e preponderante*) **na esfera** das relações do direito de família, **inclusive** no âmbito das uniões **entre** pessoas ***do mesmo*** sexo:

> ***Enfim, se a nota essencial*** *das entidades familiares* ***no novo*** *paradigma introduzido pela Constituição de 88* ***é a valorização do afeto, não há razão alguma para exclusão*** *das parcerias homossexuais,* ***que podem caracterizar-se*** *pela* ***mesma*** *comunhão e profundidade de sentimentos* ***presentes*** *no casamento* ***ou*** *na união estável entre pessoas de sexos opostos,* ***não existindo****, portanto,* ***qualquer*** *justificativa legítima* ***para a discriminação*** *praticada contra os homossexuais.*
> **(Grifei.)**

VIII. Princípios de Yogyakarta: o direito de constituir família, independente de orientação sexual ou identidade de gênero

Torna-se importante assinalar, *por relevante*, que a postulação ora em exame **ajusta-se** aos *Princípios de Yogyakarta*, **que traduzem** recomendações **dirigidas** aos Estados nacionais, **fruto de conferência** realizada, *na Indonésia*, em novembro de 2006, **sob a coordenação** da Comissão Internacional de Juristas **e** do Serviço Internacional de Direitos Humanos.

Essa **Carta de Princípios** sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos **em relação à orientação sexual e** *identidade de gênero* **fez consignar**, *em seu texto*, **o Princípio n. 24**, *cujo teor assim dispõe*:

> *DIREITO DE CONSTITUIR FAMÍLIA*
>
> ***Toda pessoa tem o direito*** *de constituir uma família,* ***independente*** *de sua orientação sexual* ***ou*** *identidade de gênero.* ***As famílias existem em diversas formas. Nenhuma família*** *pode ser sujeita à discriminação* ***com base*** *na orientação sexual* ***ou*** *identidade de gênero* ***de qualquer*** *de seus membros.*
>
> ***Os Estados deverão****:*
>
> ***a) Tomar todas as medidas legislativas****, administrativas e outras medidas necessárias* ***para assegurar*** *o direito de constituir família,* ***inclusive*** *pelo acesso à adoção* ***ou*** *procriação assistida (****incluindo*** *inseminação de doador),* ***sem discriminação*** *por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero;*
>
> ***b) Assegurar*** *que leis e políticas* ***reconheçam a diversidade de formas de família, incluindo*** *aquelas não definidas por descendência ou casamento* ***e tomar*** *todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias* ***para garantir que nenhuma família*** *possa ser sujeita à discriminação* ***com base*** *na*

orientação sexual ***ou*** *identidade de gênero* ***de qualquer*** *de seus membros,* ***inclusive*** *no que diz respeito à assistência social relacionada à família e outros benefícios públicos, emprego e imigração;*

(...)

f) ***Tomar todas as medidas legislativas,*** *administrativas e* ***outras*** *medidas necessárias* ***para assegurar*** *que qualquer obrigação, prerrogativa, privilégio ou benefício* ***disponível*** *para parceiros não casados de sexo diferente* ***esteja igualmente disponível*** *para parceiros não casados* ***do mesmo*** *sexo; (...).*
(Grifei.)

IX. A colmatação de omissões inconstitucionais: um gesto de respeito pela autoridade da Constituição da República

Nem se alegue, *finalmente*, no caso ora em exame, **a ocorrência** *de eventual ativismo judicial* exercido pelo Supremo Tribunal Federal, **especialmente** porque, **dentre** as inúmeras causas **que justificam** *esse comportamento afirmativo* do Poder Judiciário, **de que resulta** *uma positiva criação jurisprudencial do direito*, **inclui-se a necessidade** de fazer prevalecer **a primazia** da Constituição da República, **muitas vezes** transgredida **e** desrespeitada, *como na espécie, por pura e simples omissão* dos poderes públicos.

Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, **ao suprir as omissões inconstitucionais** dos órgãos estatais **e ao adotar** medidas que objetivem restaurar a Constituição violada **pela inércia** dos poderes do Estado, **nada mais faz** senão cumprir a sua missão constitucional **e demonstrar**, com esse gesto, **o respeito incondicional** que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República.

***Práticas de ativismo judicial*, embora** moderadamente desempenhadas pela Corte Suprema *em momentos excepcionais*, **tornam-se uma necessidade institucional**, quando os órgãos do poder público se omitem **ou** retardam, *excessivamente*, **o cumprimento** de obrigações a que estão sujeitos, *ainda mais se se tiver presente* que o Poder Judiciário, **tratando-se** de comportamentos estatais **ofensivos** à Constituição, **não pode se reduzir** a uma posição de pura passividade.

A omissão do Estado – **que deixa de cumprir**, *em maior* **ou** *em menor extensão*, **a imposição** ditada pelo texto constitucional – **qualifica-se** como comportamento **revestido** da maior gravidade político-jurídica, **eis que**, *mediante inércia*, o poder público **também desrespeita** a Constituição, **também ofende** direitos que nela se fundam **e também impede**, por ausência (**ou** insuficiência) de medidas concretizadoras, **a própria aplicabilidade** dos postulados e princípios da Lei Fundamental, **tal como tem advertido** o Supremo Tribunal Federal:

DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO – MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO.

– O ***desrespeito*** *à Constituição* ***tanto*** *pode ocorrer mediante* ***ação*** *estatal* ***quanto*** *mediante* ***inércia*** *governamental. A situação de inconstitucionalidade* ***pode derivar*** *de um* ***comportamento ativo*** *do Poder Público,* ***que age ou edita*** *normas* ***em desacordo*** *com o que dispõe a Constituição,* ***ofendendo-lhe,*** *assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados.* ***Essa conduta estatal,*** *que*

importa em um "facere" (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. – Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse "non facer" ou "non praestare", resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. (...).
(ADI 1.458 MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO.)

A percepção *da gravidade* **e** *das consequências lesivas* **derivadas** *do gesto infiel* do poder público, **que transgride**, *por omissão* **ou** *por insatisfatória concretização*, **os encargos** de que se tornou depositário, **por efeito** de expressa determinação constitucional, **foi revelada**, entre nós, ***já*** *no período monárquico*, em lúcido magistério, por Pimenta Bueno ("**Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império**", p. 45, **reedição** do Ministério da Justiça, 1958) **e reafirmada** por eminentes autores contemporâneos (José Afonso da Silva, "**Aplicabilidade das Normas Constitucionais**", p. 226, item n. 4, 3. ed., 1998, Malheiros; Anna Cândida da Cunha Ferraz, "**Processos Informais de Mudança da Constituição**", p. 217/218, 1986, Max Limonad; Pontes de Miranda, "**Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969**", tomo I/15 16, 2. ed., 1970, RT, *v.g.*), **em lições que acentuam** *o desvalor jurídico* **do comportamento estatal omissivo**.

O desprestígio da Constituição – *por inércia* de órgãos meramente constituídos – **representa** *um dos mais graves aspectos da patologia constitucional*, **pois** reflete **inaceitável** desprezo, **por parte** das instituições governamentais, **da autoridade suprema** da Lei Fundamental do Estado, que **não** tolera, *porque inadmissível*, o desrespeito, *pela maioria*, dos direitos e interesses **de grupos minoritários**.

Esse protagonismo do Poder Judiciário, **fortalecido** pelo *monopólio da última palavra* **de que dispõe** o Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional (**MS 26.603/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*), *nada mais representa* **senão** o resultado **da expressiva** ampliação das funções institucionais **conferidas** ao próprio Judiciário **pela vigente** Constituição, ***que converteu*** os juízes **e** os Tribunais **em árbitros** dos conflitos **que se registram** no domínio social **e** na arena política, **considerado** *o relevantíssimo papel* que se lhes cometeu, *notadamente* a esta Suprema Corte, **em tema** de jurisdição constitucional.

Daí a plena legitimidade jurídico-constitucional da decisão que o Supremo Tribunal Federal *está a proferir* **neste** julgamento, **que representa** *verdadeiro marco histórico* no processo de afirmação **e** de consolidação dos direitos *da minoria homossexual* em nosso País.

Torna-se de vital importância reconhecer, Senhor Presidente, **que o Supremo Tribunal Federal** – *que é o guardião* da Constituição, por expressa **delegação** do poder constituinte – **não pode renunciar** ao exercício desse encargo, **pois**, se a Suprema

Corte **falhar** no desempenho da **gravíssima** atribuição que lhe foi outorgada, **a integridade** do sistema político, **o amparo** das liberdades públicas (**com** a consequente proteção *dos direitos das minorias*), **a estabilidade** do ordenamento normativo do Estado, **a segurança** das relações jurídicas **e a legitimidade** das instituições da República **restarão** profundamente comprometidas.

Concluo o meu voto, Senhor Presidente. **E**, *ao fazê-lo*, **julgo procedente** a presente ação constitucional, **para**, *com efeito vinculante*, **declarar a obrigatoriedade** do reconhecimento, *como entidade familiar*, da união **entre** pessoas **do mesmo** sexo, **desde** que atendidos **os mesmos** requisitos **exigidos** para a constituição da união estável **entre** homem **e** mulher, **além de também reconhecer**, *com idêntica eficácia vinculante*, que os **mesmos** direitos **e** deveres dos companheiros nas uniões estáveis **estendem-se** aos companheiros na união entre pessoas **do mesmo** sexo.

É o meu voto.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): Ministro Celso, Vossa Excelência me permite? Uma autodeclaração de sessenta mil casais. Dá para supor que o número é bem maior do que esse.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Bem, depois de votos tão brilhantes, exaustivos, a começar pelo voto realmente iluminado do Ministro Relator e de todos os demais Ministros que o seguiram, seria imperdoável que eu tentasse acrescentar alguma coisa, sobretudo em relação a essa postura consensual da Corte em relação à condenação a todas as formas de discriminação, contrária não apenas ao nosso Direito Constitucional, mas à própria compreensão da raça humana a que todos pertencemos com igual dignidade.

A mim resta-me apenas justificar a adesão às conclusões – sobretudo aos resultados, aos dispositivos de ambas as ações –, de maneira breve.

Começo por dizer que teria alguma dificuldade de ordem teórica para conhecer das demandas como ações diretas de inconstitucionalidade, não fosse o fato de que o disposto no art. 1.723 do Código Civil não é reprodução estrita do art. 226, § 3º, da Constituição Federal. Porque, se o fosse, obstáculo teórico e, a meu ver, constitucional, estaria em que não seria possível cogitar-se de interpretação conforme à Constituição de norma infraconstitucional que se limitaria, nessa hipótese, a reproduzir texto constitucional. Estaríamos, sim, diante de um caso de pura interpretação constitucional, que não poderia ser objeto de ação de inconstitucionalidade sob pretexto de que teríamos que interpretar a própria Constituição de acordo com a Constituição.

Mas a diversidade de redação das normas permite, e acho que isto é, de modo muito consistente, a sua racionalidade, a decisão da Corte de conhecer das demandas, exatamente com base na não coincidência semântica entre as duas normas, de tal

modo que é possível enxergar o disposto no art. 1.723 como preceito susceptível de revisão à luz do art. 226, § 3º, e de outras normas constitucionais, que constam, aliás, como causa de pedir de ambas as demandas.

Daí, não posso deixar de admitir a conclusão de que as normas constitucionais e, em particular, a norma do art. 226, § 3º, da Constituição da República, não excluem outras modalidades de entidade familiar. Não se trata de *numerus clausus*. De modo que permite dizer que, tomando em consideração outros princípios da Constituição, como o princípio da dignidade, o princípio da igualdade, o princípio específico da não discriminação e outros, é lícito conceber, na interpretação de todas essas normas constitucionais, que, além daquelas explicitamente catalogadas na Constituição, haja outras entidades que podem ser tidas normativamente como familiares, tal como se dá no caso. Por quê? Porque vários elementos de ordem afetiva, no sentido genérico, e de ordem material da união de pessoas do mesmo sexo, guardam relação de comunidade com certos elementos da união estável entre homem e a mulher. Esta a razão da admissibilidade da consideração da união de duas pessoas do mesmo sexo – não mais que isso –, na hipótese de que estamos cogitando, como entidades familiares para efeitos constitucionais e legais.

E a segunda consequência é que, na disciplina dessa entidade familiar recognocível à vista de uma interpretação sistemática das normas constitucionais, não se pode deixar de reconhecer – e este é o meu fundamento, a cujo respeito eu peço vênia para divergir da posição do ilustre Relator e de outros que o acompanharam nesse passo – que há uma lacuna normativa, a qual precisa ser preenchida. E se deve preenchê-la, segundo as regras tradicionais, pela aplicação da analogia, diante, basicamente, da similitude – não da igualdade –, da similitude factual entre ambas as entidades de que cogitamos: a união estável entre o homem e a mulher e a união entre pessoas do mesmo sexo. E essa similitude entre ambas situações é que me autoriza dizer que a lacuna consequente tem que ser preenchida por algumas normas. E a pergunta é: por que classe de normas?

O Ministro Marco Aurélio fez largo apanhado da necessidade de aplicação, às relações afetivas, das normas próprias do campo do Direito de Família. Não por questão de vaidade, mas por registro histórico, eu fui um dos primeiros – há mais de vinte anos, numa conferência pronunciada na Associação dos Advogados de São Paulo e, depois, estampada na Revista dos Advogados, da mesma Associação – a sustentar, contra a então jurisprudência dominante no Tribunal de Justiça de São Paulo, àquela altura em que não havia normas diretas de regulamentação da união estável, que não podiam ser aplicadas as soluções que a jurisprudência, para atender as exigências próprias do fato social, vinham invocando, sobretudo de normas de Direito não familiar, como sociedade de fato, sociedades de ordem econômica etc. E fui o primeiro a aplicar, no Tribunal de Justiça de São Paulo, em caso de união estável, as normas de Direito de Família. Por quê? Porque realmente essas uniões, ou essas associações, ou essas relações marcadas sobretudo por afetividade, evidentemente não podem ser submetidas às normas que regulam sociedades de ordem comercial ou de ordem econômica.

De modo que, na solução da questão posta, a meu ver e de todos os Ministros da Corte, só podem ser aplicadas as normas correspondentes àquelas que, no Direito de Família, se aplicam à união estável entre o homem e a mulher. Mas nem todas, porque não se trata de situações absolutamente idênticas, senão, como todos tratamos, de equiparação, e de equiparação porque não há, na verdade, igualdade. E, portanto, é preciso respeitar aquilo que cada instituição, em si, tem de particular, não apenas por sua natureza extrajurídica, mas também pela própria natureza normativa de cada qual.

Donde, também julgando procedente a ação, estamos, como bem relevou o Ministro Gilmar Mendes, diante de um campo que eu diria hipotético, que, em relação aos desdobramentos deste importante julgamento da Suprema Corte brasileira, não podemos examinar exaustivamente por diversos motivos. Primeiro, porque os pedidos não o comportariam, e, segundo, porque sequer a nossa imaginação seria capaz de prever todas as consequências, todos os desdobramentos, todas as situações possíveis advindas do pronunciamento da Corte.

Isto por quê? Porque também, como acentuou o Ministro Gilmar Mendes, carecemos de um modelo institucional que o Tribunal pudesse reconhecer e definir de maneira clara e com capacidade de responder a todas as exigências de aplicação a hipóteses ainda não concebíveis.

O isto o que significa? Que da decisão da Corte, importantíssima, sobra espaço dentro do qual, penso eu, com a devida vênia - pensamento estritamente pessoal -, tem que intervir o Poder Legislativo. O Poder Legislativo, a partir de hoje, deste julgamento, precisa expor se e regulamentar as situações em que a aplicação da decisão da Corte será justificada também do ponto de vista constitucional. Há, portanto, uma como convocação que a decisão da Corte implica em relação ao Poder Legislativo, para que assuma essa tarefa, a qual parece que até agora não se sentiu ainda muito propenso a exercer, de regulamentar esta equiparação.

Isto é um ponto de vista estritamente...

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Senhor Presidente, essa observação de Vossa Excelência é importante, até porque algumas tentativas de regulamentação no plano infraconstitucional esbarravam numa possível impugnação perante o Supremo Tribunal Federal, para aqueles que argumentavam que uma lei seria, de plano, considerada inconstitucional. A decisão do Supremo retira qualquer consideração nesse sentido.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Retira qualquer óbice à atuação do Legislativo.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Qualquer óbice, mostrando, pelo contrário, que o que se entende é um imperativo, a regulação do que estamos a reconhecer de direitos fundamentais decorrentes dessa situação específica.

Portanto, isso é mais um convite, mais uma justificativa para que, de fato,

eventuais dúvidas, situações peculiares dessas relações possam ser eventualmente disciplinadas.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): Eu concordo. A nossa decisão claro que opera por si, mas não fecha os espaços de legiferação pelo Congresso Nacional.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Exatamente. Ao contrário.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Ao contrário, exige que esses espaços sejam ocupados.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Acho que convoca o Poder Legislativo, o Congresso Nacional a colaborar com a decisão da Suprema Corte para superar todas as situações que são, na verdade, situações dramáticas do ponto de vista social, porque resultantes de uma discriminação absolutamente injustificável.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): Se me permite, Excelência, a nossa decisão, na linha do pensamento de Vossa Excelência - espero traduzir bem -, é um abrir de portas para a comunidade homoafetiva, mas não é um fechar de portas para o Poder Legislativo.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Nada, ao contrário. Estamos todos de acordo, portanto, também nisso. E não me estendendo mais, mas cumprimentando Vossa Excelência, em primeiro lugar, depois a todos os demais Ministros pelas brilhantes argumentações e justificações, também me congratulo com a Corte pela posição hoje tomada, e tomada por unanimidade.

Encerrando a sessão, vou proclamar o resultado.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Presidente, se vossa Excelência me permitir, eu só gostaria de fazer um apelo ao eminente Relator para que contemplasse, na ementa, como nós vínhamos até estabelecendo, a diversidade de fundamentos trazidos.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): De fundamentos. Perfeito, sem dúvida.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): O que ficou muito claro é que foram vários os fundamentos, convergentes, todos, mas vários.

O Sr. Ministro Ayres Britto (Relator): Exatamente.

DEBATE

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Presidente, só uma questão final: Como nós temos, em nossos gabinetes, alguns casos baseados nesta matéria, indago de Vossa Excelência se poderia delegar aos Ministros para decidir, monocraticamente, quando for a mesma questão?

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Finalmente, Vossas Excelências estão

de acordo em autorizar que os Ministros decidam, monocraticamente, a mesma questão nos processos que lhes estão submetidos?

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Então, fica delegado aos Ministros.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Ou melhor, independentemente da redação do acórdão, porque publicação da decisão, acabamos de fazê-la.

EXTRATO DA ATA

ADI 4.277/DF — Relator: Ministro Ayres Britto. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Interessados: Presidente da República (Advogado: Advogado-Geral da União), Congresso Nacional, Conectas Direitos Humanos, Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros - ABGLT (Advogados: Marcela Cristina Fogaça Vieira e outros), Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo (Advogados: Fernando Quaresma de Azevedo e outros), Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM (Advogado: Rodrigo da Cunha Pereira), Associação Eduardo Banks (Advogado: Reinaldo José Gallo Júnior), Conferência Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB (Advogados: João Paulo Amaral Rodrigues e outros).

Decisão: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal conheceu da ADPF 132 como ação direta de inconstitucionalidade, por votação unânime. Prejudicado o primeiro pedido originariamente formulado na arguição de descumprimento de preceito fundamental, por votação unânime. Rejeitadas todas as preliminares, por votação unânime. Em seguida, o Tribunal, ainda por votação unânime, julgou procedente as ações, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, autorizados os Ministros a decidirem monocraticamente sobre a mesma questão, independentemente da publicação do acórdão. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Impedido o Ministro Dias Toffoli.

Presidência do Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli e Luiz Fux. Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 5 de maio de 2011 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

HABEAS CORPUS 103.706 – SP

Relator: O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski

Paciente: Lucas Antonio da Silva Bandeira

Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo

Coator: Superior Tribunal de Justiça

Processual penal. *Habeas corpus*. Suspensão condicional do processo. Alegação de ofensa ao trânsito em julgado. Acórdão do Superior Tribunal Justiça anterior à decisão ora questionada. Inexistência. Possibilidade de revogação do benefício após o término do período de prova. Precedentes do STF. Ordem denegada.

I – Afastada, preliminarmente, a alegação de que a decisão ora atacada afrontou o trânsito em julgado de acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que teria julgado a mesma questão em momento anterior.

II – Não há informações, nos autos, sobre a existência de outro recurso julgado pelo STJ sobre a questão tratada neste *writ*, a não ser o recurso especial ora questionado, não tendo a impetrante se desincumbido do seu ônus probatório.

III – Esta Corte já firmou entendimento no sentido de que o benefício da suspensão condicional do processo pode ser revogado após o período de prova, desde que os fatos que ensejaram a revogação tenham ocorrido antes do término deste período.

IV – Sobrevindo o descumprimento das condições impostas durante o período de suspensão, deve ser revogado o benefício, mesmo após o término do prazo fixado pelo juiz.

V – *Habeas corpus* denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, indeferir o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio.

Brasília, 9 de novembro de 2010 – Ricardo Lewandowski, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Trata se de *habeas corpus*, com pedido de medida liminar, impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, em favor de *Lucas Antonio da Silva Bandeira*, contra decisão do Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJCE), Relator do REsp 1.168.499/SP do Superior Tribunal de Justiça, que, monocraticamente, deu provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público paulista.

A impetrante narra, em suma, que o paciente foi denunciado pela suposta prática do delito previsto no art. 342, § 1º, do Código Penal, sendo-lhe concedida a suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei 9.099/1995.

Aduz, mais, que, ao término do período de prova sem a revogação do benefício, foi declarada a extinção da punibilidade do denunciado.

Inconformado, o *Parquet* bandeirante interpôs recurso em sentido estrito na Corte local, que o desproveu. Na sequência, manejou recurso especial, que, segundo a impetrante, teve o seguimento negado pela Quinta Turma do STJ.

Prossegue, informando que, "por entender que não houve intimação pessoal do Defensor Público, o Presidente da Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo realizou um novo juízo de admissibilidade do Recurso Especial, admitindo o mesmo e remetendo-o ao Superior Tribunal de Justiça para novo julgamento" (fl. 4).

Diz, ainda, que, ao examinar novamente o recurso, a Sexta Turma do Superior Tribunal deu lhe provimento para revogar o benefício da suspensão condicional do processo e determinar o prosseguimento da ação penal.

É contra o acórdão da Corte Superior que se insurge a impetrante.

Sustenta, em síntese, a violação do trânsito em julgado da decisão proferida pela Quinta Turma do STJ, além da afronta à jurisprudência dominante desta Suprema Corte.

Argumenta, para tanto, que a falta de intimação do defensor público não é fundamento suficiente para a realização de um novo juízo de admissibilidade do recurso especial, uma vez que não houve impugnação da defesa ou da acusação nesse sentido, o que violaria o princípio da inércia.

Assevera, também, a afronta ao princípio do juiz natural, posto que o novo recurso deveria ter sido distribuído, por prevenção, para a Quinta Turma, de modo a impedir a existência de decisões conflitantes sobre o mesmo caso.

Alega, outrossim, a violação do devido processo legal, em virtude da atuação de ofício do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, bem como à coisa julgada formal e material, "eis que já havia sido certificado o trânsito em julgado da decisão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (certidão em anexo), sem que houvesse nenhuma impugnação da decisão colegiada" (fl. 5).

Menciona, ademais, em abono aos argumentos expendidos, precedentes desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça.

Requer, ao final, liminarmente, a suspensão da decisão proferida pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça e, no mérito, a cassação daquele julgado.

Em 30-4-2010, indeferi o pedido de medida liminar, solicitei informações ao Superior Tribunal de Justiça e ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, bem como determinei, na sequência, fosse ouvido o Procurador-Geral da República (fls. 110-111).

O TJSP prestou os esclarecimentos de fls. 134-137 e encaminhou os documentos de fls. 138-370.

O Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador Convocado do TJCE), do STJ, por sua vez, prestou as informações de fl. 376 e remeteu os documentos de fls. 377-390.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador Geral da República Wagner Gonçalves, manifestou se pela denegação da ordem (fls. 392-395).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Bem examinados os autos, tenho que o caso é de denegação da ordem.

A impetrante sustenta, em síntese, que a decisão ora questionada afrontou o trânsito em julgado de uma decisão da Quinta Turma do STJ, proferida em um recurso ajuizado pelo Ministério Público estadual, que tratava da mesma questão.

Argumenta, ainda, não ser possível a revogação do benefício da suspensão condicional do processo depois de ultrapassado o período de prova a que se submete o acusado.

Não tem razão, contudo.

Afasto, preliminarmente, a alegação de que a decisão ora atacada, proferida no REsp 1.168.499/SP, afrontou o trânsito em julgado de um acórdão da Quinta Turma do STJ, que julgou a mesma questão, em momento anterior.

Consta dos autos que, contra a decisão de primeiro grau, que julgou extinta a punibilidade do paciente, com base no § 5º do art. 89 da Lei 9.099/1995, o Ministério Público do Estado de São Paulo interpôs recurso em sentido estrito (Processo 990.08.087510/8), o qual foi desprovido pela Décima Quarta Câmara de Direito Criminal do Tribunal bandeirante (fls. 50-54).

Inconformado, o *Parquet* estadual interpôs recurso especial (fls. 289-297),

sendo certificado o trânsito em julgado daquela decisão para a defesa, em 23-2-2009 (fl. 304).

Em face da ausência de intimação pessoal da Defensoria paulista quanto ao acórdão proferido no recurso em sentido estrito, foi determinado o cancelamento do trânsito em julgado e a baixa dos autos à primeira instância para esse fim (fls. 308, 311 e 313).

Decorrido o prazo recursal sem qualquer manifestação, em 8-9-2009, foi novamente certificado o trânsito em julgado para a defesa (fl. 318).

Em 8-10-2009, o recurso especial interposto pelo MP foi admitido na origem (fls. 320-321), com a remessa dos autos ao Superior Tribunal de Justiça (fl. 324).

Na Corte Superior, o recurso foi autuado como REsp 1.168.499/SP, Rel. Min. Haroldo Rodrigues (Desembargador Convocado do TJCE), sendo provido por decisão monocrática do Relator para revogar o benefício da suspensão condicional e determinar o prosseguimento da ação penal movida contra o paciente (fl. 333).

Baixados os autos ao juízo processante, este declarou extinta a punibilidade do paciente, desta feita reconhecendo a prescrição da pretensão punitiva, muito embora tenha constado da decisão a ocorrência de prescrição da pretensão executória (fls. 336-337).

Foi interposto, então, novo recurso em sentido estrito pelo Ministério Público do Estado (fls. 339-342), o qual, segundo informações obtidas por meio do sítio eletrônico do TJSP, foi provido para afastar o prescrição da pretensão punitiva reconhecida na decisão de primeiro grau (Processo 990.10.244024-9), em acórdão publicado no *DJE* de 23-9-2010.

Como se vê, em momento algum é mencionada a existência de outro recurso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, a não ser o REsp 1.168.499/SP, ora questionado.

No mesmo sentido, aliás, foi a manifestação do Ministério Público Federal, que assim resumiu a questão:

> 6. Primeiramente, importa esclarecer que as irresignações do impetrante contra um suposto desrespeito a acórdão proferido pela Quinta Turma do STJ vieram desacompanhadas do mínimo suporte probatório. A defesa alega que, anteriormente ao julgamento do REsp 1.168.499, foi negado seguimento a um outro recurso especial do Ministério Público, contudo, não trouxe aos autos o teor do citado *decisum* ou mesmo o número do processo a ele correspondente. Além disso, as informações prestadas pela Corte Regional e pelo Eg. STJ não mencionam, em momento algum, a existência de outro recurso especial que não o REsp 1.168.499.
>
> 7. Assim, considerando que o *habeas corpus* é ação que exige prova pré-constituída e que a defesa não atendeu a tal ônus, torna-se inviável conhecer das alegações de desrespeito à coisa julgada, aos princípios do juiz natural e do devido processo legal, porquanto vinculadas a um julgamento cuja existência não foi comprovada.
>
> (Fl. 394.)

Cumpre ressaltar, ainda, que, em pesquisa no sítio eletrônico do Superior de Justiça, realizada pelo nome do ora paciente, verifica-se tão somente a existência do REsp 1.168.499/SP e da Rcl 4.118/SP, distribuída em 4-5-2010, que também trata da suposta violação da coisa julgada.

Passo, então, à análise da alegação de que não seria possível a revogação do benefício da suspensão condicional do processo depois de ultrapassado o período de prova a que se submete o acusado.

A decisão ora questionada tem os seguintes fundamentos:

Com efeito, esta Corte tem decidido que, na suspensão condicional do processo, no caso de descumprimento das condições impostas, mostra-se possível a revogação do benefício da suspensão condicional do processo, mesmo após o período de prova, a teor do disposto no parágrafo 4º do artigo 89 da Lei 9.099/1995. Vejam-se:

A – "Recurso especial. Processo penal. Suspensão condicional do processo. Lei 9.099/95. Descumprimento das condições impostas durante o período de prova. Revogação do benefício após o fim do prazo suspensivo. Irrelevância. Recurso provido.

1. Resta pacificado neste Sodalício que, não cumpridas as condições impostas no *sursis* processual, é possível a revogação da benesse, mesmo depois do período de prova, tendo em vista o disposto no art. 89, § 4º, da Lei 9.099/1995.

2. Recurso Especial provido para que seja restabelecida a decisão de fl. 70, a qual revogou o benefício de suspensão condicional do processo, dando-se prosseguimento à ação penal."

(REsp n. 1031477/RS, Relator o Ministro **Jorge Mussi**, *DJE* de 30-11-2009.)

B – "Embargos de declaração no habeas corpus. Suspensão condicional do processo. Descumprimento dos requisitos. Revogação após o término do período de prova. Possibilidade. Omissão, obscuridade ou contradição não verificadas. Fundamentação suficiente.

1. Consoante prevê o art. 619 do Código de Processo Penal, os embargos de declaração destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade, ambiguidade ou eliminar contradição existentes no julgado, hipóteses que não se verificam na espécie.

2. Não está o Julgador obrigado a responder todas as alegações das partes, a ater-se às razões por elas expostas, tampouco a refutar um a um todos seus argumentos, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

3. Não se verifica qualquer omissão do acórdão impugnado em não ter apreciado expressamente todos os motivos que ensejaram a revogação do benefício, como o não comparecimento do Paciente perante Juízo, diante do reconhecimento da procedência de, ao menos, uma delas, qual seja, o não ressarcimento do prejuízo à vítima injustificadamente, uma vez que suficiente de per si para a revogação da benesse.

4. Embargos rejeitados."

(EDcl no HC 66.779/RJ, Relatora a Ministra **Laurita Vaz**, *DJ* de 26-3-2007.)

C – "Recurso especial. Processual penal. Lei 9.099/95. Suspensão condicional do processo. Revogação durante o período de prova. Recurso provido.

1. O descumprimento de qualquer das condições legais implica a imediata revogação da benesse processual da Lei nº 9.099/95, ainda que a autoridade judicial somente venha a obter tal ciência após o término do período de prova.

2. Recurso provido para cassando o acórdão objurgado, determinar o prosseguimento do processo crime."

(REsp 759.032/SP, Relator o Ministro **Hélio Quaglia Barbosa**, *DJU* de 28-8-2006.)

Diante do exposto, dou provimento ao recurso especial para revogar o benefício da suspensão condicional do processo concedido ao recorrido, determinando o prosseguimento do feito.

(Fls. 378/379 – Grifos no original.)

Com efeito, cumpre registrar que a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça está em consonância com a orientação desta Corte no sentido de que o benefício da suspensão condicional do processo pode ser revogado após o período de prova, desde que os fatos que ensejaram a revogação tenham ocorrido antes do término desse período.

Nesse sentido, transcrevo o entendimento sedimentado em ambas as Turmas deste Tribunal:

Processual penal. Habeas corpus. Suspensão condicional do processo. Possibilidade de revogação do benefício após o término do período de prova. Precedentes do STF. Ordem denegada.

I – Esta Corte já firmou entendimento no sentido de que o benefício da suspensão condicional do processo pode ser revogado após o período de prova, desde que os fatos que ensejaram a revogação tenham ocorrido antes do término deste período.

II – Sobrevindo o descumprimento das condições impostas, durante o período de suspensão, deve ser revogado o benefício, mesmo após o término do prazo fixado pelo juiz.

III – *Habeas corpus* denegado.

(HC 95.683/GO, de minha relatoria).

Ação penal. Processo. Suspensão condicional. Revogação após transcurso do período de prova. Admissibilidade. Fato ocorrido antes de seu termo. Precedente *habeas corpus* denegado. **O benefício da suspensão condicional do processo pode ser revogado ainda após o transcurso do período de prova, desde que motivado por fatos ocorridos dentro daquele prazo.**

(HC 90.738/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso – Grifos meus.)

Habeas corpus. Suspensão condicional do processo. Possibilidade de revogação do benefício após o término do período de prova. Precedentes do STF. Ordem denegada. 1. **Esta Suprema Corte já "firmou entendimento no sentido de que o benefício da suspensão condicional do processo pode ser revogado**

após o período de prova, desde que os fatos que ensejaram a revogação tenham ocorrido antes do término deste período" (HC 84.654/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJ* de 1º-12-2006). **2. Tendo ocorrido o descumprimento das condições impostas, durante o período de suspensão, deve ser revogado o benefício, mesmo após o término do prazo fixado pelo juiz. 3. *Habeas corpus* denegado.**
(HC 97.527/MG, Rel. Min. Ellen Gracie - Grifos meus.)

Habeas corpus. Processual penal. Sursis processual: revogação após o período de prova por descumprimento das condições antes do seu término. Possibilidade. Precedentes. Habeas corpus denegado.

1. **A suspensão condicional do processo pode ser revogada, mesmo após o seu termo final, se comprovado que o motivo da sua revogação ocorreu durante o período do benefício.** Precedentes.

2. *Habeas corpus* denegado.
(HC 90.833/RJ, Rel. Min. Cármen Lúcia - Grifos meus.)

Habeas corpus. Revogação do sursis processual após o período de prova, mas por fatos ocorridos até o final daquele período. Pretensão de ser declarada extinta a punibilidade do paciente, que estaria consumada no momento em que se verifica o término do período de prova. **A interpretação do § 5º do art. 89 da Lei 9.099/1995 permite concluir pela inexistência de óbice a que o juiz decida acerca da revogação do sursis ou da extinção da punibilidade após o término do período de prova. Assim, pode haver a revogação mesmo depois de expirado o referido período, desde que motivada por fatos ocorridos até o seu término.** Precedente: HC 80.747. Caso em que a revogação do benefício, embora requerida após ultimado o período de prova, se lastreou em fato ocorrido durante esse período, ensejando instauração de processo e condenação com trânsito em julgado, antes mesmo do fim do referido biênio probatório. Essa informação de julgamento condenatório definitivo afasta, inclusive, o exame da constitucionalidade do § 3º do art. 89 da Lei 9.099/1995, à luz da presunção de não culpabilidade. *Habeas corpus* indeferido.
(HC 84.660/SP, Rel. Min. Carlos Britto - Grifos meus.)

Na mesma esteira, cito, entre outros, os seguintes precedentes: HC 87.927/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia; HC 85.106/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; HC 84.654/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa; e HC 88.785/SP, Rel. Min. Eros Grau.

No caso concreto, o Ministério Público estadual relata, em seu recurso em sentido estrito, que o paciente, em diversas oportunidades, deixou de comparecer em juízo para informar e justificar as suas atividades, conforme ficou estabelecido na proposta de suspensão do processo por ele aceita (fl. 30).

Destaca, para tanto, que a suspensão teve início em 24-5-2006 e as faltas se deram em julho/2006, agosto/2006 e em outras cinco oportunidades, sem mencionar, contudo, as respectivas datas.

Diz, ainda, que, em 15-5-2008, o magistrado processante determinou a intimação do paciente para comparecer em juízo e justificar a falta ocorrida em abril/2008, tendo ele comparecido no mês de maio/2008 e afirmado que a sua falta teria ocorrido em razão do seu trabalho (fls. 30-32). Mesmo assim, aquele magistrado optou por "declarar extinta a punibilidade em razão de ausência de revogação no curso do prazo" (fl. 33).

Assevera, em seguida, que, com exceção dessa última ocorrência, em nenhuma das outras o Ministério Público foi chamado a manifestar se sobre o descumprimento das condições impostas, o que o impediu de solicitar a revogação do benefício, antes do término do período de prova estabelecido.

Com essas observações do *Parquet* estadual, entendo cabível a revogação da suspensão condicional do processo, mesmo após o término do período de provas, pois o descumprimento das condições impostas ocorreu, efetivamente, durante aquele lapso temporal.

Ante esse quadro, penso que não há qualquer constrangimento ilegal contra o paciente a ser afastado por esta Corte, razão pela qual denego a ordem.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, peço vênia para ficar vencido na segunda parte.

EXTRATO DA ATA

HC 103.706/SP — Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Paciente: Lucas Antonio da Silva Bandeira. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo (Procurador: Defensor Público-Geral do Estado de São Paulo). Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Por maioria de votos, a Turma indeferiu o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski.

Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão o Ministro Marco Aurélio, a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Dias Toffoli. Compareceu à sessão o Ministro Joaquim Barbosa para julgar processos a ele vinculados. Subprocuradora Geral da República, Dra. Cláudia Sampaio Marques.

Brasília, 9 de novembro de 2010 — Fabiane Duarte, Coordenadora.

RECURSO ESPECIAL N. 952.351-RJ (2007/0113128-6)

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho
Recorrente: Petróleo Brasileiro S/A Petrobras e outro
Advogado: Candido Ferreira da Cunha Lobo e outro(s)
Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

EMENTA

Administrativo. Recurso especial. Ação civil pública sob a imputação de ato de improbidade administrativa. As disposições da Lei n. 8.429/1992 são aplicáveis ao particular que, em tese, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta. O Ministério Público possui legitimidade atido para a propositura da ação civil pública por ato de improbidade. Exigência da demonstração da justa causa para o recebimento da petição inicial. Recurso especial provido.

1. Nos termos do art. 3º da Lei n. 8.429/1992, é considerado sujeito ativo da Lei de Improbidade o particular que, em tese, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

2. O Ministério Público tem legitimidade ad causam para a propositura de ação civil pública objetivando o ressarcimento de danos ao erário, decorrentes de atos de improbidade (AgRg no AREsp n. 76.985-MS, Rel. Min. *Cesar Asfor Rocha*, DJe 18.5.2012).

3. As ações judiciais fundadas em dispositivos legais insertos no domínio do Direito Sancionador, o ramo do Direito Público que formula os princípios, as normas e as regras de aplicação na atividade estatal punitiva de crimes e de outros ilícitos, devem observar um rito que lhe é peculiar, o qual prevê, tratando-se de ação de imputação de ato de improbidade administrativa, a exigência de que a petição inicial, além das formalidades previstas no art. 282 do CPC, deva ser instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade (art. 17, § 6º da Lei n. 8.429/1992), sendo certo que ação temerária, que não convença o Magistrado da existência do ato de improbidade ou da procedência do pedido, deverá ser rejeitada (art. 17, § 8º da Lei n. 8.429/1992).

4. As ações sancionatórias, como no caso, exigem, além das condições genéricas da ação (legitimidade das partes, o interesse e a possibilidade jurídica do pedido), a presença da justa causa, consubstanciada em elementos sólidos que permitem a constatação da tipicidade da conduta e a viabilidade da acusação.

5. *In casu*, o douto Magistrado a quo, apesar de ter analisado e afastado cada uma das preliminares arguídas pelos réus em consonância com a orientação jurisprudencial desta Corte, deixou de demonstrar a existência de indícios da prática do ato ímprobo e de autoria do ilícito, ou seja, a justa causa para a propositura da presente ação civil pública por ato de improbidade administrativa.

6. Recurso Especial provido para determinar o retorno dos autos à instância de origem a fim de que o Magistrado a quo avalie a presença da justa causa ao emitir o juízo de admissibilidade da petição inicial da presente ação civil pública de improbidade administrativa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial para determinar o retorno dos autos à instância de origem a fim de que o Magistrado *a quo* avalie a presença da justa causa ao emitir o juízo de admissibilidade da petição inicial da presente ação civil pública de improbidade administrativa, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Teori Albino Zavascki e Arnaldo Esteves Lima (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ari Pargendler.

Brasília (DF), 4 de outubro de 2012 (data do julgamento).

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator

DJe 22.10.2012

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Trata-se de Recurso Especial interposto por *Petróleo Brasileiro S/A Petrobras e outro* com fundamento na alínea a do art. 105, III da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim ementado:

Agravo Regimental. Artigo 557 do CPC. Agravo de Instrumento. Ação Civil Pública. Decisão interlocutória proferida pela Douta Juíza Singular que recebeu a petição inicial e determinou a citação dos Réus. Inconformismo. Decisão monocrática desta Relatora negando seguimento ao recurso manifestamente improcedente e em confronto com a jurisprudência dominante do STJ e do TJER. Nova insatisfação dos Agravantes. Entendimento desta Relatora quanto à rejeição das preliminates arguidas pelos Agravantes, consubstanciadas na ilegitimidade ativa e passiva, inépcia da petição inicial e inadequação da via eleita. As disposições da Lei n. 8.429/1992, na forma do seu artigo 3o., são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta. A legitimidade ativa do Parquet para a propositura da ação civil pública que visa proteger o patrimônio público e a moralidade administrativa decorre de previsão constitucional. Artigo 129, inciso III da CRFB. A petição inicial da aludida ação civil pública está em perfeita consonância com a previsão do artigo 282 do CPC. A ação civil pública é a via processual adequada para a proteção do patrimônio público, dos princípios constitucionais de administração pública e para a repressão de atos de improbidade administrativa. Precedente do STJ. O *meritum causae* deve ser objeto da apreciação do Juízo singular após o exaurimento da instrução processual, não sendo apropriada a realização da sua análise nessa fase em que os réus sequer apresentaram suas contestações. Precedentes do TJERJ. Inexistência de argumentos hábeis a infirmar a decisão monocrática proferida por esta Relatora. Desprovimento do Agravo Interno (fls. 213).

2. Em seu apelo especial, sustentam os recorrentes que o acórdão recorrido violou os arts. 2º, 3º, 12, 16 e 17, § 8º da Lei n. 8.429/1992 e 282 e 286 do CPC, sob os seguintes fundamentos: (a) não possuem legitimidade para figurar no pólo passivo da demanda, uma vez que *não causaram qualquer prejuízo ao erário, tendo cumprido apenas cláusula de Termo de Compromisso, firmando Convênio que o MP pretende ver declarado nulo, tendo efetivado o repasse das verbas estipuladas para a fundação indicada pelo Estado do Rio de Janeiro, tudo conforme de observa em análise dos instrumentos acostados aos autos* (fls. 232); (b) a Petrobrás, pessoa jurídica de direito privado, não pode figurar no polo passivo da ação de improbidade; (c) deve ser declarada a inépcia da inicial, em razão do pedido genérico e indeterminado, que não correlaciona os fatos com a demanda; (d) ilegitimidade ativa do Ministério Público estadual para propor ação civil pública que não esteja em consonância com seus objetivos traçados pela Constituição Federal, como no caso; (e) inadequação da via eleita, já que a reparação de danos ao erário por atos de improbidade não se enquadra nos casos expressamente previstos na legislação em vigor; e (f) quanto ao mérito, aduz a desnecessidade de instauração de procedimento licitatório para firmar convênio.

3. Com as contrarrazões de fls. 297-307 e admitido o recurso pelo Tribunal *a quo*, subiram os autos para esta Corte Superior.

4. É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator): 1. Dessume-se dos autos que o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro ingressou com Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa em face do Estado do Rio de Janeiro, André Gustavo Pereira Correa da Silva, Fundação João Daudt de Oliveira, Armando Daudt de Oliveira Filho, Petróleo Brasileiro S/A e Kuniyuki Terabe, com fundamento nos arts. 10, V e VIII da Lei n. 8.429/1992, por suposta irregularidade nas obras do "Piscinão de São Gonçalo".

2. Ressalte-se, inicialmente, que as ações judiciais calcadas em dispositivos legais insertos no domínio do Direito Sancionador, ramo do Direito Público que formula os princípios, as normas e as regras de aplicação na atividade estatal punitiva de crimes e outros delitos, devem observar um procedimento que lhe é peculiar, como é o caso da ação de improbidade administrativa, que deve seguir rito próprio, previsto na Lei n. 8.429/1992, que a sujeita a condições específicas que não se exigem para os demais processos cíveis.

3. Cite-se, a propósito, a exigência prevista na Lei n. 8.429/1992 de que a petição inicial, além das formalidades previstas no art. 282 do CPC, deva ser instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade (art. 17, § 6º), sendo certo que A ação temerária, que não convença o Magistrado da existência do ato de improbidade ou da procedência do pedido, deverá ser rejeitada (art. 17, § 8º).

4. Além disso, a Lei de Improbidade Administrativa impõe a necessidade de prévia ouvida do acionado para que apresente manifestação por escrito antes de o Juiz decidir pelo recebimento ou não da petição inicial (art. 17, § 7º), marcando o encerramento da fase preliminar.

5. Tal fase preliminar se justifica diante da preocupação do legislador de impedir o abusivo direito de acionar, que causam ao acionado graves consequências de ordem moral e jurídica. Conforme bem observado pelo Professor MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS, ao citar as ponderações realizadas por Adilson Abreu Dallari, em sua monografia sobre Limitações à atuação do Ministério Público na Ação Civil Pública, *é um constrangimento, de qualquer maneira, para qualquer pessoa, ser processado. Uma autoridade pública, quando é processada, tem um desgaste muito maior que qualquer cidadão, porque o simples fato de ser processado tem grande repercussão política na pessoa. Esse risco, bastante concreto, desestimula gente decente, honesta, correta, a ousar trabalhar na Administração Pública* (O Limite da Improbidade Administrativa, Comentários à Lei 8.429/92, Rio de Janeiro, Forense, 2010, p. 553).

6. Não se há de perder de vista que em todos os ramos do Direito Sancionador devem ser sempre respeitadas as garantias que cercam o exercício do *jus puniendi* estatal, culturalmente consagradas no Processo Penal moderno, que agasalha a regra constitucional do devido processo legal que, uma vez desrespeitada, produz

inevitavelmente a nulidade do processo em que ocorreu. Corroborando com esse entendimento, cumpre novamente trazer à baila a lição do douto Professor MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS:

> O prévio juízo de admissibilidade da ação regularmente instruída segue o ritual do contraditório, no melhor estilo democrático processual, em que o autor e réu possuem a liberdade de expor suas razões da maneira mais cristalina possível, para que o magistrado possua elementos sólidos para que, em uma cognição sumária, não exauriente, possa aferir se a ação de improbidade administrativa possui elementos sólidos ou não passa de criação intelectual do seu subscritor, sem viabilidade jurídica concreta.
>
> (...).
>
> Caso seja descumprida a presente determinação legal estatuída pelo § 7º do art. 17 da Lei n. 8.429/1992, não resta dúvida de que será violado o devido processo legal, estabelecido no art. 5º, LV da CF.
>
> Recebida a ação, após o oferecimento das razões preliminares do réu, existirá a possibilidade de ultrapassar-se a admissibilidade da lide para a posteriori serem determinadas as medidas de urgência.
>
> A notificação prévia dos requeridos, como condição que antecede à citação, é necessária, e a sua inobservância gera nulidade (ob. cit., p. 558-560).

7. De fato, o sistema de garantias não deve ser flexibilizado em favor de interesses administrativos, ainda que possam ser reconhecidos e proclamados como da mais alta relevância, porquanto sobre eles avultam os princípios e as normas postas na Carta Magna; também é preciso lembrar que o Poder Público se submete à jurisdição, ou seja, também deve reverência às garantias processuais, não podendo promover a defesa dos seus interesses, senão dentro das demarcações do processo.

8. *In casu*, após a apresentação de defesa prévia, o Magistrado de 1º grau, afastando as preliminares suscitadas, recebeu a inicial da ação civil pública e determinou a citação de todos os réus.

9. Registre-se, inicialmente, que não merece prosperar a irresignação dos recorrentes quanto às preliminares arguídas, conforme se passa a demonstrar.

10. Quanto à preliminar de ilegitimidade passiva, o art. 3º da Lei n. 8.429/1992 dispõe que também é considerado sujeito ativo da Lei de Improbidade o particular que, em tese, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

11. Em relação à alegação de ilegitimidade ativa do Ministério Público Estadual, bem como da impossibilidade de se pleitear a reparação de danos ao erário por atos de improbidade por Ação Civil Pública, o STJ já firmou o entendimento de que *o Ministério Público tem legitimidade ad causam para a propositura de ação civil pública objetivando o ressarcimento de danos ao erário, decorrentes de atos de improbidade* (AgRg no AREsp n. 76.985-MS, Rel. Min. *Cesar Asfor Rocha*, DJe 18.5.2012). No mesmo sentido, citem-se:

> Administrativo. Improbidade. Art. 11 da Lei n. 8.429/1992.

Ministério Público. Legitimidade. Notificação. Defesa prévia. Dispensa. Ausência de prejuízo. Acórdão proferido com base em vasto exame de material probatório. Súmula n. 7-STJ. Hipótese que admite configuração de ato de improbidade. Violação do art. 535 do CPC. Ausência. Penalidades aplicadas. Correto juízo de proporcionalidade. Não conhecimento do recurso pela alínea c.

(...).

Ministério Público possui legitimidade para ajuizar Ação Civil Pública com o intuito de combater a prática da improbidade administrativa. Condutas ímprobas podem ser deduzidas em juízo por meio de Ação Civil Pública, não havendo incompatibilidade, mas perfeita harmonia, entre a Lei n. 7.347/1985 e a Lei n. 8.429/1992, respeitados os requisitos específicos desta última. Precedentes do STJ.

(...). (REsp n. 1.233.629-SP, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 14.9.2011).

Administrativo e Processual Civil. Agravo regimental no agravo de instrumento. Mandado de segurança. Inquérito civil instaurado pelo Ministério Público para o fim de apurar a prática de ato de improbidade administrativa por parte de magistrado. Possibilidade. Súmula n. 83 do STJ. Artigos 9º, 10º e 11 da Lei n. 8.429/1992 não prequestionados, bem como os artigos 29 a 45 da LC n. 35/1979. Súmula n. 211 do STJ. Alegação de violação a artigos de lei sem a devida fundamentação. Súmula n. 284 do STF. Ausência de violação do art. 535 do CPC.

(...).

2. Outrossim, é pacífico o entendimento jurisprudencial do STJ, no sentido de que o Ministério Público Estadual tem legitimidade para o ajuizamento da ação civil pública por ato de improbidade administrativa e a instauração do respectivo inquérito civil, mesmo que em face de magistrado. A esse respeito: REsp n. 783.823-GO, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 26.5.2008; REsp n. 861.566-GO, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 23.4.2008; REsp n. 695.718-SP, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJ 12.9.2005.

(...). (AgRg no Agn. 1.338.058-MG, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 8.4.2011).

12. Ocorre que, apesar de ter analisado e afastado cada uma das preliminares arguídas pelos réus em consonância com a orientação jurisprudencial desta Corte, o douto Magistrado deixou de demonstrar a existência de indícios da prática do ato ímprobo e de autoria do ilícito, ou seja, a justa causa para a propositura da presente ação civil pública por ato de improbidade administrativa.

13. Com efeito, as ações sancionatórias, como no caso, exigem, além das condições genéricas da ação (legitimidade das partes, o interesse e a possibilidade

jurídica do pedido), a presença da justa causa, consubstanciada em elementos sólidos, que permitem a constatação da tipicidade da conduta e a viabilidade da acusação.

14. Por oportuno, vale transcrever as ilações da douta Ministra *Maria Thereza de Assis Moura* acerca da justa causa no âmbito penal:

> A posição mais avençada da doutrina, e que também encontra algum respaldo na jurisprudência, admite que a justa causa diga respeito também a questões de fato, e sendo assim, vincula o recebimento da denúncia ou queixa à prova da existência material de conduta típica, na hipótese, e de indícios de que o acusado seja seu autor; ambas devem decorrer dos elementos de informação, colhidos na fase investigatória, de maneira a servir de base à acusação formulada.
>
> Prova induvidosa da ocorrência de um fato delituoso, na hipótese, e prova ou indícios de autoria, apurados em inquérito policial ou nas peças de informação que acompanham a acusação: é neste binômio que, para esta postura, consiste o fundamento tido com indispensável para acusação, sem o qual inexiste justa causa para a instauração do processo criminal (Justa Causa para a Ação Penal, São Paulo, RT, 2001, p. 241).

15. Alinhando-se à orientação de que a noção de justa causa como condicionante da denúncia criminal também deve se fazer presente no juízo de admissibilidade da petição inicial de improbidade administrativa, o ilustre Ministro *Cesar Asfor Rocha*, com propriedade, pondera que:

> Devo referir que alguns autores entendem, mas sem razão, ao meu ver, que a justa causa estaria encampada pela possibilidade jurídica, ou pelo interesse, de sorte que, mesmo respeitando essa posição (que tem os seus fundamentos explicitados com argúcia), sigo a orientação que afirma que a justa causa – nas ações sancionatórias - constitui um requisito autônomo e distinto daqueles outros três, ou seja, nas ações sancionatórias há um quarto elemento circunstanciador da sua promoção.
>
> Rememoro que a noção de justa causa - conforme as várias teorias jurídicas a seu respeito - nasceu no domínio do Direito Processual Penal moderno, como condicionante da denúncia criminal, figurando como uma exigência que não pode ser contornada, e cuja ausência enseja um dos mais graves defeitos da promoção judicial penal - a inépcia da denúncia apresentada pelo Ministério Público - cuja rejeição se impõe ao Juiz que a analise e, se assim não o fizer, abre-se a oportunidade para a obtenção de ordem de *Habeas Corpus*, para impedir (ou trancar) o trâmite daquela promoção inepta, por falta de justa causa.
>
> Pois essa exigência (da justa causa) e esse cortejo de efeitos também se fazem presentes na análise da inicial da ação por ato de improbidade administrativa (e de todas as ações sancionadoras), que deverá trazer no seu contexto a demonstração da seriedade e da consistência da promoção, mostrando – não apenas com esforço narrativo, mas com elementos materiais seguros e confiáveis - a materialidade do ilícito que se aponta e indicando, também com dados suficientes, seguros e sérios, quem seja o seu praticante;

pode-se afirmar que sem essa demonstração objetiva, não estará satisfeita a exigência da justa causa (Breves Reflexões Críticas sobre a Ação de Improbidade Administrativa, Ribeirão Preto, Migalhas, 2012, p. 28).

16. Diante dessas considerações, dou provimento ao Recurso Especial para determinar o retorno dos autos à instância de origem a fim de que o Magistrado *a quo* avalie a presença da justa causa ao emitir o juízo de admissibilidade da petição inicial da presente ação civil pública de improbidade administrativa. É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.242.746-MS (2011/0035661-0)

Relatora: Ministra Eliana Calmon
Recorrente: Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul
Recorrido: Lucilio Del Grandi
Advogado: Arlindo Murilo Muniz

EMENTA

Processual Civil. Ambiental. Ação civil pública. Ocupação e edificação em Área de Preservação Permanente - APP. Margens do Rio Ivinhema. Licença concedida pelo órgão competente (Imasul). Questão relativa à suspensão de ofício e declaração de nulidade da licença e do Termo de Ajustamento de Conduta não considerada pelo aresto recorrido. Questão essencial ao julgamento da lide suscitada oportunamente. Contrariedade ao art. 535, II, do CPC configurada. Cassação do acórdão que rejeitou os embargos de declaração.

1. Trata-se de ação civil pública ambiental por meio do qual o Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul busca a condenação dos ora recorridos: (i) a desocupar, demolir e remover as edificações (ranchos de lazer) erigidas em área de preservação permanente (localizada a menos de 100 metros do Rio Ivinhema); (ii) a abster-se de promover qualquer intervenção ou atividade na área de preservação permanente; (iii) a reflorestar toda a área degradada situada nos limites do lote descrito na petição inicial; e (iv) a pagar indenização por danos ambientais em valor a ser arbitrado pelo juízo.

2. A sentença julgou parcialmente procedentes os pedidos deduzidos na exordial para o fim de condenar os réus a: (i) demolir e remover todas as edificações; (ii) abster-se de promover qualquer intervenção ou atividade na área de preservação permanente; e (iii) reflorestar a área degradada. Um dos fundamentos utilizados pelo *decisum* foi o de que o próprio órgão ambiental Imasul, de ofício, determinou a suspensão da licença ambiental anteriormente concedida, bem como do respectivo Termo de Ajustamento de Conduta.

3. O Tribunal de Justiça, ao reformar a sentença, dando provimento à apelação da parte ré, apesar de concluir que os réus promoveram algumas edificações em área de preservação permanente, causando supressão da vegetação local, o que violaria em tese a legislação ambiental, reconheceu que a situação se encontrava consolidada por prévia licença concedida pelo Instituto de Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul - Imasul, emprestando contornos de legalidade à situação. Concluiu, por fim, ser descabida a aplicação das severas medidas determinadas pela sentença de desocupação, demolição de edificações e reflorestamento da área, sob

pena de ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

4. Apesar da oposição dos embargos de declaração pelo Ministério Público, suscitando a questão relativa à suspensão de ofício pelo próprio Imasul e declaração de nulidade da licença ambiental, a Corte *a quo* não se pronunciou a respeito, hipótese que importa em clara infringência do teor do art. 535, II, do CPC.

5. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que é omisso o julgado que deixa de analisar questão essencial ao julgamento da lide, suscitada oportunamente, cujo acolhimento poderia, em tese, conduzir a resultado diverso do proclamado.

6. Recurso especial provido para cassar o acórdão dos embargos de declaração e determinar que o Tribunal de origem aprecie a questão relativa à suspensão e declaração de nulidade da Licença de Operação n. 12/2008 e do Termo de Ajustamento de Conduta firmado entre o Imasul e a Associação dos Proprietários das Casas de Veraneio do Vale do Rio Ivinhema.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça "A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra-Relatora, sem destaque e em bloco." Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin (Presidente) e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 18 de outubro de 2012 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Relatora

DJe 29.10.2012

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pela 3ª Turma Cível do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, assim ementado:

Ementa. Apelação cível. Ação civil pública ambiental. Preliminares. Não conhecimento do recurso por ausência de preparo. Afastada. Não

conhecimento do recurso por intempestividade. Nulidade da sentença por ausência de interesse de agir e por deficiência do relatório. Nulidade do processo pela necessidade de litisconsórcio e pela existência de litispendência. Afastadas. Mérito. Ocupação e edificação em Área de Preservação Permanente (APP). Margens do Rio Ivinhema. Existência de autorização do órgão competente. Imasul. Possibilidade. Matéria ambiental. Competência da União, dos Estados e dos Municípios. Direito de propriedade. Impossibilidade de adoção de medidas extremas. Observância dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Sentença reformada. Recurso provido.

Se a justiça gratuita foi indeferida em sede de agravo de instrumento, tal questão', fica restrita ao âmbito de admissibilidade deste recurso. Seus efeitos não podem ser estendidos aos autos da ação principal, especialmente se na contestação o beneficiário requereu a gratuidade e essa foi concedida na sentença.

Nos termos do artigo 177, do CPC, os atos processuais devem ser realizados nos prazos prescritos em lei ou no prazo assinalado pelo magistrado, sob pena depreclusão, razão pela qual evidencia-se a tempestividade do recurso de apelação.

Nos casos em que a alegação de ausência de interesse de agir estiver ligada à matéria de fundo do processo, sua apreciação deve ser feita juntamente com o mérito.

A ausência de relatório enseja a declaração de nulidade da sentença, mas a sua elaboração de forma sucinta não macula o *decisum*.

Ainda que preenchidos os requisitos que autorizariam a propositura de uma única ação em face de todos os réus, tal medida não é recomendável nos casos em que o excesso de demandados causar tumulto processual, inviabilizando o exercício da jurisdição, comprometendo a rápida solução do litígio.

Para que haja litispendência não é suficiente que haja a repetição da ação, sendo de fundamental importância haver uma tríplice identidade: mesmas partes, mesmo pedido e mesma causa de pedir.

Área de preservação permanente pode ser entendida como aquela merecedora da mais alta escala de proteção ambiental, cujo conceito foi trazido pelo artigo 1º, da Lei n. 4.771/1965.

A proteção ao meio ambiente se insere no âmbito da competência comum dos entes federados, com fulcro no artigo 23, VI, da Constituição Federal.

Também, compete à União e aos Estados legislar concorrentemente sobre florestas, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais e proteção do meio ambiente, como estabelece o artigo 24, VI, da Carta Superior.

O Imasul - Instituto de Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul possui competência para concessão de licenciamento ambiental e realização de controle de obras, empreendimentos e atividades efetivas ou potencialmente poluidoras ou modificadoras do meio ambiente, nos termos do artigo 20, do Decreto Estadual n. 12.725/2009 e Decreto Estadual n. 12.673/2009.

A situação já consolidada de ocupação da área de preservação

permanente não atenta contra a ordem jurídica, eis que respaldada em autorização da ordem competente, motivo pelo qual descabe a adoção das severas medidas de desocupação, demolição ou remoção das edificações e reflorestamento da área, uma vez que fere os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Recurso provido.

Ambas as partes opuseram embargos de declaração. Os ora recorridos apontaram apenas a existência de erro material na citação do Decreto n. 12.673/2009, o qual constou, equivocadamente, o ano de 2008.

Nos embargos do Ministério Público sustentou-se omissão no aresto por não haver se pronunciado sobre questão essencial debatida nos autos, qual seja, o fato de que a Licença de Operação n. 12/2008 e o Termo de Ajustamento de Conduta firmado entre o Imasul e a Associação dos Proprietários das Casas de Veraneio do Vale do Rio Ivinhema foram suspensos, de ofício, pela autoridade competente (Diretor-Presidente do Imasul), em virtude da constatação de que referida licença foi expedida em total desacordo com a legislação ambiental pertinente.

Sobreveio julgamento cujo aresto restou assim sumariado:

Ementa. Embargos de declaração em apelação cível. Requisitos de admissibilidade do recurso. Demonstração de erro material na indicação do ano de publicação do Decreto n. 12.673/2009. Embargos acolhidos.

I - Os embargos de declaração constituem recurso rígido que exige a presença dos pressupostos processuais de cabimento para o seu acolhimento, nos termos do que dispõe o artigo 535 do Código de Processo Civil.

II - Deve ser corrigido o equívoco na indicação do ano do Decreto n. 12.673/2009, o qual caracteriza mero erro material.

III - Embargos acolhidos.

Embargos de declaração em apelação cível. Ausência de um dos requisitos de admissibilidade do recurso. Não-demonstração de eventuais omissões, contradições ou obscuridades no acórdão embargado. Inexistência de vício a ser sanado. Prequestionamento. Via inadequada. Embargos rejeitados.

I - Os embargos de declaração constituem recurso rígido que exige a presença dos pressupostos processuais de cabimento para o seu acolhimento, nos termos do que dispõe o artigo 535 do Código de Processo Civil.

II - Deve ser reconhecido o desvio de finalidade do recurso quando o acórdão embargado não contenha omissão, contradição ou obscuridade.

III - Os embargos de declaração não constituem meio hábil para o prequestionamento que deve ser feito no recurso de apelação, nas contra-razões ou no recurso adesivo.

IV - Embargos rejeitados.

Nesta sede especial, alega o recorrente contrariedade dos seguintes preceitos normativos:

- art. 535, II, do CPC, afirmando que o acórdão que julgou a apelação padeceu de omissão ao deixar de analisar o fato de que a Licença de Operação n. 12/2008 e o Termo de Ajustamento de Conduta firmado entre o Imasul e a Associação dos Proprietários das Casas de Veraneio do Vale do Rio Ivinhema foram suspensos, de ofício, pela autoridade competente (Diretor-Presidente do Imasul), bem como declarados nulos judicialmente, em virtude da constatação de que referida licença foi expedida em total desacordo com a legislação ambiental pertinente;

- art. 1º, § 2º, II, IV e V; art. 2º, a, n. 3; e art. 4, § 7º, da Lei n. 4.771/1965 (Código Florestal);

- art. 3º, IV; art. 4º, VII; art. 14, § 1º; e art. 18, da Lei n. 6.938/1981 (Política Nacional do Meio Ambiente);

- art. 3º, *caput*, e parágrafo único, inciso V, da Lei n. 6.766/1979 (Lei do Parcelamento do Solo Urbano).

Requer o recorrente, primeiramente, a cassação do acórdão recorrido, por negativa de prestação jurisdicional, com a determinação de que outro seja proferido, devidamente fundamentado. No mérito, sustenta que o acórdão, ao permitir a exploração de área de preservação permanente amparada por ato administrativo, contraria a legislação ambiental, ofende o princípio da reparação integral, infringe as premissas de irrenunciabilidade, inalienabilidade e imprescritibilidade de direito fundamental, pois a ocupação não é de utilidade pública nem de interesse social. Ainda, aponta a existência de divergência jurisprudencial em relação aos artigos 14, § 10, da Lei Federal n. 6.938/1981 e 10 da Lei Federal n. 4.771/1965.

Interposto concomitantemente recurso extraordinário, que foi inadmitido, originando o oportuno agravo.

Apresentadas contrarrazões, subiram os autos após juízo positivo de admissibilidade do apelo especial na origem.

Parecer do Ministério Público Federal opinando pelo conhecimento e provimento do recurso, conforme razões assim sintetizadas:

> Recurso especial. Ação civil pública. Direito Ambiental. Área de Preservação Permanente. Irregularidade de empreendimento. Concessão de licença suspensa. Agressão ao meio ambiente. Provimento do recurso.
>
> 1. A Lei n. 6.766/1979, que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano, em seu art. 3º, parágrafo único, inciso V, veda expressamente o parcelamento do solo em áreas de preservação ecológica, sendo incontroverso nos autos que a área em debate é de preservação permanente.
>
> 2. O § 2º, do art. 4º, do Código Florestal, exige a anuência do órgão ambiental estadual para o corte de vegetação em área de preservação permanente situada em área urbana.
>
> 3. Recurso que comporta provimento.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Para melhor compreensão da controvérsia, entendo pertinente fazer um breve retrospecto dos fatos.

Trata-se de ação civil pública ambiental por meio do qual o Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul busca a condenação dos ora recorridos: (i) a desocupar, demolir e remover as edificações (ranchos de lazer) erigidas em área de preservação permanente (localizada a menos de 100 metros do Rio Ivinhema); (ii) a abster-se de promover qualquer intervenção ou atividade na área de preservação permanente; (iii) a reflorestar toda a área degradada situada nos limites do lote descrito na petição inicial; e (iv) a pagar indenização por danos ambientais em valor a ser arbitrado pelo juízo.

A sentença julgou parcialmente procedentes os pedidos deduzidos na exordial para o fim de condenar os réus a: (i) demolir e remover todas as edificações; (ii) abster-se de promover qualquer intervenção ou atividade na área de preservação permanente; e (iii) reflorestar a área degradada. Um dos fundamentos utilizados pelo *decisum* foi o de que o próprio órgão ambiental Imasul - Instituto de Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul, de ofício, determinou a suspensão da licença ambiental anteriormente concedida, bem como do respectivo Termo de Ajustamento de Conduta.

O Tribunal de Justiça, ao reformar a sentença, dando provimento à apelação da parte ré, apesar de concluir que algumas edificações foram promovidas em área de preservação permanente, causando supressão da vegetação local, o que violaria a legislação ambiental, reconheceu que a situação se encontrava consolidada por prévia licença concedida pelo Imasul, o que emprestaria contornos de legalidade à situação. Concluiu, por fim, ser descabida a aplicação das severas medidas determinadas pela sentença de desocupação, demolição de edificações e reflorestamento da área, sob pena de ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Preliminarmente, examino a tese de violação do art. 535, II, do CPC, eis que prejudicial às demais arguidas no recurso especial.

Do compulsar dos autos, constato que o recorrente suscitou oportunamente a tese de suspensão de ofício e declaração de nulidade da Licença de Operação n. 12/2008 e do Termo de Ajustamento de Conduta firmado entre o Imasul e a Associação dos Proprietários das Casas de Veraneio do Vale do Rio Ivinhema em sede de impugnação à contestação, nas contrarrazões à apelação e nos embargos de declaração manejados em segundo grau.

Com efeito, infere-se que a sentença fundamentou-se essencialmente na impossibilidade de exploração, pelos recorridos, da área preservada ante a suspensão da licença ambiental anteriormente concedida, bem como do respectivo Termo de Ajustamento de Conduta, sendo esse argumento debatido pelos próprios

recorridos em seu recurso de apelação, bem como nas contrarrazões ministeriais.

Assim, pelo que se depreende, o acórdão recorrido não poderia ter deixado de se manifestar sobre questão essencial ao deslinde da controvérsia, acerca dos motivos pelos quais considerou válida a licença ambiental e o termo de ajustamento de conduta que, à época, já haviam sido suspensos de ofício e declarados nulos judicialmente.

Apesar da importância do efetivo exame da questão arguida para a solução da controvérsia, o Tribunal, sem aclarar o ponto omisso deduzido, deu resposta genérica aos embargos de declaração, limitando-se a afirmar que seriam impróprios à rediscussão do mérito da causa, e declarou a inexistência dos vícios elencados no art. 535 do CPC. Confira-se:

> Como já dito anteriormente, a omissão é a preterição no comando estatal, evidenciando uma lacuna no julgado. Por sua vez, a contradição mostra-se presente quando houver colisão de dois pensamentos que se repelem. Finalmente, a obscuridade é falta de clareza no raciocínio, nos fundamentos ou na conclusão constantes do acórdão.
>
> No caso dos autos, não estão presentes os vícios apontados pelo embargante. Assim, é forçoso reconhecer o desvio da finalidade do recurso interposto (e, via de conseqüência, a imposição da rejeição dos embargos), uma vez que não se vislumbra qualquer omissão, obscuridade ou contradição. É de se frisar que todas as questões discutidas no recurso de apelação e nas contrarrazões foram enfrentadas de forma clara e objetiva.
>
> Com efeito, o que se constata é que o embargante está manifestando seu inconformismo com a convicção jurídica assentada no acórdão, situação esta que extrapola os limites dos embargos de declaração.
>
> Por outro vértice, cumpre esclarecer que os embargos de declaração não constituem meio hábil para o prequestionamento. É cediço que o momento próprio e único para pré-questionar os temas federais, matéria constitucional ou qualquer outra, seria no recurso de apelação, nas contrarrazões ou no recurso adesivo.
>
> Em face do exposto, rejeito os embargos de declaração por não restar caracterizada nenhuma das hipóteses elencadas no artigo 535 do CPC.

Nesse contexto, tenho que, de fato, restou configurada a apontada contrariedade ao comando inserto no art. 535, II, do CPC, nos moldes alegados no recurso especial pelo Ministério Público Estadual, motivo suficiente para que o acórdão que apreciou os embargos de declaração seja cassado, a fim de que outro seja proferido, apreciando o ponto mencionado.

Por derradeiro, cumpre registrar a existência de precedente da Segunda Turma desta Casa apreciando a mesma questão posta nos presentes autos:

> Processual Civil. Ofensa ao art. 535 do CPC. Omissão configurada.

1. Cuida-se de ação civil pública ambiental, em que o recorrente busca a condenação do ora recorrido (i) a desocupar, demolir e remover as edificações existentes em área de preservação permanente, (ii) a abster-se de promover qualquer intervenção ou atividade na área de preservação permanente, (iii) a reflorestar a área degradada situada nos limites do lote descrito na petição inicial e (iv) a pagar indenização por danos ambientais em valor a ser arbitrado pelo juízo.

2. A Corte de origem, ao reformar a sentença, além de concluir que a área de preservação permanente a ser respeitada era de 100 metros, reconheceu que a situação se encontrava consolidada pela licença concedida pelo Instituto de Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul - Imasul. Entendeu, também, descabida a aplicação das medidas adotadas na decisão de primeiro grau, sob pena de ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

3. Com razão o recorrente, porquanto da análise dos autos, nota-se que o acórdão recorrido restou omisso quanto à tese da apelação pela suspensão de ofício e da declaração de nulidade de Licença de Operação n. 12/2008 e do Termo de Ajustamento de Conduta firmado entre o Imasul e a Associação dos Proprietários das Casas de Veraneio do Vale do Rio Ivinhema, de modo que não abordou todos os pontos necessários à composição da lide.

4. A corte *a quo* simplesmente partiu da premissa de que a Licença Operação n. 012/2008 não teria feito qualquer menção com relação à área que poderia ser explorada e edificada para concluir que eventual restrição deveria estar expressa, sob pena de ofensa ao artigo 5º, inc. II, da Carta Magna. Concluiu, ainda, que haveria expressa autorização do órgão competente para a utilização da área de preservação permanente, o que imprimiria contornos de legalidade à situação. Contudo, em nenhum momento adentrou o tema relativo à eventual suspensão e nulidade do citado ato administrativo, questão essencial para o deslinde da controvérsia.

5. Recurso especial provido. (REsp n. 1.243.839-MS, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 14.6.2011, publicado em 21.6.2011)

No mesmo sentido as decisões monocráticas proferidas no REsp n. 1.238.930-MS, Relator Ministro Herman Benjamin, publicado em 8.5.2012, e REsp n. 1.242.303-MS, relator Ministro Humberto Martins, publicado em 29.2.2012.

Com essas considerações, *dou provimento ao recurso especial*, para cassar o acórdão dos embargos de declaração e determinar que o Tribunal de origem aprecie a questão relativa à suspensão e declaração de nulidade da Licença de Operação n. 12/2008 e do Termo de Ajustamento de Conduta firmado entre o Imasul e a Associação dos Proprietários das Casas de Veraneio do Vale do Rio Ivinhema.

HABEAS CORPUS N. 224.343-MS (2011/0267990-0)

Relator: Ministro Jorge Mussi

Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul

Advogado: Graziela Eilert Barcellos - Defensora Pública

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

Paciente: José Martins Marques

Paciente: Tereza Leite Ramires Barreto

EMENTA

Habeas corpus. Maus tratos. Crime de menor potencial ofensivo. Citação pessoal infrutífera. Declínio de competência para a vara criminal. Chamamento ficto. Não esgotamento dos meios disponíveis para localização dos acusados. Constrangimento ilegal configurado.

Ordem concedida.

1. A citação por edital somente deve ser efetuada quando esgotados todos os meios disponíveis para se encontrar pessoalmente o réu.

2. O tema ganha relevo quando se trata de crime de menor potencial ofensivo, mormente porque o rito sumaríssimo não comporta a chamada citação ficta, a qual, afigurando-se necessária, importa na declinação da competência do Juizado Especial Criminal para a Justiça Comum, nos termos do parágrafo único do art. 66 da Lei n. 9.099/1995.

3. Tal circunstância, por representar alteração de competência absoluta, prevista no artigo 98, inciso I, da Constituição Federal, evidencia que a determinação da aludida modificação deve ser precedida do esgotamento dos meios disponíveis para a localização do acusado, sob pena de malferimento ao princípio do juiz natural, também de índole constitucional (art. 5º, inciso LIII, da CF/1988).

4. Embora o mandado citatório tenha sido direcionado para dois possíveis endereços dos pacientes, apenas um foi alvo da diligência infrutífera do meirinho, sendo certo que, depois de declinada a competência absoluta, a citação pessoal foi efetivada no endereço remanescente.

5. Ordem concedida para anular a ação penal deflagrada em desfavor dos pacientes perante a Vara Criminal da comarca de Rio Brilhante-MS, desde o recebimento da denúncia, inclusive.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ-PR) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 25 de setembro de 2012 (data do julgamento).

Ministro Jorge Mussi, Relator

DJe 9.10.2012

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Mussi: Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de *José Martins Marques* e *Tereza Leite Ramires Barreto*, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, que negou provimento à Apelação n. 2011.010093-3.

Noticiam os autos que os pacientes foram condenados como incursos nas sanções do art. 136, § 3º, do Código Penal, sendo *José* à pena de 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de detenção e *Tereza* a 8 (oito) meses de detenção, ambos em regime inicial aberto.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação para o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, ao qual foi negado provimento, tendo sido opostos embargos de declaração, os quais foram rejeitados.

Sustenta a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de que a citação dos pacientes realizada por edital estaria eivada de nulidade, tendo em vista que não teriam sido esgotadas todas as possibilidades para citá-los pessoalmente.

Alega que o postulado *pas nullité san grief* não deveria ser aplicado no caso em tela, porquanto o prejuízo acarretado pelo ilegal deslocamento da competência do Juizado para a Justiça Comum seria evidente em razão dos acusados terem sido julgados por juízo incompetente.

Destaca que a competência dos Juizados seria absoluta e que a transferência do feito teria impossibilitado que os pacientes fossem beneficiados com a transação penal.

Requer, liminarmente, a reforma do acórdão objurgado, bem como a suspensão dos seus efeitos até o julgamento final deste *writ* e, no mérito, pugna por sua desconstituição.

O pleito liminar foi deferido para suspender os efeitos do acórdão objurgado até o julgamento do mérito da impetração, nos termos da decisão de fls. 297-298.

As informações prestadas pela autoridade apontada como coatora foram juntadas às fls. 307-342.

Em parecer acostado às fls. 351-357, o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Mussi (Relator): Por meio deste *habeas corpus* a impetrante pretende, em síntese, o reconhecimento da nulidade do ato citatório dos pacientes, tendo em vista que não teriam sido esgotados os meios disponíveis para realizá-lo pessoalmente, circunstância que deu ensejo à modificação de competência prevista no parágrafo único do artigo 66 da Lei n. 9.099/1995.

Consta dos autos que os pacientes foram denunciados perante o Juizado Especial Adjunto da comarca de Rio Brilhante-MS como incursos nas sanções do artigo 136, § 3º, do Código Penal, acusados de praticarem maus tratos em detrimento da prole.

Infrutífera a diligência para citação pessoal dos pacientes (fl. 57), o magistrado do aludido Juizado determinou a remessa dos autos para a Vara Criminal (fl. 63), na qual foi determinado o chamamento ficto, nos termos do artigo 396 do Código de Processo Penal.

Depois de publicado o edital, sobreveio nos autos informação acerca do endereço dos pacientes (fl. 80), no qual foram regularmente citados (fl. 84).

Entretanto, infere-se da cópia do mandado citatório encartada à fl. 53 dos da impetração que nele constaram dois possíveis endereços dos pacientes, quais sejam, "rua Juviano Medeiros, 201 - Vila Fátima ou na BR 163 - Próximo ao Bangalô", sendo certo que em apenas um destes foram procurados, no qual não foram encontrados.

Posteriormente, quando já declinada a competência do Juizado Especial Criminal, os pacientes foram regularmente citados por mandado no outro endereço constante dos autos, circunstância que evidencia o constrangimento ilegal alegado na impetração.

Como se sabe, é por meio do ato citatório que o acusado é chamado a integrar a relação processual, no seio da qual poderá usufruir de todas as garantias previstas na Constituição Federal para exercer o seu direito de defesa. Restando infrutífera a tentativa de sua localização nos endereços conhecidos, o legislador ordinário previu a utilização da chamada citação por edital, também conhecida por citação

ficta, a fim de que o processo não fique eternamente paralisado à espera da voluntariedade do acusado em submeter-se à persecução penal.

Em respeito à garantia da ampla defesa, deve-se proceder a tal modalidade de citação apenas quando esgotados todos os recursos disponíveis capazes de localizar o endereço do acusado. Todavia, não há uma exigência absoluta para que se proceda a uma pesquisa nos cadastros de todos os órgãos onde o acusado possa ter declinado suas informações pessoais, mormente quando exista nos autos notícias acerca do seu possível paradeiro.

Nesse sentido, confira-se lição de Eugênio Pacelli de Oliveira acerca da citação editalícia:

> Por óbvio, não se exige a adoção incondicional da expressão local incerto e não sabido, como se se tratasse de fórmula sacramental. O que há de ser exigido é a referência expressa às providências adotadas pelo oficial de justiça, bem como a impossibilidade de prosseguimento das diligências, pelo desconhecimento do paradeiro do réu.
>
> Não se pode também exigir que sejam pesquisados todos os órgãos públicos que eventualmente possam apresentar mais informações sobre o acusado, havendo decisões, inclusive, em que se dispensa a consulta prévia à Justiça Eleitoral e ao Ministério do Trabalho (RT 531/289).
>
> É de se observar, porém, que a desnecessidade das apontadas diligências manifesta-se em hipóteses nas quais já existiam, nos autos do inquérito policial ou de procedimento administrativo investigatório, informações acerca do endereço e/ou do paradeiro do acusado, ainda que, posteriormente, essas informações não se revelem suficientes. (Curso de processo penal. 10ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 483.)

A relevância do tema é maior quando se trata de crime de menor potencial ofensivo, mormente porque o rito sumaríssimo não comporta a chamada citação ficta, a qual, afigurando-se necessária, importa na declinação da competência do Juizado Especial para a Justiça Comum, nos termos do parágrafo único do artigo 66 da Lei n. 9.099/1995.

Tal circunstância, por representar alteração de competência absoluta, prevista no artigo 98, inciso I, da Constituição Federal, evidencia que a determinação da aludida modificação deve ser precedida do esgotamento dos meios disponíveis para a localização do acusado, sob pena de malferimento ao princípio do juiz natural, também de índole constitucional (art. 5º, inciso LIII, da CF/1988).

No caso, o descuido do juízo competente foi determinante para a irregular remessa dos autos à Justiça Comum, conforme assumido pelo próprio Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul por ocasião do julgamento dos embargos de declaração. Confira-se:

> Por outro lado verifico que no Juizado Especial Criminal realmente não foram esgotadas as tentativas de citação e intimação pessoal dos embargantes, já que o endereço dos mesmos constava do mandado. (fl. 289.)

A afirmação feita pelo Tribunal de origem é suficiente para, por si só, trazer à tona a eiva que contamina a ação penal em tela, já que processada por Órgão do Poder Judiciário absolutamente incompetente.

Nesse sentido:

> Abuso de autoridade (policial). Prescrição (caso). Submissão de menor sob vigilância a vexame e a espancamento (Estatuto da Criança e do Adolescente). Juizado Especial (competência).
>
> (...)
>
> 4. Ocorre que tal prosseguimento não era lícito. Tratando-se de competência de ordem absoluta, o Juiz da sentença era absolutamente incompetente, sendo competente o Juizado Especial Criminal.
>
> 5. *Habeas corpus* concedido para se declarar a nulidade dos atos processuais desde o recebimento da denúncia, julgando-se extinta a punibilidade do fato pela prescrição da pretensão punitiva.
>
> (HC n. 46.212-MG, Rel. Ministro Nilson Naves, Sexta Turma, julgado em 6.12.2007, DJe 9.6.2008).
>
> Criminal. REsp. Exercício de atividade com infração de decisão administrativa e falsificação de documento particular. Competência. Conexão. Regra de unidade de processo e julgamento. Inaplicabilidade. Prevalência da regra constitucional. Juizado Especial Criminal. Competência absoluta. Nulidade dos atos decisórios praticados pelo juízo incompetente. Recebimento da denúncia. Prescrição retroativa. Reconhecimento. Extinção da punibilidade. Recurso provido.
>
> (...)
>
> III - A competência dos Juizados Especiais, de previsão constitucional, é absoluta.
>
> (...)
>
> IX. Recurso provido, nos termos do voto do Relator.
>
> (REsp n. 883.863-RJ, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 19.4.2007, DJ 4.6.2007, p. 422).

Constatada, portanto, a errônea declinação da competência o Juizado Especial Criminal, *concede-se a ordem* para anular a ação penal deflagrada em desfavor dos pacientes perante a Vara Criminal da comarca de Rio Brilhante, desde o recebimento da denúncia, inclusive.

É o voto.

NOTICIÁRIO

Novos membros tomam posse no Órgão Especial do Colégio de Procuradores



O Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça realizou, no dia 26 de setembro de 2013, sessão solene de posse dos seus novos membros, eleitos para o biênio 2013-2015. Nove dos dez procuradores eleitos em agosto foram empossados pelo Procurador-Geral de Justiça, *Marfan Martins Vieira*, que presidiu a solenidade.

Tomaram posse *Pedro Elias Erthal Sanglard*, *Walberto Fernandes de Lima*, *Claudia Maria Macedo Perlingeiro dos Santos* (nova secretária do órgão), *Márcia Álvares Pires Rodrigues*, *Marcelo Daltro Leite*, *Dirce Ribeiro de Abreu*, *Kátia Aguiar Marques Selles Porto*, *Patrícia Silveira da Rosa* e *Joel Tovil*. A Procuradora de Justiça *Maria Luiza de Lamare São Paulo* não pôde comparecer à cerimônia e será empossada na próxima sessão do colegiado.

Durante a sessão, foram também nominados os suplentes, a saber: *Sumaya Therezinha Helayel*, *Sávio Renato Bittencourt Soares Silva*, *Angela Maria Silveira dos Santos*, *Luiz Fabião Guasque*, *José Maria Leoni Lopes de Oliveira*, *Luciana Sapha Silveira*, *Maria Teresa de Andrade Ramos Ferraz*, *Maria Amélia Barretto Peixoto* e *Marcelo Rocha Monteiro*.

Em seu discurso como representante dos empossados, o Procurador de Justiça *Pedro Elias Erthal Sanglard* falou do papel do Ministério Público como guardião dos direitos fundamentais e sociais dos cidadãos no momento em que "vozes das ruas clamam pelo respeito à dignidade da pessoa humana". Segundo ele, os eleitos, juntamente com os membros do decanato, poderão contribuir muito para o aperfeiçoamento da instituição em áreas importantes para a sociedade.

Esta obra foi produzida nas
oficinas da Exímia Gráfica e Editora na
cidade do Rio de Janeiro