

An abstract graphic design consisting of several red lines of varying thicknesses. These lines form a series of overlapping, elongated, and somewhat rectangular shapes that curve and flow across the upper half of the page, creating a sense of movement and depth.

Revista da

FACULDADE DE DIREITO

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

VOLUME 29 NOVEMBRO 2011

Revista da

Faculdade de Direito

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

Vol. 29

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

Reitor: Prof. Carlos Alexandre Netto

Vice-Reitor: Prof. Rui Vicente Oppermann

FACULDADE DE DIREITO

Diretor: Prof. Sérgio José Porto • **Vice-Diretor:** Prof. Danilo Knijnik

Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Diretor: Prof. Carlos Silveira Noronha

Responsáveis técnicos:

Bibliotecária chefe: Márcia Raymundo Bernardes

Bibliotecária substituta: Cristiani Kafski da Silva

Colaboradoras: Maria da Graça Lima Corrêa

Ana Luiza Vianna da Silva

Conselho Editorial:

Professores ex-diretores:

Galeno Vellinho de Lacerda

Almiro Régis do Couto e Silva

José Sperb Sanseverino

Peter Walter Ashton

Eduardo Kroeff Machado Carrion

Plínio de Oliveira Corrêa

Cezar Saldanha Souza Junior

Claudia Lima Marques

Cláudio Fortunato Michelin Júnior

Daniel Mitidiero

Danilo Knijnik

Fabio Morosini

Glênio José Wasserstein Hekman

Humberto Bergmann Ávila

Igor Danilevicz

Itiberê de Oliveira Rodrigues

José Alcebíades de Oliveira Jr.

Juarez Freitas

Luciane Cardoso Barzotto

Luis Afonso Heck

Luiz Felipe Silveira Difini

Luis Fernando Barzotto

Marco Fridolin Sommer Santos

Martha Lúcia Olivar Jimenez

Odone Sanguiné

Peter Walter Ashton

Sergio Viana Severo

Tupinambá Pinto de Azevedo

Vera Maria Jacob de Fradera

Professores titulares:

Carlos Alberto Álvaro de Oliveira

Carlos Silveira Noronha

Cezar Saldanha de Souza Júnior

Cláudia Lima Marques

Sérgio José Porto

Professores doutores:

Alfredo de Jesus Dal Molin Flores

Almiro do Couto e Silva

Augusto Jaeger Junior

Carlos Alberto Álvaro de Oliveira

Carlos Klein Zanini

Carlos Silveira Noronha

César Viterbo Matos Santolim

Representação discente:

Acadêmica Eliz Marina Barbieri

Faculdade de Direito – UFRGS

Av. João Pessoa, 80 – CEP 90.040-000

Porto Alegre/RS – Brasil

Tel.: (51) 3308-3118 / 3308-3128 / 3308-3555 / 3308-3464

e-mail: diretor@direito.ufrgs.br

site: <http://www.ufrgs.br>

Revista da

Faculdade de Direito

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

Vol. 29



Editora Sulina

**Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio Grande do Sul**

Diretor: Prof. Carlos Silveira Noronha

Bibliotecária Responsável: Denise Mari de Andrade Souza - CRB 10/960

R454

Revista da Faculdade de Direito: Universidade Federal do Rio Grande do Sul / Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Vol. 29 – Nov/2011, nº 1 (nov. 1993-). – Porto Alegre: Sulina, 2011.

Irregular.

Continuação da Revista da Faculdade de Porto Alegre (1949-1974).

Indexada na Bibliografia Brasileira de Direito (BBD) e em *LAPTOC* - *Latin American Periodicals Tables of Contents*.

ISSN: 0104660-8

1. Direito - Periódicos. 2. Ciências Jurídicas. 3. Ciências Sociais.
4. Ciências Políticas. I. Universidade Federal do Rio Grande do Sul.
Faculdade de Direito.

CDD: 340

CDU: 34(05)



Editora Sulina

EDITORIA MERIDIONAL LTDA.

Av. Osvaldo Aranha, 440 cj. 101

CEP: 90.035-190 - Porto Alegre-RS

Tel: (51) 3311-4082

Fax: (51) 3264-4194

www.editorasulina.com.br

e-mail: sulina@editorasulina.com.br

Pede-se permuta • Se pide canje • We ask for exchange
On demande del l'échange • Wir bitten um Austausch • Si richieri lo scambo

Sumário

MINISTRO CARLOS THOMPSON FLORES (centenário do seu nascimento)	7
Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz	
EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PRESSUPOSTOS. DIREITO REAL DE PREFERÊNCIA. ESTATUTO DA TERRA. ATO JURÍDICO PERFEITO	73
Carlos Thompson Flores	
DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIO, REGRA E “NORMA-OBJETIVO”	91
Carlos Silveira Noronha	
O BEM DE FAMÍLIA COMO PROTEÇÃO MÍNIMA À MORADIA	105
Luiz Henrique Machado Cordeiro	
AS GARANTIAS DOS FILHOS FRENTE À ALIENAÇÃO PARENTAL	143
Monaliza Costa de Souza	

MINISTRO CARLOS THOMPSON FLORES (Centenário do seu nascimento)

Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz
Desembargador Federal do TRF/4ª Região

“Justiça que brote de Juízes independentes, sem falsos ou mal compreendidos exageros. Justiça austera, impoluta, incorruptível, como se faz mister que o seja, e para cujos imperativos prosseguiremos indormidos e intransigentes. Justiça humana, como merece distribuída às criaturas, feita à imagem de Deus. Justiça que jamais se aparte dos fins sociais e das exigências do bem comum, sem cujo conteúdo não teria nenhum sentido. Justiça que se aproxime, sem excessos ou enganosas formas, do próprio Povo, para o qual é ditada e do qual deve estar sempre ao alcance: simples, real, despida de tudo que a possa tornar dificultosa, a fim de que a compreenda melhor, sinta-a com mais fervor, e possa, assim, nela crer, para amá-la, prestigiá-la e defendê-la, se preciso for, convencido de que ela é o seu baluarte democrático e a sua mais sólida garantia. E, sobretudo, Justiça pontual, como a queria Rui, porque tarda não mereceria o nobre título. E como dizia, reclamando,

“Para que paire mais alto que a coroa dos reis e seja tão pura como a coroa dos santos”.

Só assim nos tornaremos dignos do respeito e da confiança da Nação, ao lado dos demais Poderes da República”

Ministro Carlos Thompson Flores

Ao discursar na homenagem a Carlos Thompson Flores, em 14 de fevereiro de 1977, que então se empossava na Presidência do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Moreira Alves teve a oportunidade de dizer, em análise percuciente, a propósito de sua personalidade como magistrado nestas palavras consagradoras, *verbis*:

“Neste ano e meio em que tenho a honra de integrar esta Casa, servindo na Turma a que até agora Vossa Excelência presidia, pude sentir de perto, em convivência quase diária, a

justiça que se lhe tem feito ao longo de sua vida de magistrado. Tenho-o, Sr. Min. THOMPSON FLORES, por modelo de juiz. Vossa Excelência, no exercício da judicatura, revela não limitar-se a possuir aquelas qualidades que MURATORI, apoiado nas santas escrituras e veemente na crítica aos juristas, exigia dos juízes: o saber, para bem aplicar as leis; o amar a verdade, para poder distingui-la do erro; o temor a Deus, para não deixar-se levar pelo ódio, medo, cupidez ou qualquer outra inclinação; o desprezar as posições e regalias, para ser imparcial. A esses atributos, acrescenta-se, em Vossa Excelência, um outro: o exercer a magistratura como sacerdócio, com o amor de quem nela, e só por ela, realiza o ideal de suas aspirações.”¹

Logo em seguida, o Procurador-Geral da República, o Professor Henrique Fonseca de Araújo, em nome do Ministério Público Federal, traduziu, com estas belas e significativas orações, os mesmos sentimentos, *verbis*:

“Tanto impressionou-me o espírito de justiça de que impregnava seus pronunciamentos, que disse certa vez a Sua Excelência, que, se porventura, um dia fosse eu réu em um processo, o escolheria para juiz, renunciando previamente a qualquer recurso. Não tive motivos, continuando a acompanhar-lhe a judicatura,

muito especialmente neste colendo Tribunal, para alterar, antes para confirmar esse juízo que, de resto é o de todos que o têm visto atuar como magistrado.

Em Sua Excelência, nos seus julgamentos, tenho encontrado a confirmação do que ensina RECASENS SICHES, de que a lógica jurídica não é igual ao tipo de lógica matemática, porque é a lógica do razoável. A sentença, na sua elaboração, não obedece necessariamente ao clássico silogismo. Porque, “sentença”, já na sua etimologia latina, vem do verbo “sentice”, o que equivale a dizer, experimentar uma espécie de emoção, dir-se-ia, uma espécie de intuição emocional. Juiz, ao conhecer dos fatos, forma, antes de mais nada, sua conclusão, pelo seu inato espírito de justiça, numa demonstração de que o “decisum”, em regra, se estabelece no espírito do juiz, antes dos “consideranda”. Essa, também, a opinião de CALAMANDREI.

O eminente Min. THOMPSON FLORES sente, intuitivamente, onde está a Justiça. Se algo caracteriza sua personalidade de magistrado é esse inato espírito de justiça, servido por um caráter incorruptível e inamoldável, onde a bravura e o destemor não chegam a ressaltar por sua naturalidade.

Contra os poderosos do dia, presidiu, certa feita, como Juiz, júri de imprensa. E contra tudo e contra todos, levou o Tribunal à unânime

1 In: *Revista Forense*, v. 257, p. 418.

decisão condenatória, que lhe valeu ameaças e insultos, que em nada alteraram sua conduta.

Por suas qualidades é que, sem bairrismo, nós, rio-grandenses do Sul, nos orgulhamos do Min. THOMPSON FLORES.”²

Com efeito, após 44 anos dedicados exclusivamente à magistratura, atingira o cume de sua vitoriosa carreira, repetindo, no plano nacional, a consagração que obtivera em seu estado natal, o Rio Grande do Sul.

Quanto mais se examina a vida de Carlos Thompson Flores, mais se revela a sua vocação para a função de juiz.

Por certo, herdou-a de seu avô, o também Desembargador Carlos Thompson Flores, fundador e primeiro Diretor da Faculdade de Direito de Porto Alegre, Presidente da Província no Império, parlamentar, constituinte em 1891 e membro do Tribunal de Justiça tão logo proclamada a República.

Aos 26 de janeiro de 1911, há cem anos, nasceu Carlos Thompson Flores na cidade de Montenegro, no Estado do Rio Grande do Sul.

Filho do político e advogado Luiz Carlos Reis Flores e de Dona Francisca Abbott Borges Fortes Flores, foram os seus avôs paternos o Desembargador Carlos Thompson

Flores e Dona Luíza Elvira Reis Flores, filha do Barão de Camaquã, um dos comandantes militares da Guerra do Paraguai; pelo lado materno, o Dr. João Pereira da Silva Borges Fortes, político e magistrado no Império, e Dona Ofélia Abbott Borges Fortes, irmã do ex-Ministro da República e ex-governador, Dr. Fernando Abbott.

O Ministro Carlos Thompson Flores é descendente de algumas das mais ilustres e antigas famílias do Brasil que forneceram ao nosso país políticos do mais alto relevo, como o Marechal Hermes Rodrigues da Fonseca, Presidente da República, diplomatas como o embaixador Carlos Martins Thompson Flores, médicos como o Conselheiro do Império Dr. Jonathas Abbott, considerado por muitos o maior luminar da ciência médica brasileira no século XIX.

Destacam-se, ainda, o Coronel Thomaz Thompson Flores, herói da Guerra de Canudos, cujos feitos são relatados por Euclides da Cunha na obra clássica “Os Sertões”; o Ministro Francisco Thompson Flores, Ministro do Tribunal de Contas da União que, em 1937, como relator das contas do Presidente Getúlio Vargas, levou a Corte de Contas a manifestar-se pela rejeição das contas do Presidente da República, em decisão sem precedentes na história daquele Tribunal.

2 In: *Revista Forense*, v. 257, p. 419.

É descendente direto do bandeirante Raposo Tavares, um dos fundadores do Brasil, e de Dionísio Rodrigues Mendes, um dos primeiros povoadores do Rio Grande do Sul, cuja fazenda, em meados do século XVIII, situava-se em terras onde hoje se localiza o Município de Porto Alegre.

Uma das fazendas de seu bisavô, o Dr. João Pereira da Silva Borges Fortes, notável político do segundo reinado, hospedou o Imperador D. Pedro II e toda a sua comitiva, no ano de 1865, em São Gabriel, quando de sua visita à Província de São Pedro.

Corre em suas veias o nobre sangue da família Leme, de São Paulo, que deu ao Brasil homens como o Cardeal D. Sebastião Leme, que desempenhou papel decisivo para o favorável desfecho da Revolução de 1930, ao convencer o Presidente deposto Washington Luís Pereira de Sousa a partir para o exílio.

São, ainda, seus primos o Almirante Diogo Borges Fortes, Ministro e Presidente do Superior Tribunal Militar, o General Carlos Flores de Paiva Chaves, o primeiro militar brasileiro a comandar tropas da ONU – comandou a Faixa de Gaza nos anos cinquenta –, o Almirante

Joaquim Flores do Rêgo Monteiro, formado em Engenharia Naval na Inglaterra e um dos pioneiros no país nessa importante modalidade de engenharia e o Embaixador Francisco Thompson Flores, um dos responsáveis pela criação e instalação do Mercosul, quando embaixador em Buenos Aires.

Essas, em apertada síntese, são as origens familiares de Carlos Thompson Flores.

O homem, disse-o Antonio Joaquim Ribas, em sua biografia de Campos Salles, é um ser sucessivo, cuja alma contém, algumas vezes, as virtudes de cem gerações.³

Como nos minerais e vegetais, prossegue o notável biógrafo, a natureza elabora, longa e surdamente, as suas obras-primas na humanidade.

Eis por que assinalamos que nos seus antepassados já se revelavam as altas virtudes que, aperfeiçoadas pelo estudo e meditação, destinaram-no às mais elevadas posições na administração da nossa Nação.

A l'origine d'une vocation, recorda Roger Martín Du Gard, il y a presque toujours un exemple.

No exemplo de seus ancestrais, colheu a inspiração e o estímulo que lhe serviram de motivação na escolha

3 Ribas, Antonio J., In: *Campos Salles – Perfil Biográfico*, Rio de Janeiro, 1896, p. 536.

de sua vocação, a magistratura, cujo exercício consumiu toda a sua existência.

A rigor, parodiando Ruy Barbosa, dele se pode afirmar: Juiz, sempre Juiz, apenas Juiz.

Fez o curso primário no Colégio Público Elementar “14 de Julho”, na cidade de Montenegro. O ginásio no Colégio Estadual Júlio de Castilhos, escola modelar na época, em Porto Alegre.

Concluído o curso secundário, matricula-se na tradicional Faculdade de Direito de Porto Alegre, fundada por seu avô, o Desembargador Carlos Thompson Flores, em 1900.

Forma-se com distinção como integrante da turma de 1933, tendo colado grau em solenidade especial realizada no gabinete do Diretor, eis que já era, a esse tempo, Juiz Distrital de Herval do Sul, termo da Comarca de Jaguarão.

Em 1938, após aprovação em concurso público, é nomeado Juiz de Direito da Comarca de Santa Vitória do Palmar. Daí passou, mediante remoção, para a Comarca de Rosário do Sul. Posteriormente, foi promovido, sucessivamente, para as Comarcas de Montenegro, de 2ª entrância, e Livramento, de 3ª entrância.

Em 1951, é promovido para a Capital e, posteriormente, designado para a Vara dos Feitos da Fazenda Pública, desaguadouro dos grandes nomes da magistratura rio-grandense.

Em 13 de abril de 1953, é convocado para substituir o Desembargador Homero Martins Batista sendo, logo a seguir, em 03 de junho, promovido a Desembargador do Tribunal de Justiça, com 42 anos de idade, o mais moço na época.

Todas as suas promoções na carreira sempre foram movidas pelo impulso nobilitante do merecimento, num claro reconhecimento das suas marcantes qualidades de julgador.

No Tribunal de Justiça, foi eleito para o cargo de Corregedor-Geral da Justiça, tendo-o exercido por dois períodos consecutivos, deixando ditas funções para compor a 4ª Câmara Cível, em março de 1960.

No Tribunal Regional Eleitoral, exerceu os cargos de Vice-Presidente e Presidente.

A sua atividade, porém, não se restringiu à magistratura.

Realmente, durante muitos anos professou a cadeira de Processo Civil no Curso de Formação de Magistrados mantido pela Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul.

Designado mediante eleição, representou o Tribunal de Justiça no Congresso de Juristas em comemoração do Centenário de Clóvis Beviláqua, realizado na cidade de Fortaleza, em 1958.

Da mesma forma, representou o Tribunal de Justiça perante a III Conferência Nacional de Desembargadores, realizada em 1964, na cidade

do Rio de Janeiro, quando foi distinguido por seus pares para presidir uma das quatro comissões – a de processo civil –, escolhendo como seu secretário o Professor Alfredo Buzaid.

Essa comissão debateu a fundo o anteprojeto do Código de Processo Civil, sendo que várias de suas sugestões foram incorporadas ao mencionado projeto de codificação.

É eleito Vice-Presidente do Tribunal no período de 1964-1965 e, posteriormente, Presidente no biênio 1966-1968.

Os seus elevados méritos levaram o Tribunal, por unanimidade, a quebrar o critério da antiguidade e elegê-lo Presidente da Corte antes de chegar a sua vez pelo rodízio tradicional, pois reconheceram os seus integrantes que o Desembargador Thompson Flores era, na oportunidade, a pessoa certa para promover as reformas que o Judiciário gaúcho necessitava.

Com efeito, na chefia do Poder Judiciário Estadual empenhou-se decididamente na superação dos entraves que há décadas emperravam o judiciário gaúcho com as seguintes medidas: criou a Revista de Jurisprudência do Tribunal; instituiu os boletins de jurisprudência da Corte distribuídos quinzenalmente aos desembargadores, providência essa que, posteriormente, como Presidente do Supremo Tribunal Federal, difundiu na Suprema Corte e em

todos os Tribunais do país; promoveu a elaboração de um novo Código de Organização Judiciária; encaminhou sugestões à reforma da Constituição Estadual, em atendimento à adaptação à Constituição Federal de 1967; dinamizou e concluiu as obras do Palácio da Justiça, paralisadas há mais de dez anos; garantiu a ampliação dos quadros de pessoal da Secretaria do Tribunal, por meio da Lei nº 5.668/67; criou a assessoria de imprensa do Tribunal, iniciativa pioneira para divulgar à sociedade as atividades do Judiciário, tornando-o mais conhecido da população; procurou as faculdades de direito dialogando diretamente com os estudantes para sensibilizá-los no ingresso à magistratura.

Prestes a cumprir o seu mandato, é nomeado pelo Presidente Costa e Silva ministro do Supremo Tribunal Federal, na vaga do Ministro Prado Kelly, por decreto de 16 de fevereiro de 1968.

A sua posse deu-se em 14 de março, nela comparecendo o que havia de mais representativo da cultura jurídica e do cenário político do Rio Grande do Sul, fruto da fama do juiz excepcional que, em seu estado de origem, conquistara o respeito e admiração de seus coestaduanos face às suas qualidades de inteligência, independência, cultura, honradez e trabalho.

No Supremo Tribunal Federal, permaneceu cerca de treze anos,

ratificando o alto conceito de que viera precedido.

Seria dar incontável extensão ao presente texto se, porventura, se quisesse examinar em pormenores o brilho da judicatura do Ministro Thompson Flores na Suprema Corte.

Os seus votos, em geral, não eram muito extensos, mas profundos, valendo-se da melhor doutrina, desvendando o âmago da causa numa síntese admirável de exatidão e brilho.

Em 07 de agosto de 1980, julgando o RE nº 88.407-RJ (Pleno), versando a responsabilidade civil do transportador na hipótese de assalto ao passageiro, proferiu voto que bem retrata sua técnica de julgar, *verbis*:

“O SR. MINISTRO CARLOS THOMPSON FLORES (RELATOR):

– Conheço do recurso e lhe dou provimento para restabelecer a sentença de fls. 65/66, excluindo, porém, a indenização pelo dano moral, e, no pertinente aos honorários de advogado, reduzi-lo a 15%, nos termos do art. 11 da Lei 1.050/60.

2. Decidindo como decidiu o acórdão recorrido que, à transportadora, não cabia responsabilidade porque ocorrera “fator impeditivo do cumprimento do dever de incolumidade do passageiro acrescido de sua culpa” face aos fatos que se oferecem certos, penso que o decisório não só denegou vigência ao art. 17, e seus incisos 1º e 2º, do Dec. Legislativo 2.681/912, como dissentiu do enunciado na S. 187 e julgado, desta Corte, pro-

ferido no RE nº 73.294, 2ª Turma, de 03.12.73 (R.T.J. 70/720/1), cuja ementa dispõe:

‘Responsabilidade civil. Transporte urbano de passageiros. Ao elidir a responsabilidade do transportador, por não ser estranho à exploração da atividade, o fato de terceiro, motorista de outro veículo, após discussão provocada pelo condutor do coletivo sobre questões de trânsito, disparar sua arma contra este e atingir o passageiro. Dissídio com as Súmulas 187 e 341.

Recurso extraordinário conhecido e provido’

Justifica-se, dessarte, o conhecimento do recurso.

E cabe provê-lo.

Os fatos se oferecem certos, como reconheceram as partes e os julgados de primeiro e segundo graus.

Apenas no pertinente à sua qualificação é que dissentiram.

E, fazendo como fez o aresto impugnado, não só deixou de aplicar a regra adequada na sua conceituação própria (art 17, e seus incisos 1º e 2º) como discrepou do correto conceito jurídico que atribuíram os padrões aludidos.

Por isso, o restabelecimento parcial da sentença do nobre Juiz Antonio de Oliveira Tavares Paes que, em precisa síntese, fez incensurável adequação dos fatos à lei, ao afirmar, fls. 65v/66:

‘Nenhum valor me parece ter a alegação constante da contestação, no que diz respeito à existência

de força maior ou de caso fortuito a descaracterizar a obrigação indenizatória. Está provado que a existência de assaltos coletivos, na região em que a firma ré explora sua atividade lucrativa, alança índices alarmantes e os autos dão bem uma notícia disso (fls. 18), além de se tratar de fato público e notório, que independe de prova. Ora, sendo um fato que já se integrou na diuturnidade da vida de quem habita aquela região, a ocorrência desses assaltos não pode ser considerada como fato imprevisível a caracterizar a fortuidade de sua verificação. Parece-me irresponsável a douta argumentação neste sentido expendida pelas autoras, na réplica de fls. 51/60, que se constitui em verdadeira aula sobre responsabilidade civil.

Acresce notar que a ré alegou que o próprio marido e o pai das autoras foi o único responsável pelo evento, pois, foi ele quem deu início ao tiroteio e, assim, teria dado início a um outro processo causal, que estaria a descaracterizar a responsabilidade decorrente da garantia de incolumidade devida aos passageiros pela transportadora.

Tal argumento, se bem que impressionante à primeira vista, não resiste a um exame mais profundo, pois, quando da interferência da vítima, já se caracterizara o inadimplemento à garantia de incolumidade, pois, não apenas um passageiro, mas, todos se achavam submetidos à mira das armas dos meliantes, pelo que evidenciada a

falta de precaução da ré em evitar o ocorrido.

Não é resultado lesivo que caracteriza o inadimplemento da obrigação da transportadora de assegurar ao passageiro sua incolumidade física, mas sim a simples criação in concreto da possibilidade de sua verificação. No caso, o resultado apenas determina a incidência de uma obrigação secundária, que diz com a reparação dos danos sofridos.

Se o passageiro for submetido a um risco concreto de lesão e esta não vier a se concretizar, não há como se negar o inadimplemento da obrigação de garantia de incolumidade, no entanto, não há que se falar em indenização, pois, esta decorre do dano e o mesmo não se verificou.

No caso dos autos, o inadimplemento da obrigação de garantia de incolumidade se verificou com a ocorrência do assalto e as lesões sofridas pela vítima, que vieram a ocasionar sua morte, nada mais são do que um desdobramento desse fato inicialmente imputável à ré. Não importa que os demais passageiros não tenham sofrido danos, pois, o que caracteriza a obrigação é a conjugação do inadimplemento com a verificação da lesão, e, desde que verificada tal conjugação, é inarredável a responsabilidade indenitária.

4. Nem poderia a demanda ter outro desfecho.

O documento que se refere a sentença, certidão expedida pela Delegacia de

Polícia de São João de Meriti, fls. 18/19, de criminalidade inferior à de Caxias, onde ocorreram os fatos, bem como de Nova Iguaçu, revelou que no ano de 1974, só na referida Delegacia, foram registrados 228 assaltos a coletivos, o que representa uma média de quase um por dia.

Dita média, seria maior na cidade onde se verificou.

Em verdade, é fato, mais que notório, tais ocorrências na Baixada Fluminense, como bem acentuara o magistrado.

Apreciando acontecimento que se repete no trânsito, o qual pela conduta de terceiro originou dano a passageiro de ônibus, acentuou o eminente Ministro Xavier de Albuquerque, relator do padrão referido:

‘Tomados os fatos na versão do próprio acórdão, não vejo como lhe endossar a conclusão. Discussões desse gênero chegam a ser rotina no trânsito do Rio de Janeiro, felizmente não no sendo desfechos como o que essa teve. Mas tais desfechos também não chegam, por desgracia, a ser raros. A imprensa se ocupa frequentemente com episódios análogos, que sociólogos, psicólogos e médicos procuram interpretar em estudos sérios e conhecidos.

O fato do terceiro, que deu causa aos danos sofridos pelo recorrente, não pode considerar-se estranho à exploração do transporte urbano de pessoas numa cidade como o Rio de Janeiro, a ponto de equiparar-se ao caso fortuito ou à forma maior.

Principalmente quando, como reconhece o Tribunal a quo, deu-lhe ensejo, não importa que sem proporção, a discussão, provocada pelo preposto da transportadora.’ (RTJ 70/721).

Em tais condições não ocorrem, a meu ver, quaisquer dos pressupostos capazes de afastar a responsabilidade do recorrido, ou seja, fato de terceiro ou culpa exclusiva, da vítima.

Com efeito.

No campo da responsabilidade civil nos transportes coletivos de passageiros, a Jurisprudência do S.T.F. tem sido sempre sensível à realidade, como também ocorre em países outros, especialmente, França e Itália.

Em princípio, e desde 1920, passou a aplicar o vetusto Dec. Legislativo nº 2.681/912 ao transporte através dos bondes.

Após, ampliou-se aos ônibus, e chegou até às lotações como o admitiu a Eg. 3ª Turma ao julgar o RE nº 59.966, em 11.04.69 (RTJ 55/429)

Intercorrentemente, quebrando a rigidez do Código Civil, art. 1.523, admitiu a presunção de responsabilidade do preponente.

O caso, assim, deve ser considerado ante a dolorosa realidade do que sucede e se agrava, como é notório, nas grandes capitais e aqui nas cidades que integram a chamada ‘Baixada Fluminense’ onde ocorreu o evento.

Atento às circunstâncias que o rodearam, não há como falar em “fator

impediente no cumprimento do dever” capaz de elidir a responsabilidade pelo fato, de parte do transportador, como aceitou o acórdão.

É que, por disposição expressa da lei, art. 17, segunda parte, sua culpa é “sempre presumida”, ressalvadas as duas hipóteses de seus incisos 1º e 2º, fortuito ou força maior, e, bem assim, culpa exclusiva da vítima.

Precisou o Código Civil, no seu art. 1.058, a conceituação dos dois primeiros.

In casu, cuida-se do segundo, o fato de terceiro, o qual, em verdade, não seria excludente de sua responsabilidade, apenas daria direito de regresso contra o causador do dano, nos termos do art. 19 da citada lei especial, como sentido que se lhe atribuiu a Súmula 187, ou seja, compreensivamente, como já acentuava Aguiar Dias fundado no ensinamento dos Tribunais (Da Responsabilidade Civil, vol. 1, 1979, p. 231).

É mister, porém, como acentua:

‘Assim, qualquer que seja o fato de terceiro, desde que não seja estranho à exploração, isto é, desde que represente risco envolvido na cláusula de incolumidade, a responsabilidade do transportador é iniludível, criando, entretanto, o direito de regresso em favor do transportador sem culpa no desastre.’

É esta, ademais, a lição dos doutrinadores.

Sucedem, porém que, na espécie em exame, de fortuito, não se trata de que

o fato não seja estranho à atividade da empresa que se dispõe a explorar o transporte de passageiros, na área já referida e, cujos riscos, contra ela mesma, em sua arrecadação, e notadamente na incolumidade de seus passageiros, eram previsíveis, e assim, quando não, de todo evitáveis, pelo menos reduzíveis ou atenuados.

Todavia, apesar de tudo, não comprovou, como lhe impendia, qualquer providência pertinente, que tenha tomado, seja para si mesma, diretamente, seja perante as autoridades policiais para as providências que lhe coubessem tomar.

E, tanto era de seu conhecimento o risco dos assaltos, de resto, de manifesta notoriedade, que atribuiu a guardas seus a segurança de seus escritórios e locais de arrecadação da “féria”, como esclareceu a prova.

As medidas de segurança são, de resto, quase que habituais, como ocorre com os veículos que transportam valores, acompanhados de pessoal especializado e fortemente armado.

Nem se alegue que, com a concessão para exploração do transporte e pagamento dos tributos estaria isenta das medidas de segurança.

Não nas condições conhecidas e, apesar delas, expor-se aos azares em comentário.

Demais, a disciplina interna, conexa com a segurança e bem-estar dos passageiros, eram de sua integral responsabilidade, apenas sujeita à limitada fiscalização do Poder Público. A presença de guardas seus

pelo menos à noite era providência que se impunha, ao menos para prevenir ou reduzir os riscos. Ainda aqui, omitiu-se.

Evidencia-se, assim, a ausência absoluta de quaisquer das causas elisivas da responsabilidade, força maior ou fortuito, no último se inserindo, como acontece, na legislação de outros países, o ato de terceiro.

Pouco importa que seja ele até criminoso, como reconheceu a E. Primeira Turma ao julgar o RE 80.416, em 04.10.77 (RTJ 86/837), quando a passageira vitimada, foi passível da ação de terceiro, um ladrão, ao arrebatar-lhe uma corrente de valor.

De outra parte, bem analisou a sentença a conduta da vítima, a qual posto que, também culposa, o que se admite, apenas, para argumentar, sem consentir, não seria exclusiva como o requer o inciso 2º do citado art. 17, sem o alcance pois, para elidir a responsabilidade por sua morte, segundo orientação desta Corte.

Por fim, quero referir-me à Jurisprudência dos Tribunais estrangeiros. Da busca procedida, pouco se obteve.

René Rodière, professor de Direito de Transportes da Faculdade de Direito de Paris, em seu *Droit des transports terrestres et aériens* 1973, ps. 358/9, indica julgados alusivos

a transporte coletivo nos quais seus passageiros teriam sofrido danos por atos de sabotagem.

Das decisões tomadas, extraiu ele, entre outras, estas afirmações:

‘... elle (SNCF) est responsable d’un attentat commis sans qu’elle ait pu prouver que ses agents n’y ont pas participé.’

Por último, cabe considerar a indenização pelo dano moral.

Deu-a a sentença sem maior fundamentação. Todavia, a Jurisprudência do S.T.F, em caso como o dos autos, não o tem consagrado (ERE 53:404, Relator Min. Adalício Nogueira, in RTJ 42/378, RE 71.465, Rel. Min. Eloy da Rocha, in RTJ 65/400; RE 59.358, Rel. Min. Victor Nunes, in RTJ 47/276 e RE 84.718, do qual fui relator, in RTJ 86/560).

E, quanto aos honorários, porque goza o autor do benefício da assistência judiciária, fixei-os de acordo com a respectiva lei especial.

No mais, reporto-me aos fundamentos do parecer da douta Procuradoria-Geral da República, e da sentença restabelecida.

É como voto.”⁴

Da mesma forma, questão singular foi enfrentada pelo Presidente Thompson Flores ao deferir medida

4 In: *RTJ*, v. 96/1205-9.

cautelar no Pedido de Avocação nº 1/ SC, julgado pelo Plenário, em 14 de dezembro de 1978.

O seu voto é do seguinte teor, *verbis*:

“Em 11 do próximo passado, quando o Tribunal se encontrava em férias, requereu o Dr. Procurador-Geral da República a concessão de medida cautelar em pedido de avocação, fundada no art. 119, I, letras o, e p, da Constituição, na redação que lhes atribuiu a Emenda nº 7/77.

Fê-lo através do petitório de fls. 2/12, cuja leitura sou levado a fazer para integral compreensão da controvérsia (ler).

Veio ela instruída com farta documentação, constante de manifestação dos Srs. Ministros dos Transportes e das Relações Exteriores, fls. 13/14 e 172, acompanhada aquela de vasta correspondência recebida da SUNAMAN e da SYNDARMA, além de recortes de vários periódicos nacionais e um do exterior, alusivos ao assunto.

Outrossim, vieram com a pretensão documentos extraídos dos autos da ação, especialmente na fase de cognição, sentença, acórdãos do Tribunal Federal de Recursos e do Supremo Tribunal Federal; e na de execução, o laudo pericial, a sentença de liquidação, a apelação interposta e autos de penhora de dinheiro (depósitos) e de imóveis, na cidade do Rio de Janeiro.

Os efeitos da execução provisória, face à apelação interposta, sem exigência de caução, ficaram assim resumidos pela SUNAMAN e endossados pelo Senhor Ministro dos Transportes, ao consignar, *verbis*, fls. 15/7:

“Tal procedimento, a nosso ver, caso não venha a ser sustado de imediato, terá efeitos desastrosos para a política econômica do Governo e especialmente para a de marinha mercante, afetando a vários setores da atividade pelos motivos que seguem:

- 1) o nosso intercâmbio comercial com o exterior será fatalmente afetado, uma vez que empresas de navegação nacionais e estrangeiras cancelarão suas escalas nos portos envolvidos;
- 2) haverá redução da receita dos portos nos quais essas empresas deixarem de frequentar;
- 3) acarretará falta de cumprimento, pela bandeira brasileira, de seus compromissos internacionais de transportes decorrentes de acordos bilaterais e, também, nos acordos de rateio de fretes, no caso de diminuírem a sua participação no transporte marítimo, o que, certamente, acontecerá;
- 4) os programas de exportação do Governo serão seriamente prejudicados, principalmente os daquelas mercadorias para as quais já tenham sido equacionados seus programas de transporte marítimo;
- 5) as importações de materiais e equipamentos indispensáveis ao

desenvolvimento do País também serão prejudicadas;

6) com o enfraquecimento da política de marinha mercante teremos reduzida a receita de divisas produzida pelos fretes por ela gerados;

Por outro lado, já temos notícia de que grande número de embarcações do Norte da Europa já manifestaram sua intenção de não embarcarem suas cargas nos navios da Empresa de Navegação Aliança S/A, receosos de que os navios da mesma venham a ser objeto de arresto, ficando paralisados nos portos e causando-lhes vultosos prejuízos.

Assim, estando a este Órgão afeta a execução da política da marinha mercante, vimos além de encaminhar a exposição e os documentos anexos, oriundos do SYNDARMA, manifestar a nossa preocupação pela gravidade da situação criada, que poderá estender-se a todos os portos do País, e cujas consequências são imprevisíveis, principalmente, para o Setor de transporte marítimo”

Do mediato exame da documentação convenci-me da ocorrência, em princípio, dos pressupostos que justificam a avocatória, e, ainda, que, para sua real eficácia, impendia a concessão da medida cautelar, visando sustar, de pronto, os efeitos produzidos pela sentença em fase concreta de execução.

Quanto ao procedimento, coincide ele com a conceituação que lhe

atribuiu esta Corte no Diagnóstico da Reforma do Poder Judiciário (Reforma do Poder Judiciário, Diagnóstico, ps. 37/8, ns 41/2).

Seus pressupostos foram transplantados para a Constituição, através da Emenda nº 7/77, na redação do art. 119, I, o.

É certo que o Supremo Tribunal Federal ainda não disciplinou seu processamento.

O projeto da respectiva Emenda Regimental, elaborado pela Comissão, está em fase de estudo perante o Plenário.

A meu ver, tal omissão não obsta a aplicação imediata da norma constitucional vigente, adotado o processo similar da Representação, ao qual se referem os arts. 174 e seguintes do Regimento Interno, no que couber. Permito-me aqui pequena digressão.

Ao advir a primeira lei que disciplinou o processo de declaração de inconstitucionalidade em tese, prevista pela Constituição de 1946, e que ao que me parece, 2.175, expedida ao tempo do governo Café Filho, adotou em seu procedimento as normas que regulavam o mandado de segurança.

E por duas vezes pelo menos esta Corte concedeu em tais feitos medidas cautelares, invocando para fazê-lo as disposições da citada lei nº 1.533/51. Refiro-me às Representações nº 466 e 467, das quais foram respectivamente Relatores os eminentes Ministros Ari Franco e Victor Nunes (DJ de 16.11.61, Ap. 209, pág. 621

e seguinte; e RTJ 23, pág. 1 e seguintes). Para o caso, a questão se faz mais singela, pois o art. 175 do Regimento Interno alude à medida reportando-se ao art. 22, IV.

E assim decidiu este Plenário ao apreciar a Representação nº 933 da qual fui Relator (RTJ 76/342).

As dúvidas então suscitadas desapareceram ante a Emenda Constitucional nº 7/77, como passou a dispor o art. 119, I, letras o e p.

Certo que a decisão caberia ao Plenário.

Estando, porém, em férias a Corte, dita atribuição ficou a cargo do Presidente, como dispõe o art. 14, VIII, do citado Regimento, sujeitando sua decisão ao *referendum* do Plenário. E isto porque a medida, caso não estivesse em férias o Plenário, caberia ao Relator, face à urgência, mas *ad referendum* do Órgão.

No que pertine ao merecimento, a documentação convence, seja justificando a advocação, seja a medida cautelar, demonstrando decorrer do decisório impugnado, já em fase de concreta execução, imediato perigo de grave lesão à segurança, e, especialmente, das finanças públicas.

Ademais, complexa execução processa-se por simples, arbitramento, cujo laudo severamente atacado pelas partes, estima os prejuízos na elevada cifra de Cr\$ 59.919.150,05.

E, posto provisória a execução, face à apelação interposta, teve ela curso, sem qualquer caução, contrariando o

disposto no art. 585, I, do Código de Processo Civil.

Por último, é de anotar-se que já se encontra em tramitação perante esta Corte, ação visando rescindir o acórdão proferido na fase final de cognição da causa. Refiro-me à A. R. nº 1.040, a qual tem como Relator o eminente Ministro Soarez Muñoz.

Por fim, a concessão de liminar, cingiu-se a sustar o prosseguimento da execução.

E o despacho por mim prolatado é o seguinte, fls. 216 (verso):

“A. Conheço do pedido, como incidente do procedimento a que se refere o art. 119, I, o, da Constituição, na redação da Emenda nº 7/77. E o defiro, *ad referendum* do Plenário, a medida cautelar postulada pelo Dr. Procurador-Geral da República, suspendendo os efeitos da sentença de liquidação, proferida nos autos da Ação de Indenização a que se refere a presente petição a fl. 11.

E assim o faço, nos termos do Regimento Interno, reconhecendo decorrer do decisório impugnado imediato perigo de grave lesão à segurança e, especialmente, das finanças públicas.

E assim o concluo do exame dos documentos que instruem o pedido, notadamente da judiciosa fundamentação aduzida pela “SYNDARMA” ao Ministro dos Transportes e por ele acolhida; e, bem assim, das considerações aduzidas pelo Ministro das

Relações Exteriores, ao considerar, como aquele, o elenco de consequências emergentes do veredicto impugnado, em face de sua ruinosa execução, afetando as próprias relações internacionais do Brasil e o seu comércio marítimo com Nações irmãs.

A tudo se ajuntem os comentários desfavoráveis de vários periódicos nacionais, e ainda, do Lloyd's List, de Londres, edição de 29.12.77, como se verifica da documentação anexa.

Expeça-se, imediatamente, via “telex”, nos termos da minuta anexa, devidamente por mim autenticada, comunicação ao Dr. Juiz Federal, Seção Judiciária do Estado de Santa Catarina, com jurisdição no feito originário, para que faça cumprir esta determinação, acusando o recebimento da comunicação e dando pronta ciência das providências tomadas. Outrossim, expeça-se ao Magistrado ofício, acompanhado da cópia desta e respectivo despacho para que, em quinze dias, preste as informações que entender de direito”.

Esclareço que sua determinação foi cumprida, segundo comunicação de fls., e que a esta altura as informações solicitadas já se encontram nos autos. Trago agora, na forma regimental, art. 14, VIII, ao *referendum* do Egrégio

Tribunal, o despacho em questão, antes de fazer sua distribuição.

Pareceu-me que esta seria a ordem lógica, pois, responsável pela decisão, poderia, creio, proporcionar melhores esclarecimentos de meu livre convencimento ao prolatá-la.

Acentuo, por último, que no processamento procurei orientar-me pelo Projeto da Emenda Regimental referente ao pedido de advocação, na parte já aprovada.

É o relatório, o qual se tornou um tanto extenso pela originalidade do tema” (fls. 564 a 570, 2º volume).”⁵

De outra feita, o Recurso Extraordinário Eleitoral nº 90.332-SP, julgado pelo plenário, em que figurava como parte o então candidato ao Senado Fernando Henrique Cardoso, posteriormente Presidente da República, enfrentou relevantíssima questão constitucional e de direito eleitoral, na época, acerca do prazo da sanção prevista no Ato Institucional nº 5/68 e a sua respectiva projeção na inelegibilidade, interpretando o art. 154 da CF de 1967, na redação da EC nº 1/69.

O Ministro Thompson Flores, Presidente do Supremo Tribunal Federal, profere voto – amostra de como julgava – nestes termos, *verbis*:

“O Sr. Ministro Thompson Flores: (Presidente) – A natureza do recurso leva-me a votar. É o que passo a fazer.

Adianto, desde já, que estou de pleno acordo com o eminente Relator.

Penso que S. Exa. examinou a controvérsia com precisão lógica e deu-lhe solução juridicamente fundada, em brilhante argumentação, ornada, por vezes, com lances de elegância estilística.

Convinha mesmo apreciar as duas correntes que formaram a maioria do T.S.E., originando o decisório.

Aquela que o situou nas lindes da L.C. n° 5/70, cuja interpretação bastou para dirimir ali o litígio, por certo, tornou quase inviável o recurso extraordinário, circunscrito, quando se trata de julgado daquela Corte Eleitoral, em contrariedade à Constituição.

E, a toda evidência, sua afronta em si, não importa na prática de igual pecado contra a Carta Maior, a menos que, no particular, seja ela um decalque desta. O desrespeito, pois, não seria em tal hipótese, à Lei Complementar, mas à própria Constituição.

Mas isto não ocorreu, como bem demonstraram o despacho presidencial e o eminente Relator.

Procura o douto recorrente invocar em seu prol precedente em Representação de Goiás, quando se teria focado a L.C. n° 10/74.

O símile não oferece, *data venia*, o devido préstimo, dado que, face a seus termos, o que o Tribunal reconheceu,

então, é que a própria criação do município goiano afrontava o art. 14 da Constituição.

A relevância da questão, porém, se apresentou no pertinente a outra corrente que se formou na Corte Eleitoral e que somou a maioria, calcada nos votos dos eminentes Ministros Leitão de Abreu e, especialmente, seu Presidente, o já saudoso Rodrigues Alckmin.

Considerou ela, diversamente da outra, o prazo de inelegibilidade, estimando-o em dois anos, fundada no art. 154 da própria Constituição, e por isso já então decorrido.

Penso que, assim procedendo, de forma alguma, afrontou o decisório os arts. 6° e 151, ambos da Carta Maior, como se sustenta.

Realmente. O que fez a maioria vencedora ao estimar o prazo? Penso que supriu exigência da lei, buscando, em fonte própria, sua inspiração, o art. 154 do Estatuto Máximo.

Aplicou, como lembraram o Ministro Cunha Peixoto, o art. 4°, da L.I.C.C., e o Ministro Xavier de Albuquerque, o art. 126 do C.P.C.

E assim o faz o julgador vezes muitas, realizando um dos mais nobres e importantes de seus deveres suprir as lacunas da lei, revelando-a, dando-lhe o seu legítimo sentido e real alcance.

Faz instantes, em sua sustentação oral, invocava da tribuna o advogado do recorrido o R.E. n° 71.293, o qual foi relator o eminente Ministro Amaral Santos.

Ali, como aqui, discutia-se matéria de inelegibilidade. Fora eu o relator do acórdão, proferido pelo Egrégio Tribunal Superior Eleitoral, chamado a substituir o eminente e saudoso Ministro Barros Monteiro, impedido.

O T.R.E. de São Paulo admitira que o prazo máximo da suspensão dos direitos políticos admitido nos Atos Institucionais era 10 anos.

A lei não o dissera, mas o Tribunal local, revelando-a, reconheceu.

O T.S.E. não conheceu do recurso, como que endossando a tese.

Na discussão nesta Corte, que não se estatuiu inelegibilidade perpétua, como admitiam que o aresto o fizesse, os eminentes Ministros Bilac Pinto e Adauto Cardoso.

O que admitiu o S.T.F., então, é que ela findaria aos 10 anos.

Vê-se assim que ali se fixou um limite máximo.

Aqui o T.S.E. admitiu o mínimo para o caso. E friso, para o caso, porque não proferiu ele decisão normativa, o que estaria ao seu alcance, porque, para que ocorresse a normatividade, outros pressupostos se fariam mister, como é elementar.

Antes, limitou-se a apreciar a relação discutida. Ateve-se a ela. E como reconheceu omissa a lei, aplicou norma legal para supri-la.

Mais, inspirou-se, para solver a controvérsia, de norma política do próprio Estatuto Político, a Constituição, no seu art. 154, o qual, a par do prazo máximo, 10 anos, fixou também o mínimo, 2.

E, sem ares de arbítrio, mas em cotejo com a hipótese que julgava, ateu-se ao prazo ínfimo.

Legislou a respeito, afetando o princípio insculpido no art. 6º ou naquele previsto no art. 151, ambos, da citada Carta, como sustenta o recorrente?

Seguramente, respondendo pela negativa.

Ao contrário, operou laboriosa construção jurídica, suprimindo, com material próprio, omissão legislativa para bem e politicamente solver controvérsia desse gênero.

Manifesto é que não poderia a irresignação contra tal procedimento merecer do S.T.F. sua acolhida, máxime ante o disposto no art. 139 da Constituição.

A regra que nele se contém é a irrecorribilidade das decisões do T.S.E. A exceção está nas duas ressalvas que introduz: H.C. denegado e decisão que contrarie a própria Constituição. Há ligeira similitude entre o citado art. 139 e o art. 143, posto que, a meu ver, aquele seja mais restrito, mais preciso e incisivo.

Tudo está a mostrar que somente quando o acórdão do T.S.E. contrarie a Constituição cabe o extraordinário, afora as hipóteses dos Habeas Corpus denegados.

E não seria possível admitir que incorresse na grave falta o decisório impugnado que antes de contrariá-la, relevou-a, buscou, em seus próprios princípios, meios para suprir lacuna de norma política.

Mantendo, exerce o S.T.F seu alto papel político, interpretando a Constituição.

Em conclusão, com a vênia do voto do eminente Ministro Cordeiro Guerra, não conheço, também, do recurso.

É o meu voto.”⁶

Longo seria, nesse momento, arrolar e comentar os votos e intervenções mais importantes proferidos pelo Ministro Thompson Flores, reveladores de sua vivência, cultura e prudência, marcas registradas de um grande juiz.

Já foi dito, e não constitui originalidade, que a jurisprudência não é mais do que a luta do bom senso contra a cegueira dos princípios absolutos.

Os exageros são perniciosos.

O bom magistrado não se define em fórmula matemática, razão pela qual o ato de julgar constitui acima de tudo uma arte.

Nesse sentido, a velha mas sempre nova lição do Juiz Ransson, *verbis*:

“Si la connaissance du droit est une science, il est permis d’affirmer sans présomption que la manière de

l’appliquer constitue véritablement un art.”⁷

Cabe ao juiz ir dizendo, em face dos fluxos e refluxos da vida em sociedade, onde acabam os direitos e começam os abusos, até que ponto o expandir-se de cada atividade não se converte em obstáculo ao conceito das demais atividades, assinalando as dissonâncias e os exageros, corrigindo, notificando, cumprindo e fazendo cumprir a Constituição e as leis do país.

Em meio século de judicatura, não houve campo da Ciência Jurídica, seja no Direito Público, seja no Direito Privado, que não a perlustrasse o Ministro Thompson Flores, com o devotamento, a competência e a proficiência que todos lhe reconhecem, fruto direto de sua reconhecida arte de julgar.

Por outro lado, convencido do papel saliente que representa nos meios de expressão do pensamento o emprego conveniente dos vocábulos, os seus pronunciamentos e votos primavam pela excelência da redação.

Seguia, no ponto, o conselho de Cícero, “utimur verbis ... iis quae

6 In: *RTJ*, v. 91/338-340.

7 In: Ransson, G. *Essai sur L’Art de Juger*, 2ª edição, A. Pedone Éditeur, Paris, 1912, p. 21.

propria sunt”⁸ e “non erit utendum verbis iis quibus iam consuetudo nostra non utitur”⁹ e, ainda, “moneo ut caveatis, ne exilis, ne inculta sit vestra oratio, ne vulgaris, ne obsoleta”¹⁰.

Favorecia-o o conhecimento de línguas, inclusive o latim, que lhe permitia o acesso direto à literatura especializada dos países mais adiantados, ensejando-lhe ao longo de sua vida a formação de uma qualificada e respeitável biblioteca.

Nesse ponto, importa referir a lição do notável Juiz Learned Hand quando enfatiza a necessidade da maior ilustração por parte do magistrado, notadamente quando julga questões constitucionais.

São suas palavras, *verbis*:

“I venture to believe that it is as important to a judge called upon to pass on a question of constitutional law, to have at least a bowing acquaintance with Acton

and Maitland, with Thucydides, Gibbon and Carlyle, with Homer, Dante, Shakespeare and Milton, with Machiavelli, Montaigne and Rabelais, with Plato, Bacon, Hume and Kant, as with the books which have been specifically written on the subject. For in such matters everything turns upon the spirit in which he approaches the questions before him.

The words he must construe are empty vessels into which he can pour nearly anything he will. Men do not gather figs of thistles, nor supply institutions from judges whose outlook is limited by parish or class. They must be aware that there are before them more than verbal problems; more than final solutions cast in generalizations of universal applicability. They must be aware of the changing social tensions in every society which make it an organism; which demand new schemata of adaptation; which will disrupt it, if rigidly confined.”¹¹

8 Cf. De. orat., III, 150: “usamos palavras que são próprias”.

9 Cf. De. orat., III, 25: “não devemos usar palavras que nosso costume não mais admite”.

10 Cf. De. orat., III, 10, 39: “aconselho-vos a tomar cuidado a fim de que vossa oração não seja nem pobre, nem inculta, nem vulgar, nem obsoleta”.

11 In: *The Spirit of Liberty – Papers and Addresses of Learned Hand*, Collected by Irving Dilliard, 3ª edição, Alfred A. Knopf, New York, 1974, p. 81.

Os que conheceram e tiveram o privilégio de conviver com Carlos Thompson Flores são uníssonos sobre as virtudes e qualidades de sua personalidade, o seu cavalheirismo, a cortesia no trato com os colegas e as pessoas de modo geral.

Dele, traçou retrato fiel o saudoso Ministro Adalício Nogueira, em suas conhecidas memórias, *verbis*:

“Thompson Flores é uma perfeita vocação de magistrado. Talvez que lhe houvesse transmitido o seu avô paterno e homônimo, Desembargador Carlos Thompson Flores. Esse pendor irresistível, ele o tem patenteado no decurso da sua longa e profícua carreira. O escrúpulo extremo com que ele costuma resguardar a sua vida profissional coloca-o acima de quaisquer suspeitas, que lhe possam desfigurar a atitudes.

Na pequenez do seu físico pulsa a vibração de uma inteligência vivaz e reside a amplitude de uma cultura esmerada. Debalde a modéstia que o envolve busca velar essas riquezas do seu espírito, porque estas, através da simplicidade dos seus hábitos, transparecem aos olhos de todos.

Participando no Supremo Tribunal da 2ª Turma, a que eu em determinado período presidi, foi-me dado ouvir os pronunciamentos que ele emitia, cinzelados em forma

translúcida e moldados na mais escorreita doutrina jurídica. A par disso, a atividade febril com que ele se vinculava a um labor incansável possibilitava-lhe estar sempre em dia com o serviço forense.

No convívio com os colegas, ele sempre lhes dispensou um tratamento cortez e delicado, jamais se lhe notando, em relação a eles, um simples gesto de antipatia ou desagrado, porque, em verdade, isso não condiria com a nobreza dos seus sentimentos.”¹²

Nesse sentido, também, o Ministro Soares Muñoz quando, em nome da Corte, proferiu o discurso em homenagem ao Ministro Thompson Flores, por ocasião de sua aposentadoria, *verbis*:

“O Ministro Thompson Flores exerceu todos os cargos administrativos que a alta magistratura do País pode proporcionar. Integrou as três comissões regimentais, foi Vice-Presidente e Presidente do Tribunal Superior Eleitoral e, por igual, Vice-Presidente e Presidente do Supremo Tribunal Federal. No desempenho dessas funções, que impõem deveres complexos e difíceis e as responsabilidades mais sérias e excelsas, sempre se houve com invulgar êxito. Recebeu todas as dignidades a que um magistrado pode aspirar e soube realçá-las,

12 Nogueira, Adalício C., In: *Caminhos de um Magistrado* (Memórias), Livraria José Olympio Editora, Rio de Janeiro, 1978, p. 137.

inclusive, com a sua dignidade pessoal e funcional. Tudo fez em prol do Poder Judiciário, para que fosse distribuída a melhor justiça, aquela que ele idealizava:

“Justiça que brote de Juízes independentes, sem falsos ou mal compreendidos exageros. Justiça austera, impoluta, incorruptível, como se faz mister o seja, e para cujos imperativos prosseguiremos indormidos e intransigentes. Justiça humana, como merece distribuída às criaturas, feita à imagem de Deus. Justiça que jamais se aparte dos fins sociais e das exigências do bem comum, sem cujo conteúdo não teria nenhum sentido. Justiça que se aproxime, sem excessos ou enganosas formas, do próprio Povo, para o qual é ditada e do qual deve estar sempre ao alcance: simples, real, despida de tudo que a possa tornar dificultosa, a fim de que a compreenda melhor, sinta-a com mais fervor, e possa, assim, nela crer, para amá-la, prestigiá-la e defendê-la, se preciso for, convencido de que ela é o seu baluarte democrático e a sua mais sólida garantia. E, sobretudo, Justiça pontual, como a queria Rui, porque tarda não mereceria o nobre título. E como dizia, reclamando, “Para que paire mais alto que a coroa dos reis e seja tão pura como a coroa dos santos”.

Só assim nos tornaremos dignos do respeito e da confiança da

Nação, ao lado dos demais Poderes da República”.

Mas o alto conceito do Ministro Thompson Flores não deflui, unicamente, de sua capacidade de trabalho e do seu amor à justiça, dos seus dotes de inteligência e cultura, da seriedade, isenção e pontualidade com que exerceu a magistratura; outras virtudes e qualidades ornaram também a personalidade, singularizando-o como ser humano admirável. Suas intervenções, no Plenário, na Turma ou em sessões de conselho, sempre se fizeram no momento adequado, com elegância de saber discutir, sem contundência, policiando-se para falar apenas o necessário. O cavalheirismo, a cortesia, a suavidade de maneiras, a modéstia cativante, a tolerância, a afabilidade tornaram-no alvo da amizade dos colegas, da estima dos advogados e do afeto filial dos funcionários da Casa.

Em pleno vigor físico e intelectual, com o serviço que lhe fora distribuído rigorosamente em dia, foi surpreendido pela idade-limite e em consequência aposentado compulsoriamente. Cumprisse, inexoravelmente, o preceito constitucional. O Supremo Tribunal Federal perdeu um grande Juiz. O Ministro Thompson Flores, no entanto, continuará presente nos fastos da Justiça Brasileira, não só como um grande Juiz, mas como um Juiz exemplar.”¹³

13 In: *Diário da Justiça da União*, edição de 27.03.1981, p. 2.531.

Preocupado com o crescente peso das atividades do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Thompson Flores elaborou várias propostas no sentido de evitar que o congestionamento dos trabalhos do Tribunal se tornasse invencível.

Foi de sua iniciativa a proposta que deu origem ao § 1º do art. 119 da Constituição Federal de 1967, na redação da Emenda nº 1/69, que atribuiu ao Supremo Tribunal Federal a competência para indicar, em seu regimento interno, as causas a que se refere o item III, alíneas “a” e “d”, do mencionado artigo.

Com fundamento nesse dispositivo da Constituição foi que o Supremo Tribunal Federal instituiu, em 1975, a relevância da questão federal como condição de admissibilidade do recurso extraordinário.

Nesse sentido, também, a seção concernente ao recurso extraordinário do CPC de 1973 partiu de proposta por ele elaborada.

Eleito pelo Supremo Tribunal Federal, presidiu a Comissão que elaborou o célebre Diagnóstico do Poder Judiciário, composto de 94 volumes anexos, tido até hoje como o estudo mais completo acerca dos males que afligem a Justiça Brasileira.

Esse trabalho notável, publicado na íntegra pela Revista Forense, v. 251, pp. 7 e seguintes, subsidiou o legislador constituinte quando da edição da Emenda Constitucional nº

7/77 que estabeleceu a Reforma do Judiciário.

Para o devido registro da história do Poder Judiciário, convém recordar a introdução desse importante documento, *verbis*:

“A honrosa visita de cortesia do Sr. Presidente da República ao Supremo Tribunal Federal, no dia 16 de abril de 1974, revestiu-se do caráter de profícuo encontro entre o Chefe do Poder Executivo e a mais alta hierarquia do Poder Judiciário, para declarações concordantes dos dois Poderes, da maior relevância para a justiça e, portanto, para a Nação. Afirmaram-se naquele diálogo: a necessidade e oportunidade de reforma do Poder Judiciário; a disposição de fazer o Governo do Presidente ERNESTO GEISEL o que puder para o aprimoramento dos serviços da justiça; a conveniência de prévia fixação, pelo próprio Poder Judiciário, do diagnóstico da justiça, mediante o levantamento imediato dos dados e subsídios necessários.

1. Em decorrência do interesse do Governo, na reforma, o senhor Ministro ARMANDO FALCÃO entrou em entendimento com o eminente Ministro ELOY DA ROCHA, presidente do Supremo Tribunal Federal. Ficou assentado, nessa ocasião, que, inicialmente, o Poder Judiciário procederia aos imprescindíveis estudos, em cada área de atividade jurisdicional, na medida em que aos Tribunais parecesse recomendável a ação reformadora.

2. Para desempenhar-se do encargo, foram solicitadas às justiças especiais e à justiça comum estatísticas, informações e sugestões, bem como a contribuição de universidades, de associações de classe, de magistrados, advogados e outros juristas.

Os dados e as opiniões obtidos constam de noventa e quatro volumes anexos. Foram apresentados relatórios parciais, relativos à Justiça Federal, à Justiça Militar, à justiça do Trabalho, à justiça Eleitoral, às Justiças dos Estados e à Justiça do Distrito Federal, nos quais se encontram, a par de algumas observações de ordem geral, problemas específicos das respectivas áreas de exercício jurisdicional.

Esses relatórios parciais se consideram, pois, incorporados ao presente, que constitui uma visão resumida dos problemas mais graves do Poder Judiciário.

A pesquisa feita indica, sem que se precise descer a pormenores, que a reforma da justiça, ampla e global, sem prejuízo do sistema peculiar à nossa formação histórica, compreenderá medidas sobre recrutamento de juízes a sua preparação profissional, a estrutura e a competência dos órgãos judiciários, o processo civil e penal (e suscitará, mesmo, modificação de regras de direito material), problemas de administração, meios materiais e pessoais de execução dos serviços auxiliares e administrativos, com aproveitamento de recursos da tecnologia. Avultarão, na reforma, ainda, problemas pessoais dos juízes, seus direitos, garantias, vantagens,

deveres e responsabilidades. E visará a assegurar o devido prestígio à instituição judiciária, que, no regime da Constituição, se reconhece como um dos três Poderes, independentes e harmônicos.

3. A extensão da pesquisa realizada corresponde à ideia de que a reforma do Poder Judiciário deve ser encarada em profundidade, sem se limitar a meros retoques de textos legais ou de estruturas. Quer-se que o Poder Judiciário se torne apto a acompanhar as exigências do desenvolvimento do país e que seja instrumento eficiente de garantia da ordem jurídica. Quer-se que se eliminem delongas no exercício da atividade judiciária. Quer-se que as decisões do Poder Judiciário encerrem critérios exatos de justiça. Quer-se que a atividade punitiva se exerça com observância das garantias da defesa, com o respeito à pessoa do acusado e com a aplicação de sanções adequadas. Quer-se que à independência dos magistrados corresponda o exato cumprimento dos deveres do cargo. Quer-se que os jurisdicionados encontrem, no Poder Judiciário, a segura e rápida proteção a restauração de seus direitos, seja qual for a pessoa ou autoridade que os ameace ou ofenda.

4. Reforma de tal amplitude não se fará sem grandes esforços. Há dificuldades técnicas a resolver. Serão necessários meios para corresponder a encargos financeiros indispensáveis. E há interesses que hão de ser contrariados ou desatendidos.

Impor-se-á alteração de textos constitucionais e legais e será mister disciplina. unitária de direitos e deveres de magistrados.

É certo que a reforma poderá implantar-se por partes. Mas determinadas medidas, que dizem com a essência dela, ou serão preferencialmente executadas, ou não haverá, na realidade, reforma eficaz.”¹⁴

No dia 14 de fevereiro de 1977, o Ministro Carlos Thompson Flores tomou posse como Presidente do Supremo Tribunal Federal para o biênio 1977/1979.

Em seu discurso assumiu o compromisso de dedicar-se integralmente em prol do Poder Judiciário, visando ao seu aperfeiçoamento, para que fosse distribuída a melhor Justiça, aquela que ele tanto idealizava, *verbis*:

“Grave, penoso, por vezes antipático, a cada passo incompreendido, exigindo sempre equilíbrio e coragem, a missão do juiz, inobstante, impende ser cumprida para que a lei, como expressão do Direito, tenha execução, e a Justiça jamais falte entre nós.

Justiça que brote de juízes independentes, sem falsos ou mal compreendidos exageros, como sempre

o foram os juízes do Rio Grande, reconhecidos *urbe et orbe*, sem cujo atributo nem é possível conceber o exercício funcional como ele se impõe.

Justiça austera, impoluta, incorruptível, como se faz mister o seja e para cujos imperativos prosseguiremos indórmitos e intransigentes.

Justiça humana como merece distribuída às criaturas feitas à imagem de Deus.

Justiça que jamais se aparte dos fins sociais e das exigências do bem comum, sem cuja presença nem seria compreendida.

Justiça que se aproxime, sem excessos ou enganosas fórmulas, do próprio povo para a qual é ditada e do qual deve estar sempre ao alcance; simples, real, despida de tudo que a possa tornar dificultosa, a fim de que a compreenda melhor, sinta-a com fervor, e possa, assim, nela crer para amá-la, prestigiá-la, e defendê-la se preciso for, convencido que ela é seu baluarte democrático e a sua mais sólida garantia.

Justiça da qual se não permita desconfiar um só segundo, porque como assinalava Balzac: “Desconfiar da Magistratura é um começo de dissolução social”.

E sobretudo Justiça pontual, como a queria Rui, porque tarda não

14 In: *Reforma do Poder Judiciário - Diagnóstico*, Supremo Tribunal Federal, 1975, p. 11/5.

mereceria o nobre título. E como dizia, reclamando: “Para que paire mais alto que a coroa dos reis e seja tão pura como a coroa dos santos”.

Só assim nos tornaremos dignos do respeito e da confiança da Nação, ao lado dos demais Poderes da República.”¹⁵

Ajusta-se com propriedade ao seu pensamento aquela passagem de Michel Debré, Ministro da Justiça do Presidente De Gaulle, a respeito da sua preocupação com o aperfeiçoamento e modernização do Judiciário:

“Je suis de ces républicains qui rêvent d’une justice habile et prompte, sévère et humaine, condamnant ceux qui méritent de l’être, protégeant l’innocence, statuant avec équité en tous domaines. Il me paraît que la valeur de la justice et le respect dont ses décisions sont entourées attestent du degré de civilisation qu’un peuple a atteint.”¹⁶

A sua presidência foi marcada de realizações.

No plano administrativo, foram tomadas as seguintes medidas: promoveu-se ampla reforma da Secretaria da Corte, medida há

muito reclamada pelos advogados; a publicação interna, para uso exclusivo dos Ministros e assessores, do boletim do Supremo Tribunal Federal, destinado ao acompanhamento das decisões do Plenário e das Turmas logo após proferidas, experiência instituída pelo Ministro Carlos Thompson Flores quando presidente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul; o retorno do Plenário ao edifício-sede após a conclusão das obras na gestão do Ministro Djaci Falcão; a inauguração, em dezembro de 1977, da Galeria dos retratos dos Presidentes da Corte, desde a instalação em 1829; a instalação do Museu do Supremo Tribunal Federal, abarcando peças e documentos históricos vinculados à Corte, inclusive com a remoção do mobiliário da antiga sala de sessões do Supremo Tribunal Federal no Rio de Janeiro, que foi trazido para Brasília, completamente restaurado e instalado no edifício-sede; a transferência da biblioteca para o 3º andar do edifício-sede; a classificação e catalogação do acervo, bem como a sua ampliação mediante a aquisição de novas obras; a atualização da Revista Trimestral de Jurisprudência,

15 In: *Revista Forense*, v. 257, p. 424-5.

16 In: Debré, Michel. *Trois Républiques pour une France: Mémoires*, Albin Michel, 1988, t. II, p. 333.

inclusive com a publicação de acórdãos da década de 1950 e início dos anos seguintes; início da construção do bloco de apartamentos destinado exclusivamente à residência dos Ministros do Supremo Tribunal Federal; criação do serviço de auditoria da Corte com a aprovação da Lei nº 6.474/77; foram acelerados os entendimentos com o Poder Executivo para a obtenção de área contígua ao Tribunal destinada à construção do Anexo II; a regulamentação das normas do cerimonial das sessões solenes do Tribunal, através da Portaria nº 148/78; a celebração de convênio com o Senado, possibilitando acesso aos bancos de dados já existentes e visando à inclusão da jurisprudência da Corte no PRODASEN, constituindo-se no embrião da informatização dos serviços do Tribunal.

Dentro da filosofia de incentivo aos funcionários situados em faixa salarial mais reduzida, adotaram-se as seguintes providências, *verbis*:

- a) “ajuda-alimentação”, constante no pagamento de 80% do valor da refeição, fornecida por restaurante existente nas dependências do Supremo Tribunal Federal;
- b) construção e instalação do gabinete odontológico;
- c) implantação do transporte para funcionários residentes nas cidades-satélites;

d) contratação dos serviços de um médico ginecologista para atendimentos das servidoras;

e) assinatura de convênio com a Central de Medicamentos para fornecimento gratuito de remédios.

No plano institucional, dois eventos se projetaram na Presidência Thompson Flores: a implantação da reforma do judiciário, por meio da Emenda Constitucional nº 7/77, que acrescentou novas e importantes atribuições para o Supremo Tribunal Federal, destacando-se o Conselho Nacional da Magistratura; e a comemoração dos 150 anos do Supremo Tribunal Federal, com ampla divulgação por todo o país da efeméride.

A propósito, impõe-se destacar a introdução feita pelo Presidente Thompson Flores na obra “O Legislativo e a Organização do Supremo Tribunal no Brasil”, editada pela Câmara dos Deputados, onde são assinalados aspectos marcantes da história do Supremo Tribunal Federal.

Disse o Ministro Thompson Flores, *verbis*:

“O movimento libertador que culminou, em 1822, com a Independência, tornou imperiosa a necessidade de criar e pôr em funcionamento os órgãos que iriam compor a estrutura do novo Estado,

jovem Nação, liberta da subordinação à Metrópole.

Por esse motivo a década transformou-se em palco de eventos de grande significação, consubstanciadores das providências adotadas para consolidar a nova situação do País.

As ideias constitucionalistas e liberais que agitavam as Cortes europeias e, em particular, a de Portugal, exerceram profunda influência sobre o processo de constitucionalização do Brasil que, segundo registram os historiadores, ter-se-ia desenvolvido simultaneamente com o desejo de promover a libertação completa e definitiva da terra brasileira.

Fruto desse processo é o documento constitucional do Império, outorgado a 25 de março de 1824, que acolheu em seu bojo, dentre outros, o princípio preconizado por LOCKE e desenvolvido por MONTESQUIEU, da repartição dos poderes do Estado, à tradicional divisão tripartite sobrepôs, contudo, o elemento de controle e equilíbrio a ser representado pelo Poder Moderador, exercido pessoalmente pelo Imperador, visando preservar, inegavelmente, a essência do autoritarismo monárquico.

Nesse contexto iniciou o Poder Legislativo suas atividades em 1826, através da Assembleia Geral, dividida em Câmara dos Deputados e Senado, este vitalício e aquela temporária, passando a elaborar as leis básicas a garantir a liberdade e soberania do País.

Atendendo aos reclamos da juventude brasileira, obrigada a buscar nos

estabelecimentos de ensino europeus sua formação superior, houve por bem o órgão legiferante, recém-instalado, criar “dois cursos de ciências jurídicas e sociais, um na cidade de São Paulo e outro na de Olinda”, por lei de 11 de agosto de 1827, introduzindo, entre nós, o estudo universitário.

No que concerne ao Poder Judiciário ou “Poder Judicial”, como foi então chamado e que era único para todo o Império, não havendo magistraturas provinciais, previa a nossa primeira Constituição, no art. 163, a criação de um órgão de cúpula, a denominar-se Supremo Tribunal de Justiça, com atribuições peculiares e distintas das que foram conferidas aos demais integrantes do organismo.

Assinale-se que, quando da transmigração da Família Real portuguesa para o Brasil, já havia o Príncipe Regente transformado a Relação do Rio de Janeiro em Casa da Suplicação do Brasil, “considerada como Superior Tribunal de Justiça, para se findarem ali todos os feitos em última instância, por maior que seja o seu valor, sem que das últimas sentenças proferidas em qualquer das Mesas da sobredita Casa se possa interpor outro recurso que não seja o das revistas”, mediante o Alvará de 10 de maio de 1808, à semelhança de órgão existente em Lisboa.

Essa Corte embora possa ser o precedente histórico do Supremo Tribunal de Justiça – Supremo Tribunal Federal com o advento da República – com ele não se confunde, em face, sobretudo, da nítida diferenciação que entre os dois

produziu a libertação política do País e do surgimento, posterior, de uma legislação genuinamente brasileira, em substituição às Ordenações portuguesas, até então vigentes e aplicáveis aos brasileiros.

É de indagar-se, pois, quais teriam sido as causas que levaram o legislador constituinte do novo Estado a imaginar, no ápice do sistema judiciário, um tribunal ímpar, superposto aos demais componentes do Poder e, ainda, distinto de seu predecessor.

PIMENTA BUENO em seus comentários à Constituição do Império, abordou com maestria a questão, enfatizando duas ordens de fatores que teriam contribuído predominantemente.

A primeira, afirma o autor, relacionava-se à circunstância de que, esgotadas as duas instâncias ordinárias nas quais os fatos e o direito eram exaustivamente examinados, impunha-se a existência de um órgão maior, que viesse a apreciar a questão suscitada, já agora não mais apenas em razão dos direitos ou aspirações individuais, mas “em relação ao interesse da ordem pública, do império da Lei, questão de alta importância, que cumpria resolver com inteiro acerto”.

Por outro lado, destacava, fazendo clara referência ao problema da diversidade jurisprudencial,

há uma multidão de tribunais, cada um dos quais tem sua inteligência e vontade distinta, e que ainda mesmo sem intenção de abuso, pode seguir doutrina diversa, tanto

mais porque a aplicação das leis nem sempre se faz sem dúvida e dificuldades, mesmo por causa da concisão de seus preceitos; e uma tal divergência romperia a unidade da lei, que deve ser igual e a mesma para todos.

Era essencial, portanto, criar uma entidade, uma instituição mista, de caráter político-judiciário que, não sendo uma terceira instância, viesse a cumprir o alto encargo de exercer uma

elevada vigilância, uma poderosa inspeção e autoridade, que defendesse a lei em tese, que fizesse respeitar o seu império, o seu preceito abstrato, indefinido, sem se envolver na questão privada, ou interesse das partes, embora pudesse aproveitar ou não a elas, por via de consequência.

Para cobrir todo esse amplo espectro de atribuições, inclinaram-se os elaboradores da Carta Imperial pelo Supremo Tribunal de Justiça, corte específica, de composição que o próprio texto constitucional fixava com missão especial, “mais política do que judicial”, no dizer, ainda, de PIMENTA BUENO.

A previsão constitucional, por si só, não tinha o condão de dar existência real ao órgão. Coube à Assembleia Geral dar vida ao disposto no art. 163 do documento político do Império; por suas duas Casas tramitou o projeto apresentado por BERNARDO PEREIRA DE VASCONCELOS, na sessão da Câmara de 7 de agosto de 1826, transformado na Lei de 18 de setembro de 1828, que criou e

declarou as atribuições do Supremo Tribunal de Justiça.

Seus primeiros juízes, bem como seu Presidente, o Conselheiro JOSÉ ALBANO FRAGOSO, foram nomeados por ato do Imperador, de 19 de outubro de 1828, e o decreto de 2 de janeiro de 1829 determinou que o Tribunal se instalasse a 9 daquele mesmo mês, dando início às atividades que tiveram curso, ininterruptamente, até a República.

A Carta Política de 1891 representou a síntese dos ideais republicano-democráticos que conseguiram romper, de forma definitiva, com a tradição monárquica, até então imperante no País.

Tratou a Constituição de nossa Corte Suprema no art. 56, dispondo sobre sua composição e forma de nomeação de seus membros; adotou, ainda, a denominação Supremo Tribunal Federal, mais consentânea com a forma federativa que o Brasil, então, elegera.

Às antigas províncias, transformadas em Estados, concedeu-se autonomia legislativa; cada um deles passou a reger-se pela Constituição e leis que adotasse, respeitados os princípios constitucionais da União (art. 63); estabeleceram-se as justiças estaduais, com competência submetida aos limites fixados nos arts. 61 e 62.

Inobstante tais inovações, as leis oriundas do Poder Legislativo federal deveriam ser observadas em todo o território nacional, fazendo com que se ampliasse, não apenas em volume de serviço, como em

importância, a alta missão já antes deferida ao Supremo Tribunal Federal, de manter a uniformidade na interpretação do Direito.

Novo e relevantíssimo encargo foi conferido ao Poder Judiciário da República e, em particular, ao órgão de cúpula do sistema como seu porta-voz derradeiro: o do controle da constitucionalidade de leis e atos do poder público, atribuído pela Carta Imperial ao Poder Legislativo (art. 15, IX, da Constituição de 1824).

Quanto a essa significativa modificação, assinalava JOÃO BARBALHO, em seus comentários à Constituição de 1891, que “nem fora necessário texto formal e explícito, atribuindo à magistratura o poder, ou antes o dever [...] de deixar de aplicar leis inconstitucionais”, eis que estariam ambos (“poder” e “dever”, implícitos na própria ação de julgar, na medida em que não poderiam ser exercidos com esquecimento ou preterição da Constituição, “fonte da autoridade judicial e lei suprema, não para os cidadãos somente, mas também para os próprios poderes públicos”.

A Constituição de 16 de julho de 1934 modificou, no art. 73, a denominação do Tribunal para “Corte Suprema”, desejando emprestar maior fidelidade ao modelo norte-americano que servira de inspiração ao constituinte de 1891. A alteração teve vida efêmera; pois, em 1937, a chamada Carta do Estado Novo preferiu utilizar, no art. 90, o antigo título “Supremo Tribunal Federal”, consagrado, definitivamente, nos documentos básicos que se seguiram.

PIMENTA BUENO, na obra antes referida ao finalizar as considerações desenvolvidas acerca do órgão previsto na Carta de 1824, afirmava profeticamente:

Tal é a natureza desta sublime instituição, ainda tão desconhecida e tão pouco considerada em nosso jovem País; ela porém está plantada no terreno constitucional, e a Providência há-de fecundá-la; há-de ser entre nós o que é em outros Estados, aos quais tem prestado úteis e gloriosos serviços .

Se, à época, já causava espécie o desconhecimento que cercava a valiosa destinação e a incomparável significação da Corte, a situação não se modificou, substancialmente, ao longo desses 150 anos.

O fato não deve ser debitado, apenas, a um possível desinteresse ou descaso dos juristas e historiadores pátrios, tendo como consequência a escassa literatura sobre o órgão máximo da Justiça brasileira; grande parcela cabe, também, à própria Corte, em razão das características que pautaram, sempre, a atividade de seus ministros, avessos a qualquer tipo de publicidade.

Há que admitir a existência de preciosas lições, frutos da cultura e do trabalho laborioso de insígnis juízes de nossa Corte maior, que jazem esquecidas em longínquas páginas de acórdãos, furtados ao conhecimento de advogados, estudantes e estudiosos do Direito por falta de uma divulgação ampla e adequada, com lamentável perda para a formação jurídica nacional.

Quanto aos bons augúrios formulados ao ensejo de sua criação, pode, hoje, o Supremo Tribunal Federal voltar-se para seu passado, para o século e meio que o separa de seu nascimento, com a consciência tranquilizada não apenas pela sensação do dever cumprido; tem, antes, a certeza da missão diligenciada com profundo amor e dedicação à causa da Justiça, aos quais se aliaram, em todas as épocas, o brilho da inteligência e do saber jurídico daqueles que ocuparam postos em seu plenário.

Merece ser recordada a oração de RUI BARBOSA, proferida perante a Corte, em 23 de abril de 1892:

Minha impressão, neste momento, é quase superior às minhas forças, é a maior, com que jamais me aproximei da tribuna, a mais profunda com que a grandeza de um dever público já me penetrou a consciência, assustada da fraqueza do seu órgão. Comoções não têm faltado à minha carreira acidentada, nem mesmo as que se ligam ao risco das tempestades revolucionárias. Mas nunca o sentimento da minha insuficiência pessoal ante as responsabilidades de uma ocasião extraordinária, nunca, o meu instinto da pátria, sob a apreensão das contingências do seu futuro, momentaneamente associado aqui às ansiedades de uma grande expectativa, me afogaram o espírito em impressões transbordantes, como as que enchem a atmosfera deste recinto, povoado de temores sagrados e esperanças sublimes.

Subjugado pela vocação desta causa incomparável, custa-me,

entretanto, a dominar o respeito, quase supersticioso, com que me acerco deste Tribunal, o oráculo da nova Constituição, a encarnação viva das instituições federais. Sob a influência deste encontro, ante esta imagem do antigo areópago transfigurada pela distância dos tempos, consagrada pela América no Capitólio da sua democracia, ressurgem-me, evocada pela imaginação, uma das maiores cenas da grande arte clássica, da idade misteriosa em que os imortais se misturavam com os homens. Atenas, a olímpica, desenhada em luz na obscuridade esquiliana, assentando, na rocha da colina de Arés, sobranceira ao horizonte helênico, para o regime da lei nova, que devia substituir a contínua alternativa das reações trágicas, o rito das deusas estéreis da vingança, pelo culto da justiça humanizada, essa magistratura da consciência pública, soberana mediadora entre as paixões, que destronizou as Eumênides atroz.

O sopro, a que a República vos evocou, a fórmula da vossa missão, repercute a tradição grega, divinamente prolongada através da nossa experiência política: “Eu instituo esse Tribunal venerando, severo, incorruptível, guarda vigilante desta terra através do

sono de todos, e o anuncio aos cidadãos, para que assim seja de hoje pelo futuro adiante.”

Contém o presente volume a tramitação completa, nas duas Casas que compunham a Assembleia Geral do Império do Brasil, do projeto que originou a Lei de 18 de setembro de 1828, que criou e declarou as atribuições do Supremo Tribunal de Justiça.

A Câmara dos Deputados, ao promover a publicação dos trabalhos legislativos que resultaram na referida lei, presta à Corte a mais expressiva das homenagens, que sensibiliza tanto sua atual composição como, e principalmente, toda a cultura jurídica do País.

Deseja esta Presidência deixar consignados seus sinceros agradecimentos pelo nobre gesto, que amplia e fortalece os tradicionais laços de harmonia e colaboração existentes entre os Poderes Legislativo e Judiciário, manifesta, outrossim, o seu reconhecimento pela deferência de seu nobre Presidente, Deputado MARCO MACIEL, pelo convite para fazer esta introdução.

Brasília, 18 de julho de 1978.

Ministro
CARLOS THOMPSON FLORES
Presidente do Supremo
Tribunal Federal¹⁷

17 In: *O Legislativo e a Organização do Supremo Tribunal no Brasil*, editado pelo Centro de Documentação e Informação da Câmara dos Deputados, Brasília, 1978, p. XIX-XXV.

Na sessão solene realizada em 18 de setembro de 1978, em comemoração do sesquicentenário do Supremo Tribunal Federal, compareceu o Presidente da República, acompanhado de todo o seu ministério, fato então inédito na história do Tribunal.

Nessa ocasião, em sessão solene por ele presidida, recebeu das mãos do Presidente da República, Ernesto Geisel, a mais alta condecoração da Nação, a Grã-Cruz da Ordem Nacional do Mérito.

Na oportunidade, assim se manifestou o Presidente da República:

“Na oportunidade em que se comemoram 150 anos da existência do Supremo Tribunal Federal, o Conselho da Ordem Nacional do Mérito propôs conferir a V. Exa., e eu acedi, o grau de Grã-Cruz da referida Ordem.

Este ato é uma homenagem do Poder Executivo ao Poder Judiciário (...) Mas é, principalmente, o reconhecimento dos elevados méritos de V. Exa., Sr. Ministro-Presidente, do trabalho que tem desenvolvido, ao longo de sua vida, como cidadão e como magistrado, em benefício da Nação brasileira.”¹⁸

Ao concluir o relatório da sua Presidência, em verdadeira prestação

de contas de sua administração, consignou, em palavras carregadas de emoção, *verbis*:

“Ao concluir este Relatório manifesto a convicção de que procurei corresponder, tanto quanto me foi possível e nos limites das minhas forças, ao mandato que os Senhores Ministros me confiaram. Após 45 anos de existência dedicada à magistratura, tenho a sensação do dever cumprido.

Para isto muito contribuíram, no último biênio, a colaboração e o empenho dos Senhores Ministros, propiciando os resultados atingidos, que exteriorizam a elevada carga de trabalho recebida pela Corte, sem solução de continuidade. Inobstante os esforços desenvolvidos, a massa de feitos que chega, anualmente, não se reduz. Confrontando os elementos concernentes aos anos de 1977 e 1978, verifica-se que ocorreu, no global, um acréscimo de 1.074 feitos, destacando-se as Arguições de Relevância, que ascenderam, de 1.172 a 1.719, com o aumento percentual de 46,67%.

De forma generalizada isto ocorre em relação a todos os Órgãos do Poder Judiciário, dos Juizados de 1ª instância aos Tribunais Superiores, revelando os sacrifícios a que estão expostos os magistrados, numa vida que exige vocação, desprendimento, renúncia e estudo permanente.

18 In: *Diário da Justiça da União*, edição de 19.10.1978, p. 8.164.

Esta realidade deve sensibilizar os demais Poderes da República, para que, através de modificações adequadas na legislação, possam criar condições hábeis para o pleno reconhecimento das nobres funções dos Juízes, para a ampliação dos quadros, com o correspondente apoio administrativo e, ainda, com a adequação das normas processuais, possibilitando a realização de uma Justiça mais rápida e eficaz.

Quando terminei o Relatório precedente, exteriorizei a esperança de que 1978 pudesse também ser assinalado pela aprovação da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, que correspondesse aos anseios dos Juízes. Isto não se tornou possível, mas renovo a crença de que os membros do Poder Legislativo, onde se encontra atualmente o projeto, imbuídos dos propósitos de bem servir ao Brasil, aprovarão, na próxima legislatura, um diploma que corporifique as expectativas da Justiça Nacional.

Outrossim, a não aprovação da citada lei obstou o prosseguimento dos trabalhos da Comissão de Regimento, a qual considerou indispensável dita aprovação.

Havia a Secretaria apresentado, em junho último, alentado estudo sobre a reforma, nele incluindo as alterações que sobre ele incidiram a Emenda Constitucional nº 7, o vigente Código

de Processo Civil e as novas Emendas Regimentais.

De outra parte, a revisão das Súmulas afeta à Comissão de Jurisprudência, à qual foram enviados os estudos procedidos pela Assessoria, não logrou findar seus trabalhos.

Confio que as relevantes tarefas, de tão significativo préstimo a todos que versam com a aplicação do direito, terão prosseguimento, embora reconheça que será mais um encargo a acrescer às já penosas atribuições dos Senhores Ministros.

Quero consignar que as comemorações dos 150 anos deste Tribunal, com a divulgação correspondente, tornaram-no menos desconhecido, possibilitando que milhões de brasileiros, alcançados pela imprensa escrita, falada e televisionada, tomassem ciência da efeméride. Que esta divulgação não represente apenas um episódio, tornando-se uma constante, é o meu desejo, para que esta Corte, a exemplo do que ocorre em outros países, possa ser respeitada, admirada e amada, como o supremo baluarte dos direitos de cada cidadão.¹⁹

Aos 26 de janeiro de 1981, no dia mesmo em que completava setenta anos, aposentou-se, após meio século dedicado exclusivamente à magistratura.

19 In: *Relatório da Presidência Thompson Flores*, Supremo Tribunal Federal, 1977, p. 26/7.

Na sessão plenária realizada a 11 de março de 1981, por motivo de sua aposentadoria, assinalou em seu discurso o Procurador-Geral da República, Dr. Firmino Ferreira Paz, *verbis*:

“Esta homenagem, que o Supremo Tribunal Federal ora presta a Vossa Excelência, Senhor Ministro Carlos Thompson Flores, e a que se associa, por meu intermédio, cordialmente, o Ministério Público Federal, é o testemunho eloquente do grande apreço, da profunda admiração e do puro respeito, que todos votamos à notável personalidade de Vossa Excelência, ao juiz exemplar, ao jurista de escol, ao amigo afetuoso, ao patriota sem jaça, e ao brasileiro perante o qual, neste momento, se curva, reverencialmente agradecida, a mais alta expressão da Justiça brasileira, que é o Supremo Tribunal Federal.

Esta homenagem é, a todas as luzes, julgamento público e supremo daquele que, por quase meio século, dedicou todos os momentos de sua vida honrada à distribuição de Justiça a quantos lha pediam. Julgou. Agora, está sendo julgado e proclamado um dos mais eminentes, honrados e cultos juízes do Brasil.

Para que alguém, por tantos e tantos anos, sem o mínimo desvio de propósitos, ponha, a serviço de uma causa, força e dedicação constantes, é preciso ideal e viver dele. E o mais nobre, mais sublime, o mais excelso, o mais divino, não há que o de ser justo. Desse ideal, senhores, viveu e vive o eminente Ministro

Thompson Flores.

Julgar, servindo ao Poder Judiciário, é forma de realizar o Direito, prevenindo ou extinguindo conflitos sociais objetos de demandas forenses. É forma de promover a adaptação dos homens entre si, em convivência social.

Não fossem, entre os homens individualmente considerados, ou entre grupos sociais, os conflitos que a vida, em sociedade, provoca, e, mais do que isso, a prevenção ou a extinção desses conflitos, não havia, dentre os processos sociais de adaptação, o Direito.

Os conflitos humanos, sejam quais lhes forem os motivos determinantes, são factos. Uns são preveníveis; outros, extintíveis. A prevenção e a extinção, de sua vez, realizam-se em factos. Dessa sorte, facto previne ou extingue facto, é dizer, previne ou extingue conflito social. Opera-se, outrossim, em consequência, a adaptação social, fim último do Direito.

O que se sabe e aprende, todos os dias, nos Juízos ou Tribunais, é que a função judicial visa a realizar a prevenção ou a extinção dos conflitos entre os homens, para alcançar a adaptação social.

Assim, pois, em última análise, o acto judicial de julgar é, também, conceptualmente, Direito.

Dessas razões, sucintamente expostas, podemos dizer que o eminente Ministro Thompson Flores, por quase meio século, julgando, e o fazendo com sabedoria e prudência, fora, neste País, por todos os caminhos

da judicatura, ascencionalmente, admirável e brilhante realizador do Direito no Brasil. Ninguém, nesse mister, o terá superado em dedicação, em amor às letras jurídicas, em senso de responsabilidade, em coragem e em grandeza de atitudes.

Neste Colendo Supremo Tribunal Federal, último estágio da judicatura exercida pelo nosso homenageado, figuram-lhe, nos anais, os votos brilhantes proferidos pelo eminente Ministro Carlos Thompson Flores, a quem, incontestavelmente, devem as letras jurídicas nacionais grande e brilhante contribuição.

Receba, Excelentíssimo Senhor Ministro Thompson Flores, por último, do Ministério Público Federal e de mim próprio, nossas homenagens, em sinal de respeito profundo, sincera amizade e admiração incondicional, a par de nossos votos de muitas e muitas felicidades.”²⁰

Do primoroso discurso proferido pelo saudoso Ministro Soares Muñoz, que falou em nome do Tribunal, destaco a seguinte passagem, *verbis*:

“Mas o alto conceito do Ministro Thompson Flores não deflui, unicamente, de sua capacidade de trabalho e do seu amor à justiça, dos seus dotes de inteligência e cultura, da seriedade, isenção e pontualidade

com que exerceu a magistratura; outras virtudes e qualidades ornaram-lhe também a personalidade, singularizando-o como ser humano admirável. Suas intervenções, no Plenário, na Turma ou em sessões de conselho, sempre se fizeram no momento adequado, com elegância de saber discutir, sem contundência, policiando-se para falar apenas o necessário. O cavalheirismo, a cortesia, a suavidade de maneiras, a modéstia cativante, a tolerância, a afabilidade tornaram-no alvo da amizade dos colegas, da estima dos advogados e do afeto filial dos funcionários da Casa.

Em pleno vigor físico e intelectual, com o serviço que lhe fora distribuído rigorosamente em dia, foi surpreendido pela idade-limite e em consequência aposentado compulsoriamente. Cumpriu-se, inexoravelmente, o preceito constitucional. O Supremo Tribunal Federal perdeu um grande Juiz. O Ministro Thompson Flores, no entanto, continuará presente nos fastos da Justiça Brasileira, não só como um grande Juiz, mas como um Juiz exemplar.”²¹

Significativa homenagem foi-lhe prestada pelo editorial do Jornal do Brasil, edição de 29.08.1981, ao enfatizar a necessidade da retomada do processo da reforma do Poder Judiciário, assinalando, *verbis*:

20 In: *Diário da Justiça da União*, edição de 27.03.1981, p. 2.531/2.

21 In: *Diário da Justiça da União*, edição de 27.03.1981, p. 2.531.

“Há indícios de que o Supremo Tribunal Federal deseja aproveitar a oportunidade de se encontrar na Chefia do Gabinete Civil da Presidência da República seu ex-Presidente, para recolocar, agora em termos próprios e, com todas as probabilidades de se fazer ouvir com a atenção devida, a questão da reforma do Judiciário. O Ministro Xavier de Albuquerque chegou a fazer referência pública e expressa à possibilidade de um novo trabalho nesse sentido, cuja realização, além de corresponder a necessidades concretas da sociedade brasileira, seria ou será um complemento indispensável ao projeto político do atual Governo.

É preciso voltar ao “diagnóstico”, que se acha impregnado daquele ideal de Justiça expresso por um dos mais puros juízes – Thompson Flores – em voto proferido no STF: “Justiça que se aproxime, sem excessos ou

enganosas formas, do próprio povo, para o qual é ditada e do qual deve estar sempre ao alcance: simples, real, despida de tudo que a possa tornar dificultosa, a fim de que compreenda melhor, sint-a com mais fervor e possa defendê-la, se preciso, convencido de que ela é o seu baluarte democrático; sua mais sólida garantia.”

A aposentadoria não pôs termo à sua atividade em prol do direito e da justiça.

De março de 1981 a novembro de 1992 produziu inúmeros pareceres, muitos deles publicados nas revistas especializadas.²²

Questão constitucional interessante foi o mandado de segurança da “Mesa da Assembleia” do Rio Grande do Sul, em que restou examinada a validade da deliberação tomada pelo

22 Após a sua aposentadoria dedicou-se, como jurisconsulto, ao estudo do Direito, emitindo Pareceres em inúmeras questões forenses, sendo que vários desses trabalhos encontram-se publicados em repertórios jurídicos: “Eleição dos Membros da Mesa da Assembleia Legislativa – Interpretação do art. 31 da CF”, In: *Revista Forense*, v. 303/128; “Responsabilidade Civil Contratual”, In: *Revista de Direito Civil*, nº 42/147; “ICM e Compra com Cartão de Crédito”, In: *Revista de Direito Tributário*, nº 34/86; “Desapropriação – Empresa de Ônibus”, In: *Revista de Direito Público*, nº 95/42; “Imunidade Tributária das Listas Telefônicas”, In: *O Estado de São Paulo*, Edição de 01/11/87, p. 38; “Ação Popular – Pressupostos Processuais”, In: *Revista de Processo*, nº 61/218; “Montepio da Família Militar – Relação Jurídica entre a Entidade e seus Sócios – Pensões por eles instituídas – Alterações de seu Valor – Validade”, In: *Revista Forense*, v. 351/311-320; “Desapropriação – Homologação de Transação – Efeitos Processuais”, In: *Revista de Direito Processual Civil*, nº 14, pp. 839/846; “Doação Inoficiosa – Art. 1.176 do CC – *Querela Inofficiosae Donationis* – Requisitos”, In: *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 19/299-306; “Concurso – Classificação – Direito Adquirido”,

legislativo daquele Estado quando da eleição da Presidência da Casa.

O caso foi de grande repercussão jurídica e política, tendo sido julgado em definitivo pelo Supremo Tribunal Federal em decisão plenária apertada, tomada pela maioria de um voto.

O parecer do Ministro Thompson Flores foi acolhido pela Corte, ao julgar o RE nº 95.778-RS, publicado na RTJ 102/433.

Pela sua atualidade, impõe-se rememorar excertos do parecer, fundamentado na lição dos clássicos, inclusive Duguit, *verbis*:

“1. Dispõe a Constituição Federal de 1969:

“Art. 31. Salvo disposição constitucional em contrário as deliberações de cada Câmara serão tomadas por maioria de votos, presente a maioria de seus membros.”

Igualmente, estatui a Constituição do Estado:

“Art. 13. Ressalvados os casos expressos nesta Constituição, as

deliberações serão tomadas por maioria de votos, presente a maioria dos membros da Assembleia.

Parágrafo único. O voto será secreto nas eleições e nos casos previstos nesta Constituição.”

Lê-se, por fim, no Regimento Interno da Assembleia Legislativa:

“Art. 15. A eleição dos membros da Mesa far-se-á, por votação secreta, observadas as seguintes normas:

- a) presença da maioria absoluta dos Deputados;
- b) emprego de cédulas impressas ou datilografadas;
- c) colocação da cédula em sobre carta, na cabina indevassável, e da sobrecarta na urna, à vista do Plenário;
- d) escrutínio dos votos e proclamação do resultado da eleição;
- e) obtenção da maioria absoluta de votos em primeiro escrutínio;
- f) realização de segundo escrutínio entre os dois candidatos mais votados, quando no primeiro nenhum deles houver alcançado a maioria absoluta;

In: *Revista de Direito Administrativo*, v.225, pp.417/425; “Honorários advocatícios. Contrato quota-litis. Ação de cobrança. Prescrição”, In: *Revista Forense*, v.359/181-190; “Tribunal de Justiça – Quinto Constitucional – Composição – Acesso dos Juizes Classistas do Tribunal de Alçada ao Tribunal de Justiça”, In: *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v.21/39-48; “Ato Ilícito Contratual – Indenização – Correção Monetária – Súmula 562 do STF”, In: *Revista de Doutrina da 4ª Região*, publicada pela Escola do TRF/4ª Região – EMAGIS, Edição 05, de 08.03.05; e na *Revista do TRF/4ª Região*, vol. 55/83-96.

g) maioria simples no segundo escrutínio;

h) escolha do candidato mais idoso, em caso de empate.

§ 1.º O Presidente convidará dois Deputados de Bancadas diversas para procederem à apuração.

§ 2.º A posse dos eleitos será imediata à proclamação do resultado pelo Presidente da sessão.”

2. Esses foram os dispositivos legais invocados pelas partes e com os quais operaram os julgadores, posto que, pela argumentação jurídica que deduziram, não se harmonizassem na conclusão.

É certo que, preliminarmente, rejeitaram, além de outras, destituídas de maior importância, a de não conhecimento do mandado, negando que se configurasse no caso questão interna corporis, exclusivamente política.

Perdeu ela, a esta altura do andamento do recurso extraordinário, qualquer interesse. E isto porque ao recurso dos vencidos interposto não foi o adesivo dos vencedores no mérito, mas perdedores da prejudicial em questão, e só ele, nos termos do art. 500 do C. Pr. Civ. que, segundo o ensinamento de BARBOSA MOREIRA, abriria ensejo ao reexame daquela prefacial (Comentários ao C. Pr. Civ. vol. V, FORENSE 3.^a ed., 1978, nºs 168 e 176).

De qualquer sorte, porém, impende afirmar que, com inteiro acerto, se conduziu, nesse passo, o v acórdão ora recorrido.

Com ele está a melhor doutrina nacional e estrangeira, recolhida

por CASTRO NUNES, a qual lhe permitiu assim concluir:

“Na verdade, os tribunais não se envolvem, não examinam, não podem sentenciar, nem apreciar, na fundamentação das suas decisões, as medidas de caráter legislativo ou executivo, políticas ou não, de caráter administrativo ou policial, sob aspecto outro que não seja o da legitimidade do ato, no seu assento constitucional ou legal. Mas, nessa esfera restrita, o poder dos tribunais não comporta, em regra, restrição fundada na natureza da medida” (“Teoria e Prática do Poder Judiciário”, p. 607).

No mesmo sentido é a jurisprudência do eg. STF de todos os tempos, rememorada pelo eminente e saudoso Ministro LUIZ GALLOTTI, ao relatar o MS n. 1.959, julgado em 23.01.57, invocando decisões anteriores (EDGARD COSTA, “Os Grandes Julgamentos do STF”, vol. III, 1964, ps. 204 e segs.; REVISTA FORENSE, 148, ps. 152 e segs.) Da ementa do julgado, destaco:

“Desde que se recorra ao Judiciário, alegando que um direito individual foi lesado por ato de outro Poder, cabe-lhe examinar se esse direito existe e se foi lesado.

Eximir-se com a escusa de tratar-se de ato político seria fugir ao dever que a Constituição lhe impõe, maxime após ter ela inscrito, entre as garantias fundamentais, como nenhuma outra o fizera, o princípio de que nem a lei poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão do direito individual.”

Dita orientação foi reiterada no RMS n. 11.140, MT, julgado em 10.06.63 (RDA, vol. 74, ps. 267/71).

O princípio aí aludido constava da Constituição de 1946, art. 141, § 4.º, e se repetiu nas de 1967, art. 150 e Emenda n. 1/69, art. 153, em parágrafo, na mesma ordem o 4.º.

Cabe, agora, enfrentar o mérito da relação jurídica em apreciação, Objeto do recurso extraordinário, e através do qual os inconformados recorrentes esperam que o eg. STF lhes repare a lesão do direito individual, o qual não lhes atendeu o r. acórdão ora impugnada.

3. Penso, *data venia*, que não se houve com o costumado acerto a douta maioria do eg. Tribunal, como, de resto, bem mostraram os votos vencidos, totalizando 10, alguns dos quais proficientemente fundamentados.

Com efeito.

Nem as disposições regimentais, nem os preceitos constitucionais pertinentes, antes transcritos e sobre os quais se armou o dissídio, impõem a maioria absoluta de votos da totalidade do Legislativo, para autorizar a proclamação dos candidatos como eleitos, em primeiro escrutínio.

O que o art. 31 da Carta Maior estatui e os demais, da Constituição do Estado e Regimento Interno, dispõem, em sequência obrigatória e simétrica, é que as deliberações sejam tomadas por maioria de votos, com a presença da maioria absoluta dos membros que integram o órgão (Câmara e Senado, no plano federal,

e Assembleia Legislativa e Câmara Municipal, no plano estadual e municipal, respectivamente).

O mandamento que se contém no citado art. 31 condensa, como tantos outros, princípio organizacional, também chamado básico, essencial ou sensível, ao qual ficaram sujeitos os diplomas de menor alcance, como os dos Estados e Municípios.

O que se permitiu, no particular, ao constituinte local e ao serem versadas normas regimentais, foi, sem desfigurar o standard federal, disciplinar, formalmente, a eleição, como modalidade de deliberação, sem jamais, repita-se, afetar a substância daquele, pertinente a matéria eleitoral, ou seja, o *quorum* para validar as eleições e o *quantum* dos votos para apuração do resultado.

E assim sucedeu. A Constituição do Estado, no art. 13, repetiu a determinação da Federal, art. 31. Apenas, em seu parágrafo único, dispôs sobre a forma de exercício do voto, a qual determinou fosse secreta para as eleições e nas hipóteses por ela previstas. A sua vez, o Regimento Interno minuciou o aspecto formal da eleição: requisitos das cédulas, meio de utilizá-las, designação dos escrutinadores, apuração do resultado e sua proclamação, bem como o momento da posse dos eleitos. É o que se lê no art. 15, b, c, d, e §§ 1º e 2º.

Identicamente sucedeu com o Regimento Interno da Câmara dos Deputados, art. 7.º, e seus respectivos incisos.

E, reitere-se, tinha que, realmente, ser assim, como consequência do

rígido sistema que, bem ou mal, não vem ao caso averiguar, se iniciou em 1934 e se fez mais sensível com o advento da Carta de 1967, bem como da Emenda n. 1/69, art. 13 e seus incisos, especialmente, o II, e o § 1.º.

A propósito, escreve o eminente Ministro OSWALDO TRIGUEIRO, em seu festejado Direito Constitucional Estadual, FORENSE, 1980, ps. 135/6:

“A partir da Constituição de 1934, entretanto, o direito federal vem impondo aos Estados um tipo de governo cada vez mais padronizado de tal sorte que o poder de auto-organização essencial à existência do regime federal está reduzido a uma “ficção, que não disfarça convincentemente, o unitarismo de um fato que está asfixiando o Estado.”

E, em outra expressiva passagem, versando sobre o *quorum*, afirma, p. 149:

“A aprovação de qualquer proposição, pressupõe, necessariamente, manifestação da vontade dos membros das Casas legislativas, através do voto. A forma de votação é matéria geralmente definida nos Regimentos Internos que dispõem sobre as várias maneiras de colher os votos dos legisladores, voto público ou secreto voto nominal ou voto simbólico, bem como sobre o *quorum* exigido para as diversas votações. Em seu exagerado casuísmo, porém, a Constituição Federal vigente (art. 31), estabelece que, salvo disposição em contrário, as deliberações de cada Câmara

serão tomadas por maioria de votos, presente a maioria dos seus “membros, ... funcionando com a presença da maioria (metade mais um) dos presentes (metade da metade e mais um). uma Assembleia de 35 Deputados, para exemplificar, pode aprovar qualquer proposição por apenas 10 votos favoráveis.”

No mesmo sentido é o magistério de MARCELO CAETANO, após enumerar numerosos julgados do eg. STF, de um dos quais destacou síntese feliz e muito expressiva do voto do saudoso Ministro RODRIGUES ALCKMIN, proferido na Representação n. 392/RS. da qual fui Relator e cujo acórdão se encontra publicado na RTJ, vol. 66, ps. 659/71), *verbis*:

“A obediência aos princípios federais tem sido um standard da constitucionalidade dos dispositivos das leis maiores dos Estados” (“Direito Constitucional”, FORENSE, II, p. 301).

Dito destaque veio a ser repetido em ementa a posterior julgado, qual seja, a Representação n. 949-RN e da qual foi Relator o eminente Ministro CORDEIRO GUERRA (RTJ, 81, p. 332).

Na mesma esteira, PONTES DE MIRANDA (“Comentários da Constituição de 1967, com a Emenda 1, de 1969”, ps. 312/3), MANOEL G. FERREIRA FILHO (Coments. à Const. do Brasil, Ed. Saraiva, I, ps. 117 e segs.) e outros.

4. De outra parte, não há como pretender excluir-se da expressão

deliberações, da qual se serviram os textos constitucionais em comentário, a matéria referente às eleições.

Estas (as eleições) constituem a espécie; aquelas (as deliberações) o gênero. Umas e outras representam a forma pela qual os entes coletivos exprimem a sua vontade, através do voto. CARVALHO SANTOS, em seu “Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro”, vol. 5, ps. 159/61, enumera, com detalhes, as formas várias de deliberação através do voto, tanto no Direito Público como no Privado.

Demais, no caso particular do Rio Grande do Sul, o parágrafo único do art. 13 da Constituição dirimiu quaisquer imprecisões, porventura existentes, ao especificar, expressamente as eleições, o que não teria sentido, se das deliberações não cuidasse o artigo ao qual se agregou. Igual dispositivo se encontra nas constituições dos Estados, além de outros, São Paulo e Pernambuco, arts. 7.º, I e II, e 2.º, parágrafo único, respectivamente.

5. Dessarte, cogente o princípio federal que dispõe sobre as deliberações dos Legislativos, nelas se incluindo, evidentemente, as eleições, todos em perfeita convivência, resta, apenas, apurar o número real de votos do candidato para lhe assegurar a vitória. E outro não pode ser senão o da maioria dos presentes, únicos votantes, satisfeito o *quorum* deliberativo, ou seja, a presença da maioria absoluta dos componentes do órgão.

6. É mais do que fácil evidenciar esta verdade, de resto já acentuada no desenvolvimento do assunto.

Efetivamente.

Duas são as condições impostas na apuração do resultado da eleição para os cargos da Mesa. A primeira é o *quorum* para validar o funcionamento do órgão quando se dispõe a tomar deliberações através do voto; e ele é o da maioria absoluta dos integrantes, ou seja o número imediatamente superior à metade dos Deputados, tal como estatui o art. 15, a, do Regimento, cópia fiel do art. 7.º, I, do Regimento da Câmara dos Deputados.

Ditos instrumentos (Regimentos), explicitaram as expressões das Constituições: “maioria de seus membros” (Federal. art. 31) e “maioria dos membros da Assembleia” (Estadual, art. 13).

A outra condição é que os candidatos que disputam as eleições obtenham a maioria absoluta de votos daqueles que formam o citado *quorum*, ou seja, dos presentes, pois, os ausentes, como é óbvio, não votam, sequer por ficção ou simbolismo. Para que pudessem se servir desse meio (voto simbólico) era mister que houvesse autorização expressa como sucede no eg. STF, através de seu Regimento Interno quando dispõe, art. 12, § 3.º, *verbis*:

“Considera-se presente à eleição o Ministro, mesmo licenciado, que enviar seu voto, em sobrecarta fechada, que será aberta publicamente pelo Presidente, depositando-se a cédula na urna, sem quebra do sigilo.”

Tal dispositivo inexistente para as eleições nos Legislativos, nem lhe é peculiar, o que importa reafirmar que os únicos votos computáveis são os dos presentes.

É o que, de resto, está expresso no debatido Regimento, art. 15, e, com o acréscimo, “em primeiro escrutínio”, ou como estatui o Regimento da Câmara dos Deputados, art. 7.º, XI, *verbis*:

“... maioria absoluta dos votos dos membros presentes para a eleição, em primeiro escrutínio”.

Aqui, as locuções regimentais explicitaram as palavras de que se serviram as Constituições “maioria de votos”, iguais em ambas (Federal e Estadual).

7. Acentue-se que a maioria absoluta não constitui uma expressão vaga, imprecisa, indeterminada. Ela exige sempre um padrão de referência, como, de resto, se faz expressa a própria Lei Maior, fonte e manancial primário - e da qual deve brotar a mais pura orientação exegética dos demais preceitos de inferior hierarquia e com os quais se relaciona.

Veja-se o que dispõe o art. 116, ao cuidar da declaração de inconstitucionalidade. A maioria absoluta nele introduzida está determinada com o padrão de referência “de seus membros ou do órgão Especial”. Igualmente o art. 144, a, b e c, e III, quando se utiliza das expressões “maioria absoluta de seus membros, ou dos Desembargadores” ao versar o delicado tema da recusa ao acesso dos juizes.

Preceitos outros e muitos poderiam ser trazidos em abono deste entendimento, todos extraídos da Constituição.

Dessarte, as expressões de que se serve o Regimento, art. 15, e, “maioria absoluta”, sem qualquer padrão especificativo, por certo que não quis se subentender dos integrantes da totalidade do órgão, como explicitou na alínea a, mas a dos presente, pois desses é que passou a versar, após estatuir o *quorum* deliberativo. Esta, demais é a conclusão que se extrai da interpretação sistemática de todo o dispositivo, a qual não difere, todavia, da sua exegese gramatical, ou seja da norma, em particular exame, a alínea e.

8. E tanto o *quorum* deliberativo como o critério para apurar o resultado das deliberações somente foram excepcionados, nas hipóteses previstas na própria Constituição. Assim dispõem os arts. 31 e 13, *in principio*, respectivamente, das Cartas Federal e Estadual. Em sintonia com eles os arts. 40, I, 42, parágrafo único, 48, 50, 51, § 3.º, da última, aos quais correspondem os arts. 14. § 5.º, 36, 37, § 3.º, 48, 62, 73, § 1.º, da primeira das Constituições.

E, note-se, o *quorum* de exceção que, em todas as citadas disposições se especificou, guarda inteira simetria, obediente o estadual ao federal, e tinha que ser, como de resto, tem entendido o eg. STF em numerosos julgados proferidos em Representações (RTJ, 90, ps. 1/11; 81, ps. 332/6; 57, ps. 358/83; 52, ps. 501/27).

9. Por fim, acentue-se que, no fundo, em verdade, o sistema deliberativo dos Legislativos não se alterou no regime republicano, desde a Constituição de 1891.

Veja-se a velha mas sempre nova lição de AURELINO LEAL, em sua “Teoria e Prática da Constituição Brasileira”, I, 1925, p. 89:

“*Quorum* parlamentar. Chama-se *quorum* o número de representantes necessários ao funcionamento de uma Câmara Legislativa. No art. 18 a Constituição estabelece regra geral de um duplo *quorum* para as votações: presença da maioria dos membros de cada uma das Câmaras, e o assentimento da maioria absoluta destes. Nas votações a maioria absoluta dos presentes é contada dentro da maioria absoluta dos membros da Câmara.”

No mesmo sentido é o magistério de AGENOR ROURE (“A Constituição Republicana”, r, 1920, p. 427), JOÃO BARBALHO, (“Constituição Federal Brasileira”, Comentários, 1924, p. 89) e CARLOS MAXIMILIANO “Comentários à Constituição Brasileira”, 2ª ed., ampliada, p. 298).

Com o advento da Constituição de 1946, o critério não se alterou, como mostra PONTES DE MIRANDA (“Comentários à Constituição de 1946”, II, 1953, p. 238).

A transição, a partir de 1934, e, notadamente a da Carta de 1967, foi apenas pelo aspecto absorvente e determinativo, imposto pela nova ordem federativa, a qual limitou aos Estados o poder de auto-organização,

como já foi versado, jamais afetando o critério nas deliberações.

Assim, sem nenhum proveito a invocação do v. acórdão recorrido aos precedentes, referentes a eleições pretéritas da Mesa, exigindo, para os então eleitos, maioria absoluta de votos da totalidade dos Deputados. O fato, por si, não geraria nenhum direito, nem comprometeria critério diverso em eleições futuras.

De qualquer sorte, porém, após o advento da Constituição de 1967, como já ficou sustentado, tal critério não poderia prevalecer, mesmo que viesse a ser aceito pelo Regimento, o que não sucede, porque, em tal hipótese, inconstitucional seria o Regimento, por contrariar o já comentado art. 31 da Carta Maior.

10. A longa, e, por vezes, insistente e reiterada argumentação deduzida evidencia o bom direito sustentado pelo impetrante e os litisconsortes ativos fortes todos nos textos constitucionais da República e do Estado, à sombra dos quais cabe buscar a legítima exegese das normas regimentais pertinentes.

Todavia, o v. aresto do eg. Tribunal não lhes reconheceu, negando-lhes o direito líquido e certo que postularam através do mandado de segurança.

11. Para fazê-lo, como se apura da ementa transcrita, fiel ao pensamento da douta maioria, considerou:

a) que, segundo o Regimento da Casa, a “maioria absoluta” para a eleição da Mesa, em primeiro escrutínio, diz respeito à totalidade dos deputados que compõem o Legislativo;

b) que tal conclusão exegética decorre do próprio conceito de “maioria absoluta” que está sempre relacionada ao todo, a menos que haja restrição expressa e esta seria a tradição da Assembleia;

c) que a regra regimental assim interpretada não afronta os arts. 31 e 13 das Constituições Federal e Estadual que preveem “maioria simples” para quaisquer deliberações, menos as administrativas, onde se incluem as eleições, disciplinadas pelo poder de organizar-se, segundo outorga também constitucional, art. 30.

12. Considero que, em assim procedendo, o aresto recorrido deu ensejo ao recurso extraordinário para o eg. STF, com seguro embasamento no art. 119, III, a e c, da Constituição Federal. Quanto à primeira alínea porque contrariou o seu art. 31, combinado com o art. 13 e seus incisos, especialmente o II, e o § 1.º; e quanto à segunda (letra c), eis que o ato impugnado foi, desde a petição inicial, e até antes dela, perante o próprio Legislativo, ao ensejo da eleição, contestado ante a citada Carta, com base nos já referidos artigos, e, não obstante, o acórdão julgou válido o ato incriminado.

Realmente. Não esteve bem inspirada a honrada maioria do col. Colegiado local.

Como já se fez acentuar, a regra que se contém no art. 31 da Constituição Federal, ao qual corresponde o art. 13 da Estadual, é cogente aos Estados, cujo poder de auto-organização ficou “limitadíssimo”, na expressão do

Ministro OSVALDO TRIGUEIRO, em passagem já transcrita, afetando até os lindes dos Regimentos Internos dos Legislativos.

E ao fazê-lo, usando a expressão “deliberações”, compreendeu a todas, salvo aquelas que ela própria, constituição, explicitou, como, de resto, o fez, de forma expressa, a Constituição do Estado, em seu art. 13, melhor elucidado, no particular das eleições, através de seu parágrafo único, como também já foi longamente demonstrado. Assim, seja no pertinente ao poder regimental de auto-organizar-se, seja na função mais ampla de administração, a depender de deliberação do órgão, seja, enfim, no âmbito legiferante, tudo segue a regra segura e límpida do citado art. 31, salvo nas expressas exceções consagradas no texto constitucional, também já comentadas, e nas quais não se incluíram as eleições da Mesa.

Orientando-se diversamente, por certo, o acórdão contrariou e de frente o comentado art. 31, ao qual se pode conjugar, como reforço, o art. 13, e seus incisos, notadamente o II e o § 1.º.

É o suficiente para justificar só por si o conhecimento do recurso e o seu provimento, como bem o situou e propugnou a petição de recurso extraordinário, a qual tem inteiro apoio nas considerações anteriores deste parecer fundadas na jurisprudência da eg. Corte Suprema, acorde com a melhor doutrina.

Mas não é só. O excepcional oferece igual consistência quanto ao segundo fundamento, letra c.

O ato do Senhor Presidente da Assembleia ora impugnado é “ato do governo local”, a que se refere a mencionada letra c, no conceito que lhe atribuem os doutrinadores (AMARAL SANTOS. “Primeiras Linhas de Direito Processual Civil”, 3.º vol., 3.ª ed. Saraiva, n. 825, ps. 156/7; JOSÉ AFONSO DA SILVA, Recurso Extraordinário no Direito Processual Brasileiro, RT, 1963, n. 99, p. 224) .

E dito ato, contestado, nas circunstâncias já referidas, perante o art. 31, c/c o art. 13 e seus incisos especialmente, o II e o § 1º, não logrou sucesso perante o eg. Tribunal, o qual deu por sua validade.

Entretanto, a arguição de inconstitucionalidade ao aludido ato é mais do que razoável, o que justifica o conhecimento da irresignação derradeira, nos termos da Súmula n. 285. E ainda, o seu provimento, pelas razões constantes da petição recursal e amplamente desenvolvidas neste parecer.

13. Dessarte, seja pelo primeiro, seja pelo segundo dos fundamentos deduzidos, ou por ambos, o que seria mais coerente, é de esperar-se o conhecimento e o provimento do recurso extraordinário por essa col. Suprema Corte, deferindo-se o mandado de segurança, nos próprios termos do pedido, fazendo, assim, como sempre, a melhor Justiça.

14. Por último é de notar-se que o r. julgado impugnado, ao impor condenação em honorários de advogado, em ação de mandado de segurança, dissentiu da jurisprudência do eg. STF, cristalizada em sua Súmula, verbete n. 512, o qual foi mantido mesmo após o advento do vigente C. Pr. Civ., como se vê de julgados vários de ambas as Turmas (RTJ, 95, ps. 404 e 428), onde são invocados precedentes outros.

Justifica-se aqui o conhecimento e provimento do recurso com assento na letra d do permissivo constitucional.”²³

Da mesma forma, parecer que enfrentou questão pouco versada na doutrina e na jurisprudência acerca dos limites do poder do Tribunal de excluir candidato aprovado no concurso para a magistratura.

A respeito, anotou o Ministro Thompson Flores, invocando a sua longa experiência de magistrado, *verbis*:

“Versa a espécie sobre o citado ato administrativo, na sua fase primeira, antes da indicação dos concorrentes aprovados e classificados para sua regular nomeação.

Em dita fase, o procedimento concursal divide-se em outras tantas, as quais integram o que os autores denominam fases progressivas ou

23 In: *Revista Forense*, v. 303, p. 130/4.

sucessivas (O. Ranelletti, in Le Guarentigie della Giustizia nella Pubblica Amministrazione, 4ª ed., Dott. A. Giuffrè Editore, 1934, p. 117, n. 76). Assemelha-se o concurso a uma espécie de escada, cujos degraus têm área própria e devida destinação. Por eles, degraus, vai ascendendo o concorrente, conquistando, em cada um deles, um relativo direito subjetivo.

Parecem-me os concursos para provimento dos cargos públicos, especialmente os dos juízes, de maior qualificação, às licitações nas concorrências públicas, como fazem notar os tratadistas da matéria. Deles, limito-me a indicar, por sua habitual clareza, o sempre consultado Professor Hely Lopes Meirelles, em várias de suas obras, inclusive Pareceres, e das quais destaco seu considerado Direito Administrativo Brasileiro, 5ª ed., ps. 396 e seguintes, e a clássica Licitação e Contrato Administrativo, 3ª ed., ps. 117 e seguintes, todas elas ilustradas com julgados, especialmente do Egrégio S.T.F.

4.1. O que brota da simples leitura do edital em comentário é o que acaba de ser afirmado. Sua clara linguagem e disciplinação, referente às várias fases do certame, mostra a sua racionalidade, permitindo verificar, como nas concorrências públicas já citadas, que, cumpridas que sejam pelo concorrente, completam-se, ultimam-se, a elas não mais se retornando. Certamente não se afirmará que gozam, cumpridas, do poder da *res judicata*, mas, porque definitivas, não se reabrem.

5. Com efeito.

O edital que rege o presente concurso, nº 24/83, é longo, detalhado e bem sistematizado. Proporciona, assim, fácil compreensão. É penoso para o concorrente pelas exigências muitas que lhe impôs cumprir.

5.1. Começa ele disciplinando o pedido de inscrição provisória, n. 1, seguindo-se a chamada “Fase Preliminar”, n. 2. Nessa se realiza a nominada “prova escrita preliminar”, dividida em duas partes devidamente esclarecidas, ns. 2.1 a 2.6.

Aos que forem nela aprovados, proporciona-se o direito de requererem a “Inscrição Definitiva”, n. 3.1, impondo ao requerente, além de petição detalhada, a apresentação de novos documentos, n. 3, alíneas a e e.

Convém, desde já, sublinhar o que estatuem seus subitens, 3.2 a 3.4.

Dizem eles, *verbis*:

“3.2 O Órgão Especial do Tribunal de Justiça, em sessão secreta decidirá, conclusivamente, e por livre convicção, a respeito da admissão dos candidatos aprovados na prova escrita preliminar, atendendo às suas qualidades e aptidão para o cargo.

3.3 A Comissão colherá informes sobre os candidatos, procedendo à sindicância da vida pregressa e investigação social.

3.4 Os candidatos aprovados na prova preliminar serão submetidos a entrevista com a Comissão de Concurso”.

5.2 Sucessivamente seguem-se as “Provas Escritas”, n. 4, disciplinadas

nos subitens 4.1 a 4.6; “Prova Oral”, n. 5.1; a de “Aferição dos Títulos”, n. 5, integrada pelos subitens 5.1, alíneas a a n, e 6.2 a 6.5; as dos “Exames de Saúde, Física e Mental e o Psicotécnico”, n. 7.

Atinge-se, assim, a cognominada “Nota Final”, n. 8; e, a derradeiro, o “Julgamento do Concurso”, n. 9. Encerra-se com os esclarecimentos do prazo de “validade” do concurso, n. 10. Segue-se a da “Nomeação”, n. 11, “Observações Gerais”, ns. 12 a 12.5; e, para encerrar, o de n. 13, o da “Comissão de Concurso”.

6. A requerente submeteu-se a todas elas e as satisfaz, cumpridamente, tanto que atingiu àquela da aprovação e subsequente classificação, cabendo-lhe o 51º lugar, em lista que foi divulgada.

6.1 Foi aí que aconteceu o pior, resultando, após dita divulgação, omitido o seu nome ao ser publicada a relação no D.O. de 22.05.85. Continua ela a ignorar o motivo da exclusão, ainda que, em reclamo administrativo, o propugnasse, sendo ele indeferido, o que lhe obstou qualquer gênero de defesa da presuntiva ocorrência da falta, a qual há de ser grave, face ao grau de penalidade que lhe foi imposta, com o elenco de efeitos, os mais variados e negativos, quanto à sua personalidade.

Observe, *data venia*, que em épocas passadas, como já salientei atrás, diversa era a orientação da Colenda Corte.

Vigilante sempre como me impendia o ser, como os demais Colegas,

estive sempre atento a repelir concursandos sobre cuja idoneidade moral pairasse dúvida. E isto desde os momentos iniciais de análise da inscrição. Nessa fase, fazendo-o discricionariamente, como já era admissível (M. Petrozziello, in *Il Rapporto di Pubblico Impiego*, Società Editrice Libreria, 1935, p. CLI). Mas, note-se, procedia o Eg. Tribunal diversamente quando a acusação ocorria em fases posteriores do concurso, quaisquer que fossem elas, mesmo à altura posterior a da aprovação e prestes à indicação dos candidatos já classificados. Ouvia-se, nesse ínterim, o acusado para que a conhecesse, oferecesse defesa e, se o quisesse, apresentasse provas. Em sessão secreta, o Tribunal apreciava o ocorrido e decidia, por maioria de votos, pela sua procedência ou não. Excluía-se o concorrente na primeira hipótese, ou mantinha-se-o no lugar conquistado na segunda. E assim era o seu procedimento habitual, repetido e unânime, isso porque seu ato administrativo era, manifestamente, regrado, em harmonia com os termos da lei e em consonância com as garantias que a Constituição assegurava ao candidato.

Em precioso estudo intitulado “L’Esclusione dai Pubblici Concorsi e L’art. 51 della Costituzione”, publicado na renomada *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1952, conclui, em significativo trecho, Giovanni Miele, *verbis*:

“Quindi, di fronte a un atto amministrativo lesivo di un diritto o interesse legittimo v’è sempre la possibilità della tutela

giurisdizionale; ma, poichè la lesione di un diritto o interesse legittimo può essere in relazione ai motivi determinanti dell'atto, la persona cui il provvedimento si riferisce deve essere messa in grado di conoscerli. Ne consegue allora, che, allo stesso modo in cui gli altri elementi rilevanti per la legittimità dell'atto risultano o debbono risultare dall'atto stesso, come la competenza, l'osservanza delle forme e della procedura, la menzione che è stato udito un parere obbligatorio, così parimenti deve risultare dall'atto la specificazione delle ragioni giustificative che siano giuridicamente rilevanti per la legittimità di esso”.

7. Considero, por isso, *data venia*, que mal orientada esteve a Egrégia Corte ao proferir a deliberação com respeito à requerente.

8. A análise do edital do concurso não autoriza, *data venia*, a exclusão comentada.

Realmente, e cabe insistir.

Em duas oportunidades o respeitável Órgão Especial do Tribunal de Justiça examina e decide a respeito da idoneidade do concorrente: primeiramente, na chamada “Inscrição Definitiva”, ns. 3 e 3.2; posteriormente, a segunda das fases para o exame da honorabilidade do candidato é a do “Julgamento do Concurso”, n. 9, e, em especial, n. 9.1.

Convém ter presente essas normas indicadas, as quais me abstenho de transcrever para não estender em demasia o presente pronunciamento,

posto que as recordando a cada passo, pois elas são decisivas para apreciar o procedimento recursal.

8.1 Na primeira fase, o poder da Corte é discricionário, tal como o conceitua a doutrina e repetem os julgados dos Tribunais.

Na segunda das fases indicadas seu poder é regrado, como em qualquer outro momento, até o da posse do candidato. E, ocorrendo a indicação da falta, o comportamento do Tribunal é diverso, obrigado que está a convocar o acusado, revelando-lhe em que consiste a inculpação.

Oferece-lhe, então, oportunidade de defesa e até de produção de provas. Secretamente as examina e decide, já não mais de plano e conclusivamente, como sucede quando dispõe do poder discricionário, posto que com base no livre convencimento, e conclui por sua procedência ou não, com os efeitos daí emergentes e já considerados, como é próprio do ato regrado.

O cuidado que deve orientar o Tribunal no exame da honorabilidade dos candidatos à judicatura é questão que me dispense de considerar, pois é conhecido o alto proceder com que sempre atua a mais alta Corte de Justiça local.

Ora, se a honradez do cidadão merece integrar sua personalidade, admitindo presuntivamente sua ocorrência, com mais forte razão a do funcionário público que dispõe de parcela de autoridade, notadamente o juiz, que vai julgar os atos de seus jurisdicionados, nos mais variados

sentidos, seja na família, como marido e pai; seja no ambiente de trabalho, quando pratica tantos atos administrativos, no exercício da função, quanto na tela criminal, quando aplica as mais graves sanções.

São os magistrados como a mulher de César, sejam, em realidade, honrados, mas parecerem o ser, como requer a comunidade onde irão praticar o seu delicado ofício.

8.2 Não foi em vão que o Egrégio Tribunal de Justiça, ao ser procedida a adaptação da Constituição do Estado à Carta Federal, propôs – e a Colenda Assembleia Legislativa aceitou – a adaptação que constou do novo texto constitucional do Estado, em seus arts. 109, V, e 115.

Todavia, o Governador representou à Procuradoria-Geral da República arguindo a inconstitucionalidade dos preceitos citados, além de muitos outros.

Tomou dita Representação o nº 749 e foi julgada improcedente (Representações no S.T.F., t. II, ps. 206 e seguintes; RTJ, vol. 50, ps. 738 e seguintes).

Criou-se, na ocasião, a figura do Juiz Adjunto, estatuinto-se que só se tornaria Juiz de Direito aquele que, depois de ultrapassado o prazo de dois anos da investidura no cargo para o qual havia prestado concurso apenas nas provas intelectuais, prestasse, agora, decorrido o biênio, concurso de títulos.

A excelência do novo sistema, salientei então, e com ligeiras

modificações de forma, consta hoje da Carta local, Emenda n. 7.

8.3 Invoco o precedente para mostrar que a vigilância dos Órgãos Disciplinares não se finda com os concursos, sobre os quais se discute neste mandado de segurança. Prorroga-se, ela, pela vida inteira dos magistrados em atividade. E ela se torna quão mais fácil, proveitosa e salutar ao Poder Judiciário quando antes de adquirir o magistrado as prerrogativas de juiz vitalício. Ela já ocorria, há anos, no Estado de São Paulo, no extinto Estado da Guanabara, onde o prazo era de quatro anos, e, pelas virtudes do sistema, outras unidades da federação o aceitaram.

É que, até então, precárias eram as condições para examinar de requisitos outros a satisfazer pelo juiz, além daqueles comprovados no concurso de provas.

Os que versaram os predicamentos impostos aos bons juízes os destacam em suas obras, votos e artigos de doutrina (Mário Guimarães, O Juiz e a Função Jurisdicional; identicamente o salientou o julgado em M.S. n. 2.267, em 30.11.53, publicado na R.D.A., v. 60, ps. 120/3). O Diagnóstico elaborado pelo S.T.F. sobre a Reforma do Poder Judiciário realizada em 1977, quando eu exercia a Presidência daquela Alta Corte, depois do estudo meditado dos mais de noventa volumes com proposições dos Tribunais e mais aquelas que constam hoje de seus arquivos, o salienta. Igualmente o faz a Proposta de Reforma do mesmo Estatuto,

em 11.05.56 (in R.D.A., v. 46, ps. 54 e seguintes).

Cabe ler, para melhor ilustrar, todo o debate que se fez na Egrégia Suprema Corte quando, larga e profundamente, houve por bem rejeitar a inconstitucionalidade da representação, no particular, para se verificar a importância que aquela Corte emprestou aos predicamentos impostos aos juízes (Rp. n. 749, in R.T.J., v. 50, p. 738 e seguintes).

8.4 Essas observações que acabam de ser feitas para bem evidenciar a exigência mais que indórmita que se reclama quanto aos juízes e dos Órgãos Superiores que sobre eles têm jurisdição, notadamente disciplinar, – faltas de ordem moral e social – acaso ocorrentes, ao menos a eles imputadas, impõe-se, como não poderia deixar de ser, sob pena de contrariar a Constituição, assegurar-lhes toda defesa, dependendo os procedimentos adotados dos direitos subjetivos que já dispõem, tal como estatuem os diplomas citados. E acentue-se que sempre opera-se veladamente, discretamente e até, por vezes, secretamente, para assegurar, a cada passo, a discricção na sua apuração, em prol do Poder Judiciário.

Falam por si alguns julgamentos ocorridos na Suprema Corte, muitos dos quais participei, como se vê das publicações já feitas (R.T.J., v. 85, ps. 986 e segs.; v. 86, ps. 619 e segs.; v.89, ps. 846 e segs.; e v. 109, ps. 48 e segs.).

9. In caso, a requerente foi excluída, cancelando-se a sua inscrição

sumariamente, nas circunstâncias já por vezes várias sublinhadas, quando, até então, sua inscrição prevaleceu para justificar as muitas provas que lhe sucedeu.

Procedeu a Egrégia Corte como se dispusesse do poder discricionário que já não possuía, o qual era evidentemente regrado. Obrigado, então, ao exercício de atividade sujeita à disciplina legal, seja como se deduz das disposições constantes do edital já comentado, as quais condensam toda a legislação pertinente, seja da própria Constituição, ao calor das quais devem ser consideradas e obedecidas.

9.1 Na espécie já tão examinada, omitindo-se o Colendo Tribunal em proporcionar à requerente, como lhe cumpria, o direito de defender-se, praticou ato administrativo eivado de nulidade mortal, tal como dispõe o Código Civil, art. 145, IV, aplicável também aos atos administrativos, na lição unânime dos autores, como já salientava há anos o Mestre saudoso Ruy Cirne Lima (Princípios de Direito Administrativo, 5ª ed., 1982, p. 94), combinado com o art. 153, §§ 15, 21 e 4º, da Constituição Federal de 1969.

Outro não é o ensinamento de Raphael Alibert, em sua obra clássica *Le Contrôle Juridictionnel de L'Administration*, Paris, 1926, p. 221/2, *verbis*:

“Le vice de forme en droit administratif est une nullité qui provient de la violation de formes édictées par les lois et règlements. Cette nullité existe sans texte et elle est en principe absolue.

Les formalités administratives ne sont pas des procédures de pure forme dont il serait loisible à l'administration d'éluder l'accomplissement. Ce sont des garanties accordées aux administrés; elles sont pour eux la contre-partie des pouvoirs exorbitants de l'administration, ainsi qu'une assurance contre le risque des décisions hâtives, mal étudiées et vexatoires. Elles sont en principe d'ordre public”.

9.2 É lamentável que a Egrégia Corte tenha procedido contra a lei, realizando o ato impugnado, deslembada de assegurar o direito de defesa à concorrente, máxime nas circunstâncias em que o fez. Dito direito é inato à criatura humana.

O próprio Deus, o mais sábio e justo dos juízes, assim o entendeu, apesar do seu poder total, desde o princípio do mundo. Externou-o ao ser cometido o primeiro homicídio ocorrido sobre a Terra, quando Caim, levado pela inveja, matou seu irmão Abel.

São palavras do Senhor, segundo a Bíblia Sagrada, Genesis, cap. 4, n. 9:

“E o Senhor disse a Caim: onde está teu irmão Abel ao que Caim respondeu. Eu não sei. Acaso sou eu guarda do meu irmão?”

E consta do mesmo livro e capítulo, n. 10:

“Disse-lhe o Senhor: Que é o que fizeste? A voz do sangue de teu irmão clama desde a terra até mim.”

E, só então, o Senhor o puniu. Não se animou, o maior Juiz, a aplicar-lhe a

sanção, como o fez, sem ouvi-lo para que se defendesse.

E assim seguiu-se na marcha das gerações.

Entre nós, o direito de defesa jamais foi ignorado e deixou de ser reconhecido. Desde o regime republicano, conforme a Constituição de 1891, resultou expresso, art. 72, § 16. Integrou, ele, as demais Constituições que àquela se seguiram: 1934, 1937, 1946, 1967 e Emenda nº 1/69, art. 153, § 15, em pleno vigor.

9.3 Por certo os fatos mais comuns ocorrem nos procedimentos criminais. Mas sempre se reconheceu a necessidade de observar-se o direito de defesa nos processos administrativos, quando do seu exame se imputa falta grave ao servidor. No presente procedimento, a toda evidência, ele é de aplicar-se, eis que trata de processo semelhante ao qual incidem normas decorrentes do Direito Administrativo.

9.4 Cabe assinalar que mesmo no regime revolucionário instaurado no País em 1964, os Atos Institucionais, embora sobranceiros à própria Constituição, reconheceram o direito de defesa, deixando-o expresso. Assim ocorreu com o primeiro deles, AI n. 1/64, art. 7º, § 4º, com a regulamentação que lhe atribuiu o Decreto nº 53.897, de 27.04.1964, art. 5º (in R.F., v. 206/434), ao impor graves sanções.

No S.T.F. concorri com meu voto para anular diversas sanções impostas com base no citado art. 7º, § 4º. E o fundamento central das nulidades dos procedimentos referidos assentou na

falta de audiência dos imputados, como o impunha a citada legislação. Destaco de tais julgamentos os primeiros deles, publicados na R.T.J., v. 47/211; v. 50/67; e v. 53, ps. 120 e 379.

Inegavelmente o princípio em comentário, direito de defesa, aplica-se ao procedimento do concurso quando, é certo, ocorre acusação sobre o concorrente já admitido em definitivo, depois de procedido o seu respectivo exame, discricionariamente, pelo Tribunal. Certo ele não vem expresso, apesar dos detalhes introduzidos na regulamentação do concurso, seja, no edital, seja em leis outras a ele referentes.

Dito direito, que o Padre Vieira acentuava em seus “Sermões” ser “sagrado”, está implícito na sua disciplinação, eis que a Constituição sobre ele incide, projetando-se com toda a força e intensidade.

Cabe, aqui, invocar a lição do saudoso mestre Pontes de Miranda, em seus Comentários à Constituição de 1967 c/c a Emenda nº 1/69, t. 4º, p. 624, “c”, *verbis*:

“Nenhuma lei brasileira pode ser interpretada ou executada em contradição com os enunciados da Declaração de Direitos, nem em contradição com quaisquer outros artigos da Constituição

de 1967; porém alguns dos incisos do art. 153 são acima do Estado, e as próprias Assembleias Constituintes, não os podem revogar ou derrogar. Tais incisos são os que contêm declaração de direitos fundamentais supra-estatais”.

10.1 Certamente se dirá que, em sendo assim, mesmo na primeira fase do certame, havendo dúvida sobre a idoneidade do concorrente, o direito de defesa tinha de lhe ser reconhecido. Sem qualquer razão o argumento por que opera, então, o Tribunal, discricionariamente, com o poder que sempre se lhe reconheceu e sempre constou das leis e regulamentos dos concursos. E inexistente, ademais, qualquer direito do candidato de ser admitido naquele instante prefacial do respectivo procedimento. Jamais daí por diante, quando o seu pedido de inscrição já fora reconhecido como definitivo, tal como ocorreu com a requerente.”²⁴

A contenda foi solvida pelo Supremo Tribunal Federal, acolhendo o parecer no RE nº 116.070-RS, publicado o acórdão na RTJ 129/883.

Ao analisar a prescrição da ação de cobrança de honorários advocatícios, teve oportunidade de expor os seus reconhecidos conhecimentos de direito civil, concluindo, *verbis*:

24 In: *Revista de Direito Administrativo*, v. 225, pp. 420/5.

“A) CONSIDERAÇÕES NECESSÁRIAS

1. O título de crédito que embasou todos os procedimentos dos quais se serviram os consulentes para receberem seus honorários como advogados, foi o contrato que avençaram com Lídio Floriano Melo, através de escritura pública lavrada em 31-5-1952.

Com ele, contrato, instruíram a primeira das ações, a executiva, ajuizada contra Lídio em 29-11-1969; dele se serviram, após, para se habilitarem na sobrepartilha da estância “Duas Marias”, iniciada em 12-9-1974; e do mesmo instrumento se serviram para a demanda que intentaram contra os herdeiros de Lídio, a qual findou em acordo, homologado pelo juiz; e foi ele, ainda, que veio a alicerçar a ação sumaríssima, recentemente apreciada, em segunda instância, como ficou referido no capítulo anterior.

2. Das cláusulas avençadas no contrato em questão, entre outras, estatuíram as que impende serem transcritas, e que são as seguintes:

“[...]

QUARTA - Em remuneração de tais serviços o outorgado LYDIO FLORIANO MELLO, por bem desta escritura e na melhor forma de direito, e, na qualidade de testamentário no exercício da testamentaria, se obriga a pagar aos outorgantes seus advogados, trinta e cinco por cento (35%) calculado sobre o líquido a ser apurado. Considera-se líquido, o saldo resultante do valor real da estância “Duas Marias”, acrescido

da importância correspondente a indenização devida pela ocupação do imóvel e durante todo o tempo, desde as escrituras de venda ou cessão de direitos hereditários até final liquidação – deduzidas as parcelas correspondentes ao preço, mais os juros moratórios e quaisquer benfeitorias no mesmo prédio rural, realizadas pelo comprador.

QUINTA – Entende-se rescindido de pleno direito o presente contrato de honorários de advogados e sujeito, em consequência, o outorgado LYDIO FLORIANO MELLO, ao integral pagamento dos mesmos honorários advocatícios:

a) [...]

b) si esta, sem justa causa, revogar os poderes já outorgados aos mesmos;

[...]

OITAVA – Os honorários serão devidos aos advogados ora outorgantes, ressalvada a hipótese da referida cláusula quinta e suas letras – logo após a terminação dos serviços judiciais a que se obrigaram e que deverão realizar sem dolo e nem malícia e deverão ser pagos, anual e parceladamente até final liquidação, com o saldo dos arrendamentos produzidos pelo mesmo imóvel rural.

Entende-se saldo, a importância líquida da renda, descontadas as quantias atinentes ao pagamento de impostos e taxas relativos e incidentes sobre o mesmo campo; [...].”

3. Através delas, as cláusulas, em conjugação com o mandato recebido, impunha-se aos consulentes a missão de usarem dos procedimentos adequados para fazerem retornar ao acervo hereditário de Narciso Melo a estância “Duas Marias”, bem como a ele, espólio, incorporarem a indenização que apurassem em liquidação, decorrente da ilegal ocupação daquela área, ou seja, desde a posse até sua efetiva restituição. Daí os precisos termos do pedido, constante da parte derradeira petição inicial, da ação proposta, de nulidade da alienação, anteriormente transcrito, mas que convém repetir, *verbis*:

“... devolverem ao monte da herança a estância de criar denominada “Duas Marias”, devendo, ademais, repor ao monte o valor correspondente à indenização pela fruição e ocupação do prédio rústico, acrescido dos juros legais moratórios, descontada a quantia relativa ao total do preço pago, acrescida, também, de juros legais, tudo na conformidade do que for apurado em liquidação.”

4. Por isso, os honorários contratados, em princípio, somente, seriam devidos com o cumprimento integral daquela pretensão, acolhida, sem restrições, pelo julgado final do Eg. Supremo Tribunal Federal.

5. Todavia, obstados ficaram os consulentes de levarem a bom termo o seu encargo, pela atitude do contratante, Lydio, bem como dos demais herdeiros que, posteriormente, lhes haviam outorgado procuração

para a execução amigável do acórdão referido, revogando, imotivadamente, seus mandatos.

6. A partir de então, ou, mais precisamente, quando fossem notificados dos atos revogatórios, dispensados estavam os consulentes da atividade profissional a que se haviam comprometido, sem prejuízo do direito de receberem a totalidade dos honorários profissionais contratados, tal como dispõe a cláusula quinta, letra b, do contrato, antes também transcrita.

7. Sucede que o contrato de honorários em questão, tendo em vista as condições estipuladas, caracteriza-se como especial, nominado pelos doutores, como contrato cotalício ou *quota-litis*. Com base nele, o *quantum* ajustado somente dará direito a seu recebimento, quando ocorrer lucro para o cliente, ou seja, quando a demanda proposta for julgada procedente, ainda que em parte. E é, exatamente sobre o líquido apurado que incidirão as percentagens ajustadas, proporcionando sua paga (PONTES DE MIRANDA, *Trat. de Dir. Priv.*, VI, 1955, p. 151).

8. Assim, embora os consulentes se tornassem titulares do direito à totalidade dos honorários contratados, sem necessidade de prosseguirem, como advogados, na execução do acórdão final do Eg. Supremo Tribunal Federal, face à revogação do seu mandato pelos outorgantes, não poderiam eles, os consulentes, exercitá-los, desde logo; e isto porque a percentagem a eles referentes, incidiria sobre o líquido

a ser apurado, definido, dito líquido, como o valor real da estância “Duas Marias”, acrescido da importância correspondente à indenização devida pela ilegal ocupação do referido imóvel, durante todo o tempo, desde as escrituras de venda ou cessão de direitos hereditários, até final liquidação, deduzidas as parcelas correspondentes ao preço, mais os juros moratórios e quaisquer benfeitorias no mesmo prédio rural, realizadas pelo comprador, tal como dispõe a cláusula quarta, antes igualmente transcrita.

9. Tudo, pois, está a mostrar que o exercício do direito assegurado aos consulentes, de receberem seus honorários profissionais, estava a depender de dois acontecimentos futuros, quais sejam: 1º) a verificação do valor real da estância a devolver; e 2º) a liquidação do valor da indenização devida pela sua ocupação, como ficou explicitado anteriormente. Eram fatos jurídicos porvindouros, inexistentes à época da revogação do mandato, e, só ocorridos anos após, o último dos quais, recentemente, com a prolação da respectiva sentença de liquidação.

É a aplicação do disposto, respectivamente, nos arts. 114 e 118 do Cód. Civil, *verbis*:

“Art. 114. Considera-se condição a cláusula, que subordina o efeito do ato jurídico a evento futuro e incerto.

[...]

Art. 118. Subordinando-se a eficácia do ato à condição suspensiva, enquanto esta se não

verificar, não se terá adquirido o direito, a que ele visa.”

A propósito, com propriedade, acentuou o eminente e saudoso Min. Orosimbo Nonato, ao votar, como relator, no RE nº 13.386, do D.F., in Rev. For., 132, p. 420:

“...É certo que, na pendência da condição suspensiva, a *obligatio* não se torna exigível, *nihil interim debetur* a condição suspensiva impede antes de seu implemento, que o ato desvele sua eficácia (vede Espínola, in Manual Lacerda, vol. III, parte 2ª, p. 294).

Como disse Coviello, “il negozio esiste anche prima s’avveri la condizione, ma la sua efficacia rimane sospesa” (Man. di Dir. Civ., § 134, p. 426).

O que então ocorre é uma expectativa, posto que qualificada, de direito, que se adquirirá com o seu implemento.”

Anteriormente, no mesmo sentido, já decidira o Eg. Supremo, ao julgar o Ag. de Pet. 4.192 do D.F., em 05-5-1926, do qual foi relator o eminente e saudoso Min. Edmundo Lins (Rev. de Direito, 83, p. 369/72). E, mais recentemente, no RE nº 83.942, em 19-10-1976, do qual foi relator o eminente Min. Cunha Peixoto (*apud* M. NOELI FOL. Direitos do Advogado do Paraná, p. 295/304).

Esta é, ademais, a lição dos nossos tratadistas. Além de ESPÍNOLA, citado inicialmente, cabe acrescentar: CLÓVIS (Cód. Civ. Coment., I, 1931, p. 365-6); CARVALHO SANTOS (Cód. Civ. Bras. Inter., III, 1937, p.

51-63); CAIO MÁRIO (Inst. de Dir. Civ., I, 1978, p. 487-93) e outros.

Inobstante, PONTES DE MIRANDA, cuidando, especificamente, dos contratos cotulícios de honorários, como, no caso, preleciona, in *Trat. de Dir. Priv.*, VI, 1955, p. 151:

“... Nos contratos cotulícios de honorários, em que a percentagem há de ser paga afinal, a pretensão somente nasce quando se procede à liquidação. Não há, aí, condição suspensiva; há direito e, ao ser feita a liquidação, pretensão.”

10. Pouco importa que, em 29-11-1969, após a revogação dos mandatos, tenham os consulentes ajuizado contra Lídio Florianô de Melo, ação executiva visando a cobrar seus honorários.

É que, com o julgamento final da causa, tal procedimento tornou-se ineficaz; com ele, pois, não se podendo operar para o desprezo da condição suspensiva já comentada e constante do contrato.

B) DA PRESCRIÇÃO DO DIREITO DE AÇÃO

1. Como ficou inicialmente esclarecido, a Cda. 1ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada, ao julgar a apelação interposta pelos réus vencidos, herdeiros nomeados de Narciso Melo, houve por bem decidir:

a) por unanimidade, rejeitar as prejudiciais suscitadas pelos apelantes, de carência de ação e coisa julgada; e

b) por maioria, acolher a de prescrição do direito de ação, também por eles arguida.

2. Conquanto uniformes na conclusão, reconhecendo a prescrição, dissentiram os votos vencedores na sua fundamentação.

Operou o do relator com o contrato de honorários, e dele extraiu subsídios para reconhecer que o marco inicial do prazo da prescrição era o da data do julgamento final proferido pelo Eg. Supremo, ou seja, 25-11-1963, posto admitisse que, ainda que fosse ele 29-11-1969, consumada, de qualquer sorte, estaria a prescrição, sem apreciar os motivos que, porventura, tivessem interrompido o prazo quinquenal.

Mais completo se fez o voto do terceiro juiz, Dr. Lio Schmitt, após seu pedido de vista dos autos.

Embora reconhecesse ser encargo do Espólio pagar os honorários dos advogados contratados pelo testamenteiro, concluiu, inobstante, que não estava dito acervo hereditário vinculado às cláusulas do contrato ajustado apenas entre o testamenteiro e os profissionais, dado que sobre dito contrato não foram ouvidos nem o inventariante, nem os herdeiros, nem ocorreu, ademais, homologação judicial.

Por isso, concluiu que o direito dos advogados de cobrarem seus honorários deflui da data em que se verificou a revogação do mandato, quando, consequentemente, se iniciaria a contagem do prazo para prescrição. Protraiu-o, todavia, para 29-11-1969, data do ajuizamento da primeira ação de cobrança, em questão, ausente que se fizera a notificação do ato revogatório.

E, como repeliu qualquer causa suspensiva ou interruptiva do prazo prescricional, aceitou sua consumação.

3. Com todas as vênias dos nobres juízes que formaram a maioria, no julgamento rememorado, tenho que não foram bem inspirados ao acolherem a prejudicial de prescrição.

É o que se pretende demonstrar a seguir.

4. Como preleciona CÂMARA LEAL, em sua clássica monografia *Da Prescrição e da Decadência* (p. 21 e segs.), um dos fundamentos nucleares do instituto da prescrição assenta, desde o Direito Romano, na omissão, na negligência, no descaso, no desinteresse do titular do direito em exercê-lo. Assim tem decidido, também, o Eg. S.T.F. (Rev. For., 124/121-2 e 105/279-82).

Foi esse o comportamento dos advogados consulentes? A resposta só pode ser, seguramente, negativa.

Com efeito.

Desde 1952, ou seja, há 31 anos, se entregaram os consulentes na defesa de seu constituinte, propondo, a primeira das ações por eles ajuizadas, a qual, sempre no bom combate, lograram vitoriar-se, na derradeira instância, o Plenário do Egrégio Supremo.

Depois, foram as tratativas amigáveis como queriam os interessados para a execução do acórdão. Já quase exitosos, ao cabo de três anos, viram, imotivadamente, revogados seus mandatos.

Daí os procedimentos de que se valeram para se verem pagos. A primeira das ações em 1969. O procedimento administrativo, ao habilitarem seu crédito nos autos da sobrepartilha, iniciada em 1974. A seguir, na outra ação proposta contra os herdeiros de Lídio Floriano Melo, a qual findou por acordo. Por último, a que se iniciou em 1981.

E, tudo isso, para receberem seus honorários profissionais pelos serviços prestados. Proporcionaram seu pertinaz labor vultoso patrimônio aos herdeiros de Narciso Melo, no qual não seriam aquinhoados não fossem, repita-se, seus ingentes e longos esforços, como competentes advogados.

Tudo está a evidenciar que o reconhecimento da prescrição não se poderia ter alimentado em boas fontes do Direito.

5. Como ficou bem deduzido nas considerações da seção anterior, se é certo que a revogação dos mandatos originou o direito aos advogados consulentes de receberem a totalidade dos honorários contratados, todavia, seu recebimento estava a depender das condições suspensivas introduzidas na própria avença, somente realizadas posteriormente.

Basta ter presentes as cláusulas antes transcritas, que, sem dificuldade, concluir-se-á que, antes da devolução da estância “Duas Marias”, quando seria apurado o seu real valor, e se procedesse à liquidação correspondente à indenização pelo decurso de tempo da ilegal ocupação, satisfeitas não estariam as condições.

É, pois, da realização de cada uma delas que se há de contar o prazo da prescrição, nos termos do art. 170, I, combinado com os arts. 114 e 118, todos do Código Civil.

Em abono dessa solução, mostram-se, a meu ver, valiosas as considerações expendidas por Guillaouard, em obra célebre, *verbis*:

“...toutes les fois qu’une créance est conditionnelle, ou à terme certain ou incertain, la prescription commence non du jour où la créance est née, mais du jour où elle est devenue exigible par l’accomplissement de la condition ou l’arrivée du terme. La raison en est que la prescription suppose une négligence du créancier dans l’exercice de son droit, et on ne peut lui reprocher aucune négligence tant que la créance n’est pas exigible.”

(In *Traité de La Prescription*, A. Pedone Éditeur, Paris, 1901, t. 1º, p. 77, n. 77)

E, satisfeitas ambas, há menos de cinco anos da era em que ingressaram em juízo, 08-9-1981, os consulentes, com o procedimento sumaríssimo a que se refere o acórdão comentado, não se teria ultimado o quinquênio estatuído pelo art. 100 da Lei nº 4.215, de 1963.

A tal conclusão se chega, operando com o contrato de honorários ajustado entre o testamentário e os advogados consulentes.

6. Posto tenha o douto voto do terceiro juiz reconhecido a responsabilidade

do Espólio pelo pagamento dos honorários debatidos, invocando para tanto o disposto nos arts. 1760 e 1137, II, respectivamente, do Cód. Civil e do C.P.C., considerou que não estava ele, Espólio, vinculado às cláusulas do contrato e pelas razões já apontadas anteriormente. Daí não encontrar motivos para considerar as condições suspensivas nele introduzidas.

7. Penso, *data venia*, que o raciocínio, por demasiado simplista, não concluiu com o devido acerto.

Admito, *ad argumentandum*, a desvinculação reconhecida. Todavia, sua razão de ser residiria no pertinente ao prejuízo que, porventura, trouxesse aos herdeiros, ou seja, no valor dos honorários, por serem exorbitantes ou excessivos, pois o dever de pagá-los o reconheceu o nobre juiz no voto em apreciação. Assim, sobre a percentagem de 35% contratada. No mais, as cláusulas são até limitativas para os consulentes. E sua invocação fala por si próprio. Ademais, a base sobre a qual assentaria o cálculo é da própria lei, e, tanto o vencimento ordinário como o extraordinário da avença, igualmente, nela assentam, como se vê, da simples leitura, respectivamente, dos arts. 97, *in fine*, 100, I, II e V, parte segunda, todos da Lei nº 4.215, de 1963.

Assim, também, para o Espólio e os herdeiros, inteiramente válidas eram as condições suspensivas, às quais se impuseram os próprios consulentes e em manifesto favor daqueles.

8. Quando, porém, se venha a aceitar a desvinculação completa e integral do Espólio, aos termos e demais

cláusulas do contrato de honorários de advogado, como quer o r. voto, ainda assim, não há, *data venia*, como reconhecer prescrito esteja o direito dos consulentes, obrigando-os a nova demanda, sabe-se lá por quantos anos ainda, para fazerem valer o seu direito, através, então, da ação ordinária de enriquecimento sem causa, direito este nitidamente pessoal, e cuja prescrição é vintenária, nos termos do art. 177 do C. Civ. (FONSECA, Arnaldo Medeiros da. In: CARVALHO SANTOS. Repert. Enciclop. do Dir. Bras., v. 20, p. 237-42).

Efetivamente.

Brotam dos autos e dos documentos deles extraídos e que me foram presentes, de forma quase solar, que duas causas interromperam a prescrição do direito dos autores: as do art. 172, III e V, do C. Civ. Dizem elas:

“Art. 172. A prescrição interrompe-se:

I - [...]

II - [...]

III - Pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário...

IV - [...]

V - Por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor.”

O primeiro deles, tomado em sua ordem cronológica, é constituído pela já mencionada “CARTA DE COMPROMISSO”, subscrita pelos herdeiros, firmada em 15-9-1972,

em instrumento particular, subscrito, também, por duas testemunhas, e jamais impugnado.

Dele cumpre destacar duas de suas cláusulas, as de números 2 e 8. Seu texto integral é o que segue:

“[...]

2) Os signatários se comprometem a concordar que o imóvel em questão, seja dado em arrendamento ou parceria a terceiros, mesmo por prazo superior ao fixado para a indivisibilidade, para que, com a renda sejam atendidos os encargos do imóvel, inclusive os correspondentes às despesas judiciais e os honorários devidos pela propositura da ação de anulação da cessão ou venda de direitos hereditários a Orivaldo Lara Palmeiro e consequente execução da sentença;

[...]

8) Todos os condôminos participarão na proporção de seus quinhões de todas as dívidas, obrigações e despesas contraídas ou feitas no interesse dos condôminos e referentes ao imóvel denominado “Fazenda Duas Marias” excluídas, porém NAIR MELLO e VILMA MELLO GOMES DE OLIVEIRA do que é devido pelos condôminos aos advogados Edgar Wilson Mondadori, Carlos Alberto Mondadori, Cyro de Carvalho Santos, Edilberto Degrazia e Ricardo Talaia O’Donell.”

Tenho, por inequívoco, o reconhecimento da dívida dos consulentes, referente a seus

honorários, pelos herdeiros; e, assim, servindo de causa interruptiva da prescrição, na data de sua lavratura, tal como o requer o citado inciso V do art. 172, do C. Civ., antes transcrito.

Trata-se de instrumento pelo qual os condôminos da estância “Duas Marias”, ainda então indivisa, se propunham arrendá-la. Por isso, comprometiam-se, como o denominaram na CARTA, a repartir as rendas que adviriam, as quais caberiam *pro rata* a cada um, e, bem assim, as despesas, entre as quais precisavam os honorários em questão, tendo até o cuidado de especificar a ação da qual decorriam e da sua própria execução. Dita cláusula 2 casa-se, perfeitamente, com aquela que consta do contrato de honorários, na ordem oitava e antes também transcrita, onde se declina uma das formas do recebimento dos honorários, ou seja, com os recursos das rendas da estância em questão.

E reiteraram os herdeiros seu dito compromisso, incluindo outros além dos consulentes, mas que trabalharam nas causas; explicando-se a ressalva de duas delas por que se teriam proposto pagar a parte que julgavam devida, a qual resultou em depósito judicial, procedido em 1974.

Nem os comentadores do preceito em menção (art. 172, V), exigem atributos outros para o ato interruptivo.

A propósito, sinala CÂMARA LEAL, em sua monografia anteriormente citada, após versar o tema e a doutrina, inclusive no Direito Alemão, baseado em Plank, cuja opinião transcreve (ob. cit. p. 225), *verbis*:

“[...]”

Resumiremos, pois a interpretação do dispositivo legal, dizendo: sempre que o sujeito passivo pratique algum fato ou faça alguma declaração verbal ou escrita, que não teria praticado ou feito, se fosse sua intenção prevalecer-se da prescrição em curso, esse ato ou declaração, importando em reconhecimento direto ou indireto do direito do titular, interrompe a prescrição.”

No mesmo sentido são os ensinamentos de CLÓVIS (ob. cit. v. I, p. 444, nº 5); CARVALHO SANTOS (Cód. Civ. Bras. Interp. III, 2. ed., p. 430-1, nº 7); CAIO MÁRIO (Instituições de Dir. Civ. I, 1978, p. 606).

E esta tem sido a orientação da jurisprudência, sempre pacífica, do S.T.F.

Votando, no julgamento do RE nº 7.952, em 20-7-1944, assinalava o saudoso Min. Castro Nunes: “... o ato inequívoco pode ser indireto para o reconhecimento...” (Rev. dos Tribs., 162/363).

Na mesma linha é o que se lê no julgamento do RE nº 4.416, em 01-8-44, através da palavra de seu eminente e saudoso Min. Orosimbo Nonato. Admitiu ele que o ato interruptivo pudesse até ser virtual, não se fazendo mister fosse ele expresso. O que se faz necessário é que, inequivocamente, se relacione com a dívida reconhecida (Rev. For., 103/53-4).

Igualmente, ficou assentado no RE nº 8.558, em julgamento de 17-

10-1944, quando aquele eminente Ministro, como relator, admitiu, fundado em autores estrangeiros, que o reconhecimento em observação poderia até mesmo ser verbal, o que autoriza concluir que qualquer meio, desde que inequívoco se faz válido para o fim interruptivo (Rev. For., 105/80-1).

É no sentido exposto o pensar dos doutos: Baudry-Lacantinerie, in *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil* (De La Prescription), Librairie Du Recueil, Paris, 1899, t. XXV, p. 325, n. 529; Henri de Page, in *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*, Établissements Émile Bruylant, Bruxelles, 1943, t. 7º, v. II, pp. 1.078/1.080, n. 1.194; L. Guillaouard, in. Op. cit., pp. 230/2, n.ºs 247/248.

Dispensável, dessarte, a invocação de julgados ou opiniões de doutores outros para evidenciar que a CARTA DE COMPROMISSO revela, de forma inequívoca, o reconhecimento da dívida, e, conseqüentemente, por hábil, interrompeu o prazo da prescrição na data em que foi firmada.

9. Cumpre, por fim, verificar da causa final que também teria interrompido o fluxo prescricional. Refiro-me à do já citado art. 172, III, pela apresentação do título de crédito no juízo de inventário.

O inventário, no caso, diz respeito à sobrepartilha, procedida no acervo devolvido: a estância “Duas Marias” e o líquido apurado pela sua ilegal ocupação. Pois foi nesse procedimento administrativo que se verificou a apresentação do título de crédito dos consulentes. Dito título

é o mesmo que embasa a presente ação: o contrato de 31-5-1952. Nem os autores dispõem de outro. Em decorrência dele é que o inventariante Lídio, em suas declarações, nos autos da referida sobrepartilha, procedeu à sua descrição, em 16-4-1975. Fê-lo em cumprimento ao disposto no art. 993, IV, f, do C.P.C.; e, mais tarde, no decurso do demorado andamento do feito, se dispôs à separação de bens para seu pagamento.

E foi, não somente diante das declarações em apreço como da apresentação, em 21-12-1976, pelos consulentes de seu título de crédito, que, frente às impugnações dos herdeiros e do legatário, Hospital São Patrício, o juiz despachou, encaminhando a pretensão às vias ordinárias, o que ocorreu em 28-8-1980 (fl. 322), dos autos da sobrepartilha em questão.

Dessarte, além da interrupção da prescrição anteriormente verificada, com a CARTA de 15-9-1972, outra se operou, posterior, com a citada apresentação do título de crédito, pelos credores, no juízo de inventário, no caso a sobrepartilha.

10. Pouco influi o largo espaço de tempo que medeou entre a citada apresentação do título, em 21-12-1976, e o despacho do magistrado, ocorrido em 28-8-1980, de resto, inferior a cinco anos. É que, enquanto, vigilantes, aguardavam o pronunciamento dos herdeiros e demais interessados, e processava-se o feito, até que o juiz decidisse a respeito, persistia seu propósito de cobrar, obstando fluxo prescricional. Tal comportamento dos credores,

posto que, em processo de inventário, equipara-se ao ajuizamento da própria ação de cobrança, como se pode extrair da conjugação do art. 1796, §§ 1º e 2º, do C. Civ., e arts. 1018 e seu parágrafo único e 1039, I, *in fine*, do C.P.C.

Neste sentido é a lição dos autores, dos quais invoco apenas CARPENTER (Manual Paulo Lacerda III, já cit., p. 287); ALMEIDA OLIVEIRA (A Prescrição, p. 122); OLIVEIRA CASTRO (Cód. Civ. Interp. pelo S.T.F., II, p. 77) e BRENO FISCHER (A Prescrição nos Tribunais, II, 1957, p. 288 e segs., § 253), invocando excelente julgado do Trib. de Justiça de S. Paulo, in Revista Forense, 108/316-7, da lavra do saudoso processualista Herotildes Lima, cuja expressiva ementa dispõe:

“Honorários médicos. Prescrição. Interrupção.

A apresentação do crédito de honorários no juízo do inventário produz interrupção da prescrição que só recomeça a correr depois de decidida a remessa do credor às vias ordinárias.”

11. A longa e detalhada exposição, por vezes até demasiado insistente, evidencia que, quando os autores, ora consultentes, ajuizaram sua ação de cobrança contra os herdeiros de Narciso Melo - 08-9-1981 - através do procedimento sumaríssimo, prescrito

não se achava o seu direito, mesmo que se levasse em consideração a desvinculação completa entre o contrato de honorários e os herdeiros em questão, ora demandados.

E isto porque:

a) iniciado o prazo em 29-11-1969 com a propositura da primeira das ações, sofreu interrupção com o reconhecimento da dívida pela “CARTA COMPROMISSO” de 15-9-1972;

b) passando o prazo de novo a fluir da última das datas, foi novamente interrompido em 21-12-76, com a apresentação do título de crédito no juízo do inventário (sobrepartilha);

c) e porque dita interrupção é de efeito prolongado (BRENO FISCHER, ob. e vol. cit. p. 288, primeira parte) só findou em 02-8-1980, quando, pondo termo ao pedido de pagamento, despachou o juiz, encaminhando os credores às vias ordinárias; contando-se daí, de novo, o prazo;

d) ajuizada a derradeira ação em 08-9-1981, não decorreram os cinco anos, prazo prescricional estatuído pelo art. 100 da Lei nº 4.215, de 1963, seja da última das datas mencionadas, seja da penúltima delas.”²⁵

Os seus pareceres lembram, na forma de deduzir e de concluir, o mesmo estilo dos tempos de juiz:

25 In: *Revista Forense*, v. 359, pp. 182/8.

o modo límpido e correntio que notabilizaram as suas sentenças e acórdãos.

Em expressiva homenagem que lhe foi prestada pela academia, logo após a sua aposentadoria, o saudoso Desembargador Mário Boa Nova Rosa delineou com fidelidade o perfil do jurista Carlos Thompson Flores, *verbis*:

“O juiz Carlos Thompson Flores, porque juiz ele foi todo, só e sempre, teve a Justiça, com esses conceitos, como o breviário em que assentou a sua fé no primado do Direito.

Não tomou, porém, esses princípios, como armadura ou como escudo, mas brandiu-os, como lança ou como gládio, durante toda sua longa, brilhante e prestimosa vida de julgador. Mesmo afastado já da esperança sem temor, da mocidade; mas ignorando também o temor sem esperança dos que não têm mais futuro, acreditou sempre no poder da Lei e na majestade da Justiça.

Foi bem o tipo clássico do magistrado de carreira, que fez do hábito de julgar um sincero apostolado e só compreendeu o Direito como uma obrigação superior, pairando acima dos interesses e das paixões.

Nunca foi mero aplicador da lei; nem simples compulsador de ementários de jurisprudência; e, muito menos, um insensível aos dramas humanos que a realidade, surpreendentemente, suscita, alguns com aparência de insolúveis. Pelo contrário, timbrou sua fecunda caminhada com provas

incontroversas de penetrar no âmago da lei, subtraindo da norma sua essência de justiça, para conciliar o interesse público com as pretensões privadas das partes, não sacrificando o direito, nem sendo rigoroso ao extremo, nem tolerante em demasia; porque fez dos repositórios de julgados a bússola de suas convicções sobre o contexto social do momento, sem tornar-se subserviente com o fim escuso de aumentar a probabilidade de serem as sentenças mantidas, com um falso halo de prestígio, mesmo contrariando as verdadeiras ideias de seu subscritor não reveladas; sempre se despiu do aparato de autoridade intransigente que, de fato, nunca se impõe, embora possa ser temida, para revestir-se de autoridade branda, mas firme.

Proferiu decisões que ficaram assinaladas com a sua marca, pois, como refere Lourenzo Carnelli, nenhum julgador se despoja inteiramente de seus hábitos, inclinações e preferências, que gravitam em torno de suas decisões, sem que ele o queira ou saiba. Pode, se exercitar a centelha divina que Deus põe em sua mente, realizar a função criadora reclamada por Alberto V. Fernandez, advogado e professor argentino, do juiz, para quem as normas jurídicas gerais são esboços, incompletos objetos, obscuros e, às vezes, toscos, que o intérprete estuda, analisa e penetra com toda a ciência ao seu alcance.

O pragmatismo de sua longa formação de juiz pareceu, quicá, formalista... Mas esse formalismo traduzia a pureza de seus métodos de

jurista clínico, que tanto valorizava a perfeição do diagnóstico quanto enfatizava a adequação, a cada mal específico, da terapêutica própria. No mais, mesmo em questões de índole formal, foi benevolente e tolerante, trazendo aos textos rígidos e frios o abrandamento que sua inclinação temperamental impunha. Do juiz profissional, justamente envaidecido de sua carreira e da missão augusta que desveladamente cumpriu; do juiz liberal em quem a ânsia de fazer justiça às partes tornava reparador intransigente das violações à liberdade, não só dos probos e dos justos, mas de todos, sem discriminações nem fronteiras outras que as da lei; do juiz exato na transigência, generoso na severidade, humano na disciplina – de um juiz assim dotado pode se dizer que nasceu para a mais alta Corte de Justiça, indo nela encontrar a mesma atmosfera que seu modo de ser desde sempre respirara.

[...]

No grande volume que é a vida de S. Ex^a. a sua atuação como juiz ficará assinalada entre duas folhas: a longínqua e modesta pretoria de Herval do Sul e a recente e magnífica presidência da Corte Suprema; mas, ao contrário da flor esmaecida que, para lembrança de alguém, se conserva entre as páginas de um livro, seu exemplo não perderá o viço na memória de seus contemporâneos

e servirá de modelo para os porvindouros.”²⁶

A morte alcançou-o em 16.04.2001, aos 90 anos de idade.

Em 15.08.2001, o Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul conferiu-lhe a Comenda Honorífica “Magistrado Exemplar” *post mortem*, num público reconhecimento aos seus elevados méritos como juiz e jurista.

No decorrer de quase meio século, repetindo Bento de Faria, o Ministro Carlos Thompson Flores distribuiu justiça sem os excessos da mediocridade exibicionista, praticou o bem sem alardes; elevou o conceito de nossa Pátria, honrou a sua toga, impôs-se ao respeito e admiração dos seus pares e jurisdicionados, avassalou os corações de quantos serviram ao seu lado e sobretudo os dos que continuarão a fruir o proveito dos seus ensinamentos.

Nos merecidos aplausos que rodeiam a longa trajetória do Ministro Carlos Thompson Flores, resplandece a qualidade mestra de todo homem marcante: a fidelidade a si mesmo, à sua vocação e aos seus ideais de justiça. Foi nesse nobre sentimento que acumulou forças para contrariar os poderosos, para amparar os fracos, para desprezar a momentânea e falsa

26 In: *Revista Estudos Jurídicos*, v. XI, nº 32, ano 1981, p. 102/3.

opinião das multidões e para servir o interesse superior da Justiça.

Afirmou um magistrado francês que “c’est mal définir la grandeur du magistrat, que de ne la faire connaître que par son pouvoir. Son autorité peut commencer ce tableau, mais sa vertu seule peut l’achever. C’est elle qui nous fait voir en lui l’esprit de la loi et l’âme de la justice; ou plutôt il est, si l’on peut parler ainsi, le supplément de l’une et la perfection de l’autre. Il joint à la loi, souvent trop générale, le discernement des cas particuliers; il ajoute à la justice cette équité supérieure sans laquelle la dureté de la lettre n’a souvent qu’une rigueur qui tue, et l’excès de la justice devient quelquefois l’excès de l’iniquité”.²⁷ Nenhuma sentença literária seria mais apropriada de esclarecer a magistratura de Carlos Thompson Flores como essa de D’Aguesseau, ao revelar o segredo

da projeção de sua jurisprudência que se prolongará pelo tempo afora, pois soube marcar acima dos interesses dos homens e das contingências do momento para representar o mais puro ideal da Justiça, como aquele expresso por Bossuet em presença de Luiz XIV, *verbis*:

“Deve ela – a justiça – ser presa a regras. Inegável em sua conduta, conhecendo o verdadeiro e o falso nos fatos que expõe. Deve ser ainda cega em sua aplicação. Sobretudo, deve ser branda algumas vezes, dando lugar à indulgência. Finalmente, a Justiça é insuportável nos seus rigores. A constância a fortalece nas regras; a prudência a esclarece nos fatos; a bondade lhe faz compreender as misérias e as fraquezas. Assim, a primeira a sustenta; a segunda, a aplica; a terceira, a tempera. Todas as três virtudes a tornam perfeita e a completam por seu concurso”.²⁸

Virtus praestat ceteris rebus.

27 In: *Oeuvres Choieses Du Chancelier D’Aguesseau*, Librairie de Firmin Didot Frères, Paris, 1863, p. 108.

28 In: *Oeuvres de Bossuet*, Firmin Didot Frères, Paris, 1862, t. I, p. 421.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PRESSUPOSTOS. DIREITO REAL DE PREFERÊNCIA. ESTATUTO DA TERRA. ATO JURÍDICO PERFEITO.

Carlos Thompson Flores

APRESENTAÇÃO

O presente parecer foi emitido pelo meu saudoso avô, o Ministro Carlos Thompson Flores, em 1983, versando os pressupostos dos embargos de divergência e do direito real de preferência previsto no Estatuto da Terra.

Quando de sua morte, em 2001, deparei-me com cerca de 40 pareceres por ele proferidos após a sua aposentadoria no STF, em janeiro de 1981, e, entre eles, o parecer ora publicado na Revista desta Faculdade de Direito.

Com efeito, o parecer examina a torturante questão do direito real de preferência previsto no art. 92, § 4º, do Estatuto da Terra, bem como a

doutrina ali referida e a sua projeção na jurisprudência, pois, como bem lembrou Henri Capitant, “Les décisions de jurisprudence doivent remplir le même rôle que les gravures et dessins explicatifs dans le livres de science. Elles mettront l’étudiant en contact avec la vie juridique. Elles augmenteront, croyons-nous, l’intérêt qu’il peut trouver à l’étude du droit théorique, enfin elles l’habitueront à lire et à comprendre les jugements.” (*In: Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Civile*, 3. edição, Dalloz, Paris, 1950, p. viii).

Carlos Eduardo Thompson
Flores Lenz

Des. Federal do TRF da 4ª Região

PARECER

I

BREVE EXPOSIÇÃO DOS FATOS

1. Para o devido exame das questões de direito suscitadas pelos consulentes, impõe-se uma visão exata dos fatos. Faço-o, ainda que de forma sumária, não à vista dos autos, mas através de xerocópias de peças deles extraídas, referentes todas à ação de preferência que lhes foi movida.

2. Ei-los. Em 08 de março de 1961, mediante contrato escrito, Angel Arteaga Hormaeche e sua mulher, Elmira de Arteaga, arrendaram a Pedro Crivellaro Deon, pelo prazo de quatro anos, a findar em 01 de maio de 1965, o imóvel rural de sua propriedade, sito no primitivo município de General Vargas, hoje São Vicente do Sul, neste Estado.

3. Em 22 de janeiro de 1964, faleceu o arrendatário. E, na forma disposta no contrato, cláusula 6^a, prosseguiu a locação com seus sucessores, sub-rogados nos direitos e obrigações do falecido, tendo eles pago o restante do preço da locação, até findar o prazo.

4. Em princípios daquele ano, 1964, veio, também, a falecer o arrendante varão. Todavia, ainda por força do citado contrato, mantido ainda ficou o arrendamento, com os sucessores, viúva e filhos, todos maiores e capazes.

5. A 11 de março de 1964, no curso do inventário, os dois únicos herdeiros, Carlos Vicente e José Angel de Arteaga Brum, por instrumento particular, sem cláusula de arrependimento, prometeram vender o imóvel objeto do arrendamento mencionado, e que dizem lhes coube na partilha, por falecimento de seu pai (fl. 38), a Gentil Nelsis e Nilo Arno Segabinazzi e Eliseu José Mezzomo. Nele convencionado ficou o pagamento parcelado do preço, sendo Cr\$ 3.000.000,00 no ato, Cr\$ 4.000.000,00 a sessenta dias, mais Cr\$ 20.000.000,00 a 01 de setembro de 1964 e o saldo de Cr\$ 10.000.000,00, todos cruzeiros antigos, a 01 de setembro de 1965. O instrumento, posto que particular, como antes ficou referido, foi assinado pelos contratantes, pessoalmente, subscrito por duas testemunhas, e reconhecidas todas as firmas por tabelião, em 10 de junho de 1964, não sendo, todavia, inscrito no Registro Público.

6. Em 23 de dezembro de 1964, a viúva, inventariante e mãe dos promitentes vendedores, outorgou aos promitentes compradores escritura definitiva de metade das terras prometidas e pelo preço quitado de Cr\$ 17.764.000,00. A escritura foi transcrita no Registro de Imóveis, não se precisando a data na certidão expedida em 22 de abril de 1965 (fl. 10).

II

DO PROCEDIMENTO JUDICIAL

1. Em 27 de maio de 1965, ingressaram os arrendatários, perante o Dr. Juiz de Direito da Comarca da situação do imóvel arrendado, com uma “ação de preferência”, fundada no art. 92, § 4º, da Lei nº 4.504, de 30-11-1964.

Contestada, a termo, sentenciou o magistrado, desprezando as prejudiciais suscitadas e acolhendo o pedido. Apelaram os vencidos e com parcial sucesso, eis que o Egrégio Tribunal de Justiça, por sua 1ª Câmara Cível, em acórdão unânime de 05-7-1966, anulou o processo, a partir da citação inicial. Sua ementa (fl. 104) dispõe:

“Ação de preferência, com fundamento no art. 313 do C. de P. Civil, combinado com o art. 92, § 4º, da Lei 4.504, de 30-11-64. Preferência assegurada pelo Estatuto da Terra ao arrendatário. Nulo o processo, por dele não haver participado, como parte, o proprietário e arrendante do imóvel.”

Manifestado recurso extraordinário, dele não conheceu o Egrégio Supremo Tribunal Federal, em acórdão unânime da Colenda 2ª Turma, portador da seguinte ementa (fl. 157):

“Estatuto da Terra. Inaplicabilidade. Invocação de Lei Federal que rege matéria diferente. Dissídio em que

se traz à colação julgado relativo a hipótese diferente.

Recurso extraordinário não conhecido.”

2. Baixados os autos, cumpridas as decisões, novamente proferiu sentença o Dr. Juiz *a quo*, rejeitando as prefaciais e dando pela procedência da ação (fls. 221/6). Na via da apelação não tiveram sucesso os réus apelantes, dado que o Colendo Tribunal de Justiça manteve o julgado.

Diz a ementa do acórdão unânime da 1ª Câmara Cível Especial (fl. 261):

“AÇÃO DE PREFERÊNCIA.

Preliminares de decadência e carência da ação, rejeitadas, relegada a apreciação conjunta com o mérito quanto à preliminar de obrigação da interferência do Órgão do Ministério Público. Ação movida por herdeiros dos arrendatários de área rural.

Aplicação do Estatuto da Terra, art. 92, §§ 3º e 4º (Lei 4.504, de 30-11-64).

A menção do pagamento do imposto de transmissão foi feita pela sentença como lembrete à efetivação da adjudicação junto ao Registro de Imóveis.

Sentença confirmada.”

3. Interpuseram os demandados, vencidos, recurso extraordinário. Foi ele admitido pelo eminente Ministro Soares Muñoz, então Presidente do

Egrégio Tribunal de Justiça, em longo e fundamentado despacho.

Distribuído no S.T.F., foi apreciado pela Egrégia 2ª Turma, e resultou conhecido e provido, em acórdão de 18-5-1979.

Prevaleceu o voto do eminente Ministro Moreira Alves, após seu pedido de vista. Foi ele acompanhado pelos votos dos eminentes Ministros Djaci Falcão, presidente, e Leitão de Abreu. Ficou vencido o eminente Ministro Décio Miranda, relator sorteado, o qual não conhecia do recurso, não tendo votado o eminente Ministro Cordeiro Guerra.

Tomou o acórdão a seguinte ementa (fl. 526):

“Direito de preferência de arrendatário de imóvel rural vendido a terceiros.

Inexistência desse direito, uma vez que, no caso, a compra e venda decorreu de promessa celebrada anteriormente ao advento da Lei que criou a preferência.

Em face do § 3º do art. 153 da Constituição, que não faz qualquer distinção em matéria de ato jurídico perfeito e de direito adquirido, é indubitável que o contrato válido entre as partes é ato jurídico perfeito, dele decorrendo, para ambas as partes, direitos adquiridos. Se lei posterior cria para terceiro direito sobre o objeto do contrato e oponível a ambas as partes contratantes, não pode ela, sob pena de alcançar

o ato jurídico perfeito e o direito adquirido entre as partes, ser aplicada a contratos validamente celebrados antes de sua vigência. Para esse efeito, pouco importa que o contrato, quando celebrado, tivesse, ou não, sido inscrito em registro público para ser, ou não, eficaz perante terceiros. Recurso extraordinário conhecido e provido.”

4. Inconformados, a tempo, opuseram os autores, vencidos, embargos de divergência. Sustentam, em longa petição, que o acórdão embargado está em divergência com outros da mesma Corte, proveniente das Turmas 1ª ou 2ª, mas com diversa composição. Propugnam, pois, o conhecimento e recebimento dos embargos, para que prevaleça a tese do voto vencido proferido na decisão embargada.

Impugnados ditos embargos, ouvida a douta Procuradoria-Geral da República, opinou favoravelmente à pretensão dos embargantes, em parecer da lavra do ilustre Procurador João B. de Oliveira Itapary, aprovado pelo eminente Procurador-Geral da República, Prof. Inocêncio M. Coelho.

6. A essa altura da lide, é que os embargados postulam parecer, formulando várias questões suscetíveis de serem objeto do julgamento iminente.

É o que passo a examinar.

III DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA E SUA APRECIÇÃO

A) Da prejudicial de não conhecimento

1. É lição elementar e corrente que os embargos de divergência no Supremo Tribunal Federal guardam nítida analogia com o recurso de revista, do Direito Processual anterior, perante os Tribunais de Segunda Instância. Sua finalidade precípua é a uniformização da jurisprudência interna das respectivas Cortes, na interpretação, em tese, do direito federal.

São eles, os embargos, uma complementação do que determina a Constituição (art. 119, III, “d”), cujo pressuposto é fazer prevalecer, através do recurso extraordinário, em todo o território nacional, uma única e só exegese do citado direito.

2. Estatui o Regimento do Supremo os casos nos quais se tornam cabíveis ditos embargos, ao mesmo passo que, disciplinando o seu processamento, precisa a forma pela qual deve o embargante comprovar a divergência por ele arguida (art. 309 e seu § 1º), o qual, reportando-se ao art. 305, dispõe, em sua segunda parte:

“... com a transcrição dos trechos que configurem o dissídio, mencionadas as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.”

Idênticas são as disposições do Regimento ora vigente (arts. 330 e 331). E assim já dispunha a Súmula, verbete 290, harmônico com o 291. Salientando o sentido da divergência, diz, com precisão, o Ministro Moreira Alves, ao votar no RE nº 88.040, de São Paulo, 2ª Turma, em 25-10-1977 (RTJ, 88/333):

“... Não, porém, para configurar divergência para a qual é mister que as teses sustentadas nos acórdãos confrontados sejam substancialmente opostas entre si, e não simplesmente divergentes ou por tratarem de premissas de fato diversas.”

3. Para comprovar o dissídio invocado, indicou o nobre patrono dos embargantes quatro decisões. Deu proeminência às duas primeiras, mencionando as duas últimas, ao que parece, como reforço (fls. 418 e segs.).

4. Vejam-se os destaques introduzidos de cada uma, para sua necessária análise.

Da primeira (RE nº 60.035, do Pará, de 28-3-67, da primitiva 2ª Turma, Relator o saudoso Ministro Hahneemann Guimarães, equivocadamente indicado como de publicação na RT, 41/425, mas que se encontra na RTJ, 41/425), diz a transcrição do relatório (fl. 448):

“A 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça confirmou a sentença

apelada, que julgou procedente a ação cominatória, a fim de assegurar-se ao autor o direito de preferência na venda do imóvel, a qual estaria iminente, sem que o proprietário lho comunicasse (fl. 109). A sentença rejeitou a alegação do réu que era promitente comprador do imóvel por ato anterior à lei. Considerou o acórdão ineficaz, no caso, o compromisso que não fora contraído por escritura pública, nos termos do art. 134, II, do C. Civ., pois a promessa de venda é considerada autêntico direito real, nos termos do art. 22 do DL 58, de 10-12-37.”

E do voto:

“Não se contrariou o DL 58, art. 22, nem ocorre dissídio de jurisprudência.”

Da segunda (RE nº 58.073, de Pernambuco, de 20-4-65, 1ª Turma, Relator o saudoso Ministro Cândido Mota, *in* RTJ, 32/708), deduziu (fl. 449):

“O voto vencido (...) não podia realmente vingar, quando se insurge, com apoio no princípio do art. 141, § 3º, da Constituição, porque não há, no caso, vislumbre de direito adquirido, de ato jurídico perfeito ou da coisa julgada.

A promessa de compra e venda foi (...) registrada (...) antes (...) da vigência da L. nº 3.912, revestida de todas as formalidades legais, feita por escritura pública. Assim não havia no tempo de sua lavratura ou registro qualquer lei brasileira de preferência.”

Da terceira (RE nº 79.305, do Paraná, 1ª Turma, de 05-11-74, Relator o eminente Ministro Osvaldo Trigueiro, *in* RTJ, 71/601), destacou (fl. 450):

“O outro fundamento do recurso é o de que a dívida questionada foi constituída posteriormente ao ato anulado pelo acórdão recorrido. Mas a isso se objeta que o ato impugnado não foi a promessa de venda, mas a escritura definitiva, que foi lavrada em data ulterior. Também aí não há contrariedade à letra de Lei Federal [...]”.

Por fim, o quarto e último dos padrões (RE nº 71.983, de São Paulo, 1ª Turma, de 10-12-71, Relator o saudoso Ministro Barros Monteiro, *in* RTJ, 60/531), transcreveu (fl. 451):

“1) As empresas sujeitas ao regime da L. 3.807/60 não podem alienar imóveis sem a prova de quitação das obrigações de Previdência Social.

2) O fato jurígeno é a alienação, sendo que a existência de compromisso anterior, mesmo irrevogável e quitado, não isenta da obrigação.

3) Recurso extraordinário conhecido e provido, a fim de ser cassada a segurança deferida na instância ordinária.”

5. Penso que, apesar de todo o esforço do ilustre causídico, não resultou comprovada a divergência proposta, máxime, nos termos impostos pelo Regimento, entre o aresto embar-

gado e os paradigmas citados, através das transcrições procedidas.

6. Com efeito.

Qual a tese central e decisiva que orientou o julgado ora embargado? Aquela que se insculpiu em sua ementa, com absoluta fidelidade ao decisório. Já foi ela transcrita, mas convém repeti-la, *verbis* (fl. 526):

“Direito de preferência de arrendatário de imóvel rural vendido a terceiros.

– Inexistência desse direito, uma vez que, no caso, a compra e venda decorreu de promessa celebrada anteriormente ao advento da lei que criou a preferência.

– Em face do § 3º do art. 153 da Constituição, que não faz qualquer distinção em matéria de ato jurídico perfeito e de direito adquirido, é indubitável que o contrato válido entre as partes é ato jurídico perfeito, dele decorrendo, para uma ou para ambas, direitos adquiridos. Se lei posterior cria para terceiro direito sobre o objeto do contrato e oponível a ambas as partes contratantes, não pode ela, sob pena de alcançar o ato jurídico perfeito e o direito adquirido entre as partes, ser aplicada a contratos validamente celebrados antes de sua vigência. Para esse efeito, pouco importa que o contrato, quando celebrado, tivesse, ou não, sido inscrito em registro público para ser, ou não, eficaz perante terceiros.

Recurso extraordinário conhecido e provido.”

Com a vênia devida, nenhum dos padrões indicados, com iguais ou análogas premissas, decidiu diferentemente.

De fato.

O primeiro, pelo seu laconismo, sequer proporciona a exata compreensão da espécie julgada e o motivo pelo qual o recurso não foi conhecido. Ignora-se que lei teria assegurado a preferência, e posterior ao compromisso de venda, a qual sobre ele prevalecera. Fora considerada ineficaz porque emergente de instrumento particular, ou porque não inscrito no registro público. Ademais, teria sido ele outorgado antes ou depois da Lei nº 649, de 11-3-1949. O acórdão, através do relatório transcrito, não o esclarece; e o voto, pelo seu laconismo, muito menos; cinge-se em afirmar que não ocorreu “contrariedade” do art. 22 do DL 58, sem precisar o motivo.

Não oferece, pois, qualquer préstimo, já sob o aspecto formal porque é imprestável para qualquer confronto. Todavia, quando assim não ocorresse e admitindo que a preferência se fundasse na Lei nº 3.912/61 (art. 9º), como suposto direito real, prevalente ao compromisso anterior, por instrumento particular e não inscrito, ainda assim a suposta dissonância se ofereceria inócua face ao disposto no verbete 488 da Súmula que reconheceu ser ele pessoal. Incidiria, assim, o art. 309, § 3º, do

Regimento, vigente à época, como já dispunha a citada Súmula 247. Essa argumentação é, entretanto, hipotética e teria valia se o acórdão embargado tivesse enfrentado o tema do direito de preferência da Lei nº 4.504/64 como real, o que não sucedeu.

Igual sorte é de se atribuir ao segundo dos paradigmas indicados. A tese de direito transitório nele versada residuiu no fato de, quando entrou em vigor a Lei nº 3912/61, que assegurou a preferência ao locatário, preexistia o contrato do compromisso de venda do imóvel locado, não só outorgado por escritura pública, mas também já transcrito.

Para admitir o dissenso seria mister que o padrão reconhecesse que, se a promessa fosse por instrumento particular e não inscrita, sobre ela prevaleceria a citada lei criadora da preferência, o que também não aconteceu.

Identicamente, ocorre com o terceiro padrão. Nele não se versou qualquer questão de direito intertemporal; apenas se deu primazia à escritura definitiva de transmissão a compromisso de venda anterior. Sequer se sabe dos requisitos do compromisso anterior à alienação para que àquela se desse eficácia, anulando-se-a através da ação pauliana.

A derradeiro, o quarto e último dos paradigmas também não ajuda os embargantes.

Limitou-se a petição a transcrever a ementa do decisório, como atrás ficou consignado. É sabido, ela, por si, não o integra, e somente tem valor quando compreende a fundamentação do julgado. Acontece, porém, que um dos motivos da decisão ali não aparece; consta do voto do relator e foi extraído do despacho que admitiu o recurso extraordinário. E, para comprová-lo, impende que se transcreva o tópico referido. Diz ele (RTJ, 60/532), *verbis*:

“...Em semelhante hipótese, não se tem em vista dívidas decorrentes ou relacionadas com o imóvel, objeto do negócio. O de que a lei cuida é a situação do vendedor, como segurado da Previdência Social, sendo natural, pois, que, no ato da escritura definitiva ou noutro momento após a promessa, se lhe possa indagar sobre o pagamento das contribuições, cuja fluência o contrato preliminar não suspendeu.”

É o suficiente para mostrar que, formalmente, a indicação e a transcrição procedidas pelos embargantes não satisfazem; e, mais, quando se pretenda cotejá-las com o aresto embargado, apura-se a dissemelhança dos casos confrontados. Não ocorre entre eles os atributos de analogia ou similitude impostos pelo Regimento.

7. Inobstante, admitindo os embargantes que provada estava a divergência pretoriana, condição

primeira para o conhecimento dos embargos (fl. 451, nºs 29 e segs.), passaram a examinar o mérito da relação jurídica em discussão, aplicando o citado Regimento, então imperante (art. 313, parág. único, atual art. 336, parág. único).

É certo que, nesse exame, invocaram julgados do Supremo Tribunal Federal. Mas, como se verifica da fundamentação deduzida, não procuraram com eles fazer qualquer confronto, visando a demonstrar sua discrepância com o aresto embargado. Antes, cuidaram, apenas, de discutir o mérito da questão federal em exame, deles se servindo.

8. Diferentemente procedeu a douta Procuradoria-Geral da República em seu parecer.

Quem o lê, ao menos nas suas primeiras folhas, colhe a impressão de que está opinando em embargos infringentes e não sobre embargos de divergência, como é o caso.

Todavia, a partir da fl. 8, nº 10, passa a considerar que a petição de embargos, à altura de seus nºs. 42 a 47, cujo conteúdo transcreve, propõe-se testemunhar o dissídio entre o aresto embargado e os padrões que indica.

Não é, *data venia*, o que se extrai da petição em questão, pois, quando assim o faz, já estava cuidando do merecimento, como antes ficou considerado.

9. Entretanto, admitindo, e só para argumentar, que os destaques

transcritos no parecer visavam a comprovar o dissídio jurisprudencial, considero que tal escopo ainda não foi alcançado.

Dois foram os padrões indicados: os R.R.E.E. nºs. 52.889 e 13.386, ambos da 2ª Turma, com a primitiva composição. Datam eles de 10-9-63 e 05-5-50, respectivamente, tendo como relatores os eminentes Ministros Victor Nunes e Orozimbo Nonato.

O número do primeiro é 52.899 e não como foi indicado. Mas prejuízo não houve, porque a petição de embargos se fez acompanhar de cópia integral do julgado. Demais, está ele inserto na RTJ, 30/442-4.

O fragmento dele destacado foi o seguinte (fl. 455):

“A venda, com divisas determinadas, de quinhão hereditário, objeto de partilha definitiva, mesmo quando efetuada sem audiência do meeiro ou de outros herdeiros, não é anulável, devendo ser considerada condicional” (C. Civil, arts. 623, III, e 1.139, c/c 1.580).

Do segundo (*in* RF, 132/418), o destaque é este (fl. 456):

“É certo que, na pendência de condição suspensiva, a *obligatio* não se torna exigível *nihil interim debetur*. A condição suspensiva impede, antes de seu implemento, que o ato desvele sua eficácia (vede Espínola, *in Manual Lacerda*, vol. III, parte 2ª, p. 294).

Como disse Coviello, il negozio esiste anche prima s'avveri la condizione, ma la sua efficacia rimane sospesa" (Man. di Dir. Civ., § 134, p. 426). O que então ocorre é uma expectativa, posto que qualificada, de direito, que se adquirirá com o seu implemento."

10. Penso que, ainda aqui, não resultou caracterizada a divergência exigida, apesar da habilidosa argumentação do nobre procurador dos embargantes.

Realmente, os paradigmas indicados, com os destaques antes transcritos, não evidenciam a semelhança ou analogia com a espécie apreciada no acórdão embargado.

Do primeiro dos julgados, cingiu-se a petição de embargos à transcrição parcial da ementa. Como antes já ficou acentuado, não integra ela o corpo do decisório, e, no caso, dela não se extrai qualquer correlação com a do aresto impugnado.

Neste, os dois únicos herdeiros filhos prometeram vender aos embargados parte certa do imóvel herdado e cujo inventário ainda não findara (fls. 38/39), o qual veio a ser, a seu tempo, alienado por sua mãe, meeira. E o acórdão considerou dito compromisso obrigação de fazer, válida entre as partes, como ato jurídico perfeito, dele decorrendo, para ambos, direitos adquiridos.

No padrão, contudo, a venda feita pelos herdeiros, de porção certa, em

inventário findo, resultou anulada, em ação proposta pela viúva-meeira, porque o imóvel vendido era indivisível, incidindo, pois, o art. 1139 do C. Civil, posto que admitisse, em tese, que a venda seria condicional, quando fosse ela *pro indiviso*, o que não teria ocorrido. Foi por isso que o recurso não prosperou, como opinara a Procuradoria-Geral da República, e não por via de fundamento outro.

O paradigma seguinte cuida de negócio condicional, fazendo aplicação do art. 118 do C. Civil.

Poderia ter ele algum préstimo caso o compromisso de venda contivesse condição suspensiva. Para considerá-la seria necessário que fosse expressa, o que não ocorre, pois, segundo a boa doutrina, dita condição não se presume.

Teria, ainda, dito paradigma, alguma valia caso se tivesse aceito como comprovada a discrepância com o padrão anterior que a reconheceu, o que, também, não aconteceu.

11. Resta considerar os dois julgados indicados na petição de embargos e ainda não apreciados. Refiro-me aos RE nº 53.684 e RE nº 61.923.

12. Do primeiro, da primitiva 1ª Turma, de São Paulo, datado de 03-3-63, Rel. o Min. Victor Nunes, in RTJ, 30/375, nenhum destaque foi feito. Os embargantes o invocaram porque considerou-se ele o locatário com direito real de preferência,

fundado no art. 9º da Lei nº 3.912/61, e, dessa afirmativa, concluir a igualdade de situação para o arrendatário do imóvel rural, fundado no art. 92, § 4º, da Lei nº 4.504/64.

É certo, pois, que não visaram eles, embargantes, a fazer qualquer cotejo com o aresto embargado, e, assim, pretender comprovar o dissídio.

Demais, aquele direito que o julgado referido considerou real não prevaleceu na jurisprudência do S.T.F., como se vê do verbete 488 da Súmula, antes citado, o que tornaria sem qualquer proveito para os arguintes o acórdão citado.

13. Do segundo (RE nº 61.923, de São Paulo, da primitiva 2ª Turma, datado de 11-3-71, *in* RTJ, 57/549 e segs., Relator o eminente Ministro Eloi da Rocha), o fragmento transcrito foi o seguinte (fl. 452):

“Não se confundem, em princípio, compra e venda e promessa. Pode equiparar-se à venda, para esse efeito, a promessa com os requisitos do art. 22 do DL 58, de 10-12-37, com a redação da L. 649, de 11-3-49, mormente quando o preço houver sido integralmente pago no ato. Mas a equiparação não será considerada antes da inscrição da promessa.”

Sua invocação se fez, ao ser versado o mérito dos embargos e sem preocupação de qualquer cotejo ou análise com o aresto embargado, o que evidencia, mais uma vez, não

visarem os embargantes, com ele, a comprovar qualquer divergência com o julgado embargado.

O que se extrai é que pretenderam comprovar que o direito de preferência, inserto no Estatuto da Terra (Lei nº 4.504/64, art. 92, § 4º), tem eficácia real. Mas o decisório nem cuidou do Estatuto da Terra nem afirmou que o direito de preferência, a que se refere o art. 1139, 2ª parte, do C. Civ., goze desse alcance. Limitou-se a examinar do momento, a partir do qual deve fluir o prazo de decadência ali previsto, como se nota, não só da transcrição extraída da ementa, mas do longo voto do eminente relator (v. cit., p. 553).

14. Em conclusão, do exame a que se procedeu dos oito padrões indicados pelos embargantes, evidencia-se que a divergência que se propuseram demonstrar, como lhes impendia, e como condição primeira para o conhecimento dos embargos, após o exame da sua tempestividade, não ocorreu, o que autoriza inferir, seguramente, que os embargos não merecem conhecidos, como, em verdade, se espera.

15. Caso, porém, o Egrégio Plenário assim não o entenda, impõe-se o exame do mérito. É o que, em seguimento, se passa a fazer.

B) Do mérito dos embargos

1. O acórdão embargado conheceu e proveu o recurso extraordinário

manifestado pelos embargados, julgando improcedente a ação de preferência contra eles intentada.

Fê-lo porque considerou que o aresto recorrido, do Egrégio Tribunal de Justiça, por sua 1ª Câmara Cível Especial, contrariara o § 3º do art. 153 da Constituição – ato jurídico perfeito e direito adquirido – ao negar a existência daquele direito sustentado pelos ora embargados, como já reconheceu o despacho do eminente Ministro Soares Muñoz, então Presidente daquele Tribunal.

Por isso, consignou em sua fiel e expressiva ementa, transcrita inicialmente, mas que convém repetir:

“Direito de preferência de arrendatário de imóvel rural vendido a terceiros.

Inexistência desse direito, uma vez que, no caso, a compra e venda decorreu de promessa celebrada anteriormente ao advento da lei que criou a preferência.

Em face do § 3º do art. 153 da Constituição, que não faz qualquer distinção em matéria de ato jurídico perfeito e direito adquirido, é indubitável que o contrato válido entre as partes é ato jurídico perfeito, dele decorrendo, para uma ou para ambas, direitos adquiridos. Se lei posterior cria para terceiro direito sobre o objeto do contrato e oponível a ambas as partes contratantes, não pode ela, sob pena de alcançar o ato jurídico perfeito e o direito adquirido entre as partes, ser aplicada

a contratos validamente celebrados antes de sua vigência. Para esse efeito, pouco importa que o contrato, quando celebrado, tivesse, ou não, sido inscrito em registro público para ser, ou não, eficaz perante terceiros.

Recurso extraordinário conhecido e provido.”

2. Penso que o acórdão é de ser mantido, e por seus próprios, jurídicos e convincentes fundamentos, proporcionando, pois, a rejeição dos embargos.

3. Todavia, visando a sua cassação, opõem-lhe os embargantes as seguintes objeções:

a) que a promessa de venda, firmada por instrumento particular, não inscrita no registro público, não vale com respeito aos embargantes, arrendatários do imóvel, os quais são terceiros;

b) que, sendo eles arrendatários titulares de direito real de preferência, para eles não prevalece o compromisso de venda que geraria, apenas, direitos pessoais entre os contratantes;

c) que, na promessa de venda, firmada em 1963, figuraram, como promitentes vendedores, os dois filhos do arrendante varão falecido, sendo o objeto “[...] terra que lhes coube na partilha, por falecimento de seu pai, [...] cujo inventário se está procedendo no Foro de Livramento” (fls. 38-9);

entretanto, a escritura pública de alienação da metade do imóvel em questão foi passada, por sua mãe, em 25-12-1964, não precisando os autos se como meeira ou inventariante (fl. 13);

d) que dita promessa, versando sobre coisa determinada ainda indivisa, constitui negócio jurídico não anulável, mas condicionado a que os bens prometidos venham a caber nos quinhões dos promitentes vendedores, o que não sucedeu; e

e) que, assim, na melhor das hipóteses, quando a venda se consumou, não através dos promitentes vendedores, mas de sua mãe, na data antes referida, é que o negócio prometido se tornou eficaz, nos termos do art. 118 do C. Civ.

E, como, a essa época, já estava em vigor a Lei nº 4.054/64, criadora do direito de preferência, sobre dito negócio passou, de logo, a incidir, com os efeitos nela previstos (art. 92, § 4º).

4. Considero que improcedem as citadas objeções.

Com efeito.

a) Quanto à primeira, o fato de emergir de instrumento particular o compromisso de venda, nada obsta sua validade, face ao disposto no art. 135 do C. Civ. e também do art. 22 do DL 58/37. Mesmo antes da redação

que lhe atribuiu a Lei nº 649/49, assim já se entendia, como se verifica do julgamento no RE nº 15.868-SP, de 19-12-49, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Gallotti, *in* Referência da Súmula do S.T.F., de Jardel Noronha e O. Martins, v. 21, p. 49-50.

De outra parte, a circunstância de não ter sido ele, compromisso, inscrito no registro público também, como aquele requisito, não arrebatava sua eficácia jurídica perante terceiros.

O aresto embargado bem as refutou, seja quando transcreveu o parecer emitido pelo Prof. Galeno de Lacerda (fls. 576-9), seja com o reforço e exemplo que lhe atribuiu, em seu voto vencedor, o eminente Relator designado (fl. 580).

A propósito, diz Serpa Lopes, arrimado a Giorgio (Obligazioni, VI, p. 61), ao conceituar o termo “terceiro” referindo-se à cessão de direitos (Trat. dos Registros Públicos, v. II, p. 58):

“A expressão “terceiros”, empregada no artigo supra (referia-se ao art. 135 do C. Civ.), indica quem quer que, não intervindo no ato da cessão, tenha direitos anteriores a intimação ou aceitação, que ficariam diminuídos ou obliterados, se a cessão tivesse eficácia em seu prejuízo do dia em que foi concluída.”

Esta, ademais, é a lição de Carvalho Santos (Cod. Civ. Bras. Interp., v. III, p. 162). No mesmo

sentido, o ensinamento de Planiol e Ripert (Trat. de Derecho Civil Francés, v. VII, nº 1484, p. 826).

Seria mister que, à época da lavratura do contrato de promessa de venda do imóvel arrendado, dispusessem os arrendatários, terceiros, sobre o direito de preferência na compra para invocar o prejuízo sofrido. Esse direito, porém, só adveio mais tarde, encontrando já uma situação jurídica definida, a qual, ao se integrar, não lhe originou qualquer atentado a seu direito, menos o de preferência, porque, então, inexistente.

b) Quanto à segunda objeção, também não prevalece. Em princípio, porque a Lei nº 4.504/64, que criou a preferência, não incide. Mas, quando o fizesse, não a teria atribuído, em seu art. 92, § 4º, eficácia real. Não o fez expressamente nem de seus dispositivos autorizou inferir de sua existência. E, como é sabido, os direitos reais não se presumem.

Ademais, a preferência em comentário apresenta nítida semelhança com aquela prevista no art. 9º da Lei nº 3.912/61, à qual não se emprestou o alcance de direito real. É o que se lê na Súmula, verbete 488.

Mas, quando viesse a ser considerada de eficácia real, o que se faz apenas para argumentar, ainda assim não teria o mérito de afrontar o direito pessoal dos titulares da promessa de compra e venda, porque a encontraria sob o pálio da garantia constitucional prevista no § 3º do

art. 153 da Constituição, como ato jurídico perfeito, gerando direitos adquiridos, e, assim, intocáveis.

c) Quanto à terceira das oposições, ou seja, haver sido a escritura de venda outorgada pela mãe dos promitentes vendedores, também não é de se acolher, bastando se considerem os fundamentos deduzidos no decisório embargado.

Acrescento que o compromisso, firmado pelos herdeiros filhos, constituía obrigação de fazer, não contendo cláusula que lhes obrigasse a cumpri-la pessoalmente.

E, caso se viesse a considerar a mãe dos citados promitentes pessoa estranha, equiparável a terceiro, ainda assim, válido e eficaz era o cumprimento do contrato originário. É o que dispõe o art. 878, em harmonia com o art. 930, ambos do C. Civ.

d) Quanto às duas últimas contraditas, porque vinculadas, examino-as em conjunto.

Como as anteriores, igualmente, merecem desprezadas.

O acórdão embargado não as enfrentou expressamente porque não as suscitaram os ora embargantes. Fê-lo operando com o art. 622 do C. Civ., forte na lição de Pontes de Miranda (Trat. de Dir. Privado, v. 39, p. 26-7).

Considere-se que, se a compra e venda de bem alheio é válida e eficaz entre o vendedor e o comprador, como se deduz daquele artigo e sustenta Pontes de Miranda, como o fazem

outros doutores, com mais forte razão o será a promessa a non domino.

E cabe, ainda, acentuar que não estavam os promitentes vendedores firmando compromisso de bem alheio. O imóvel, objeto do contrato, era de seu domínio e posse, nos termos do art. 1572 do C. Civ., desde a morte do arrendatário varão, seu pai; e, por disposição expressa da lei (Cód. cit., art. 623, III), poderiam alienar a parte prometida, posto que ainda indivisa.

Não seria lógico, pois, pretender que tal compromisso, com as peculiaridades que apresenta, seja um negócio condicional, equiparável ao ato jurídico sujeito à condição suspensiva. É mister considerar que se dispuseram os compromitentes vendedores a alienar parte certa do imóvel que integrava o acervo hereditário, do qual dispunham o domínio e a posse, posto que indiviso. Se o fizessem, como ocorreu, ainda que através de sua mãe, cumpria-se a obrigação de fazer, prometida. Se não a executassem, sujeitavam-se às perdas e danos.

Evidencia-se, clara e precisamente, que o pacto promissória estava perfeito e acabado, gerando direitos e obrigações entre os pactuantes, independentemente de qualquer condição, de resto, nele inexistente, expressa ou sequer implicitamente admissível.

Quando, porém, se tratasse de compromisso, sujeito à condição suspensiva, como sustentam os

embargantes, o que se considera, apenas, *ad argumentandum tantum*, a satisfação da condição, ocorrida com a alienação do imóvel prometido, quando já em vigor a Lei nº 4.504/64, nenhum proveito lhes traria.

É que, segundo o disposto no art. 622, *in fine*, do C. Civ., os efeitos do cumprimento da condição suspensiva se teriam operado desde o momento do ato, ou seja, do compromisso, verificado em 11-3-1964, quando inexistia qualquer direito de preferência. Este só adveio com o Estatuto da Terra (Lei nº 4.504/64), vigente desde sua publicação no D.O., ocorrida em 30-11-1964.

Nem se pretenda que o aludido art. 622 não compreenda os bens imóveis, posto que se refira aos móveis. É que nenhum dispositivo legal existe em contrário, autorizando, pois, seja ele aplicado por analogia, tal como procedeu o Egrégio Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE nº 10.893-RJ, em 10-01-50, por sua primitiva 2ª Turma.

Do voto do saudoso Ministro Hahnemann Guimarães, cabe destacar:

“Assinalou V. Exa. (referia-se ao Relator), com muito propósito, que essa alienação pode prevalecer se o alienante, posteriormente, adquire o domínio, como se diz no mesmo art. 622:

“Mas se o adquirente estiver de boa fé, e o alienante adquirir depois o

domínio, considera-se revalidada a transferência e operado o efeito da tradição, desde o momento do seu ato.”

Como ressaltei, essa disposição pertence à alienação de coisas móveis, mas se presta a ser generalizada, aplicando-se a atos translativos, quer sejam da propriedade móvel, quer da propriedade imóvel (Arquivo Judiciário, 94, p. 211).”

5. Examinadas as objeções levantadas pelos embargantes, no que pertine ao mérito, como já fora feito, alusivamente, à divergência jurisprudencial, e até mesmo repetidamente, resta, apenas, apurar o que de tudo se considerou. É o que se passa a fazer, como segue.

IV

CONCLUSÕES FINAIS

1. Preliminarmente, dos embargos de divergência opostos pelos autores, vencidos no RE nº 85.049-RS, apreciado pela Egrégia 2ª Turma, em julgamento que findou em 18-5-79, não deve conhecer o Colendo Plenário do Supremo Tribunal Federal. É que, por maior que fosse o esforço do ilustre patrono dos embargantes, não logrou convencer sobre a divergência, na aplicação do direito federal, em tese, entre o aresto embargado e os padrões que trouxe à colação, nem formal nem materialmente, segundo as exigências do RI, vigente à época

do julgamento impugnado (art. 309, § 1º, c/c o art. 305), como se julga haver demonstrado.

2. Quando, porém, o Egrégio Plenário venha a desprezar aquela prejudicial, o que não se espera, e passe a julgar o mérito, confio em que os embargos serão rejeitados. É que, *data venia* do voto vencido do eminente Ministro Décio Miranda, a motivação do veredito embargado impõe-se por si própria. Demonstrou ele, inspirado nas melhores fontes de doutrina, que o julgado, então recorrido, contrariara, e de frente, o § 3º do art. 153 da Constituição, como já o fizera o bem lançado despacho do eminente Ministro Soares Muñoz, quando, na Presidência do Egrégio Tribunal de Justiça, admitiu o recurso extraordinário. Demais, as objeções suscitadas pelos embargantes não poderiam abalar os pilares nos quais se assentou o decisório embargado, como se considera haver também comprovado.

3. Isto posto, resta apenas responder ao questionário formulado pelos consulentes, o que se passa a fazer, pela forma concisa e precisa, como convém, dando-se, assim, como encerrado este parecer.

V

RESPOSTAS CONCLUSIVAS ÀS DÚVIDAS SUSCITADAS

1. Quanto à primeira, não. Os embargos de divergência não são

intempestivos. O acórdão embargado foi publicado no D.J. de 10-9-78, que circulou no dia imediato, pois, somente a partir de 17-3-80 é que passou a circular no dia de sua data (D.O.U. de 13-3-80, parte 1ª). Sendo de dez dias o prazo para esse recurso, nos termos do R.I., então em vigor (art. 311), contados, segundo o disposto no art. 184, combinado com o art. 236, ambos do C.P.C., terminaria a 27-9-78; opostos nesse dia, perante a Secretaria, segundo o carimbo apostado na petição (fl. 442), evidenciava-se sua tempestividade. Esta, ademais, é a forma de contagem dos prazos, assentada na jurisprudência do S.T.F. Além dos precedentes indicados pelos embargantes, na petição mencionada, outros e muitos confirmaram, após, esse entendimento (RTJ, 73/915; 79/474 e 90/503).

2. Quanto à segunda, sim. Procede, e por inteiro, a prejudicial arguida pelos embargados, na oposição oferecida. É que, como largamente ficou evidenciado neste parecer, não lograram os embargantes demonstrar a ocorrência de divergência na aplicação do direito federal entre o aresto embargado e os padrões apresentados, como o requer o aludido Regimento (art. 309, § 1º, c/c o art. 305). É de se acolher, dessarte,

a preliminar de não conhecimento dos embargos.

3. Quanto à terceira, sim. Acaso venha a ser desprezada a prefacial considerada na resposta anterior, o que não se espera, os embargos hão de merecer rejeição. E isto porque o aresto embargado, conhecendo e provendo o recurso extraordinário, fez pontual aplicação do direito federal, ao reconhecer que o julgado, então recorrido, contrariara o § 3º do art. 153 da Constituição, combinado com o art. 6º, §§ 1º e 2º, da L.I.C.C. (Lei nº 4.657/42), desprezando o ato jurídico perfeito, gerador de direitos adquiridos em prol dos ora embargados.

4. Quanto à quarta, sim. Contra o acórdão que vier a julgar os embargos, qualquer que seja o resultado, o único remédio cabível são os embargos de declaração (arts. 337 e segs. do Regimento vigente), não considerada a ação rescisória, que não é recurso no sentido processual.

É O PARECER.

Porto Alegre, 06 de junho de 1983.

CARLOS THOMPSON FLORES

Ministro aposentado e
ex-Presidente do STF

DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIO, REGRA E “NORMA-OBJETIVO”

Carlos Silveira Noronha*

GENERALIDADES CONCEITUAIS ENTRE DIREITO E ECONOMIA

Retroagem às primeiras manifestações do mundo científico as relações entre a Economia, como ciência explicativa, e o Direito, como ciência normativa, como de resto, a Economia e o Direito as têm com outras províncias do complexo científico.

Apar desses inter-relacionamentos de ordem geral, pode-se constatar que é a partir da transição do Estado liberal para o Estado social que o fenômeno econômico passou a interessar

sobremodo à ordem jurídica, ou, mais exatamente, tal interação desabrochou com maior vigor desde o momento em que o Direito cogitou de regulamentar a atividade econômica.¹

Convergem os autores em afirmar que é com o advento do Estado social, cujos albores na ordem política começam a se projetar no início do século XX, notadamente com as constituições mexicana de 1917 e a de Weimar de 1919, que surge nas Cartas Políticas uma parte especial chamada “Ordem Econômica e Social”. E, em tal sede, passaram as Constituições a conter um conjunto

* Professor titular da Faculdade de Direito da UFRGS, em nível de Pós-Graduação *stricto sensu* e da Faculdade de Direito das Faculdades Integradas São Judas Tadeu de Porto Alegre, em nível de graduação; Mestre e Doutor em Direito pela USP; Diretor da Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Diretor do Departamento de Direito Civil do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul; advogado em Porto Alegre.

1 SOUZA, Washington Pelusio Abbino de – *Direito Econômico*, p. 14, Edição F.B.D.E., Belo Horizonte, 1975.

de princípios e regras de organização da vida econômica, cujos conteúdos se afinam com os fins políticos do Estado. Exatamente nesse estágio de transformação do ente estatal, começa a oferecer-se campo propício para uma disciplina normativa moldada para regular a atividade econômica do Estado, que passou a denominar-se “Direito Econômico” e que paulatinamente conquista foros de cidadania através de proposições conceituais, enunciação de sua natureza, fixação de seu método e determinação do seu objeto.

Projeta-se, pois, tal disciplina jurídica, como uma iniciativa dualista resultante da síntese do liberalismo radical com a antítese do coletivismo extremado, segundo VIDIGAL² ou na versão de COMPARATO, para quem “o Direito deixa-se penetrar de conteúdo econômico, ao mesmo tempo em que a Economia torna-se sempre mais administrativa ou regulamentada, isto é, jurídica.”³

Antes de passar a uma conceituação do Direito Econômico, é mister se observe que essa disciplina jurídica abriga em seu conteúdo

a expressão de uma determinada ideologia que se encontra inscrita no texto das constituições e que assume a categoria de “norma-objetivo”, na versão de EROS GRAU.⁴

Assim, desponta tal disciplina normativa quando o papel do Estado se amplia para receber os influxos da atividade econômica, e isso se dá não mais como na visão marxista, que divisa no Direito simples reflexo da Economia, nem como ao sabor de uma visão kantiana-stammlerista, para a qual as duas disciplinas fundem-se em uma só unidade, sendo a primeira forma do conteúdo da segunda (v. EROS, *Elementos*, cit. p. 24), mas como predica REALE, para quem Economia e Direito submetem-se a um regime de recíproca complementaridade, mediante um processo de interação dialética constante, de modo a “não se poder afirmar que a primeira cause o segundo, ou que o Direito seja “roupagem ideológica de uma dada forma de produção”.⁵

O brado de autonomia do Direito Econômico já se faz ecoar no seio das ciências jurídicas, partindo os

2 VIDIGAL, Geraldo de Camargo, *Teoria Geral do Direito Econômico*, p. 17, Edição RT, 1977.

3 COMPARATO, Fábio Conder. O Indispensável Direito Econômico, In: *Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*, p. 458, Ed. RT, 1978.

4 GRAU, Eros Roberto. *Elementos de Direito Econômico*, p. 23, Ed. RT, 1981.

5 REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, p. 21, Ed. Saraiva, 1993.

doutrinadores, que desde alguns anos para cá o acolhem, para oferecer várias propostas de conceituação do mesmo Destarte, “Direito Econômico é a disciplina jurídica de atividades desenvolvidas nos mercados, visando a organizá-los sob a inspiração dominante do interesse social” (VIDIGAL, ob. cit. nº 41, p. 44). Para o Prof. WASHINGTON, “Direito Econômico é o ramo do Direito que tem por objeto a regulamentação da política econômica e por sujeito o agente que dela participe. Como tal, é um conjunto de normas de conteúdo econômico que assegura a defesa e a harmonia dos interesses individuais e coletivos definidos pela ideologia adotada na ordem jurídica. Para tanto, utiliza-se do princípio da economicidade” (ob. cit., p. 7). Por fim, o Professor EROS conceitua-o como “o sistema normativo voltado à ordenação do processo econômico, mediante a regulação, sob o ponto de vista macrojurídico, da atividade econômica, de sorte a definir uma disciplina destinada à efetivação da política econômica estatal” (ob. cit. p. 31).

Em tais conceitos, delineiam-se sinteticamente o objeto do Direito Econômico no complexo do Direito Positivo pátrio e o caráter diferenciado das normas que o regulam e o delimitam.

PRINCÍPIOS E REGRAS JURÍDICAS

O ordenamento jurídico estatal não é integrado exclusivamente por **regras jurídicas**. Outra categoria normativa desempenha papel preponderante e definitivo no processo de inteligência e aplicação do Direito: são os **princípios jurídicos ou princípios do Direito**, conceituados sinteticamente na visão de léxico francês, “como regras, palavras ou construções que servem de base ao Direito como fontes de sua criação, aplicação ou interpretação (JERZY WROBLEWSKI.⁶ Outro autor francês, de nomeada, coloca em relevo os princípios jurídicos nos seguintes termos: “Les principes empruntent une partie de leur majesté ou mystère que les entoure”.⁷

6 WROBLEWSKI, Jerzy. Dictionnaire Encyclopedique de Théorie et Sociologie du Droit, p. 317, *apud* EROS ROBERTO GRAU, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, nº 34, p. 95, 2ª Edição RT, 1991.

7 BOULANGER, Jean. Principes Généraux Du Droit et Droit Positif, In: *Droit Privé Français au Milieu du XX^e Siècle* (Etudes Offertes a Georges Ripert), LGDJ, Paris, 1950.

O mesmo J. BOULANGER refere o conceito religioso, sobre princípios, de DOMAT, com base no direito natural, e os de PIANIOL e de CAPITANT, com fulcro no direito laico, especialmente no direito civil, para concluir que essas versões de tendência teocrática, e bem assim de ordem filosófica e de ordem laica, ainda que importantes para a compreensão dessa categoria normativa, mostram-se insuficientes para chegar-se a uma noção integral sobre “**princípios jurídicos**”, porque estes ligam-se e se encartam na ordem jurídica positiva e aos mesmos se apela como instrumentos elucidadores e simplificadores da inteligência e aplicação das regras jurídicas (ob. cit., p. 53-54).

Cuida-se, pois, de princípios positivos do Direito, isto é, de princípios jurídicos que constituem normas jurídicas ou princípios jurídicos **positivados**, na expressão de EROS ROBERTO GRAU. Há, ainda, os princípios gerais do Direito, que embora não enunciados em normas jurídicas explícitas, são muitas vezes tomados pelo intérprete ou pelo aplicador do Direito, para a definição de determinadas soluções e decisões jurídicas. São aqueles princípios descobertos no ordenamento positivo que, mercê de sua consideração decisiva para a definição de determinadas soluções jurídicas, resultam **positivados**. Tais princípios encontram-se subjacentes

em cada ordenamento jurídico, admitidos implicitamente no respectivo sistema, os quais, embora não enunciados em norma explícita, estão aí contemplados em estado de latência.

Por isso mesmo, não é de se pressupor que cada ordenamento jurídico venha a contemplar todos os princípios gerais do Direito. É certo que um determinado ordenamento jurídico – continua o Professor EROS – contemplará um determinado elenco deles; noutro sistema positivo poderá estar contemplado elenco diverso de princípios gerais do Direito. Exemplo de aplicação *in concreto* dessa última categoria é o relato feito pelo Professor EROS, extraído da obra “La lógica jurídica y la neva retórica”, 105-108, de PERELMAN, a respeito de fato ocorrido na Bélgica, durante a primeira Guerra Mundial. Havendo sido o país ocupado pelo exército alemão e na impossibilidade de funcionamento da Câmara e do Senado, a legislação passou a ser editada unipessoalmente pelo Rei, que se encontrava no Havre, através de decretos-leis, com o que violava-se o artigo 26 da Constituição da Nação, segundo o qual o poder de legislar, deveria exercitar-se pelo Rei, Câmara e Senado, conjuntamente. Terminado o conflito, os decretos-leis editados pelo Rei foram arguidos de ilegalidade, por afronta ao referido artigo 26 da Constituição belga. Porém, a Corte de cassação, amparada

no artigo 130 daquela Lei Maior, que prescrevia: “a Constituição não pode ser suspensa, nem no seu todo, nem em parte”; concluiu que “na aplicação dos princípios constitucionais, o Rei, que durante a guerra era o único órgão do poder legislativo que conservara sua liberdade de ação, adotou as disposições com força de lei que a defesa do território e os interesses vitais da nação imperiosamente demandavam”, e reconheceu legitimidade às referidas disposições legislativas editadas pelo Rei.⁸

Aí está um exemplo concreto, na ordem transnacional, de um princípio jurídico latente na ordem jurídica belga, que foi **descoberto** e aplicado pela Corte de Cassação daquele país, resultando **positivado**.

Mas, como salienta o provento Professor das Arcadas, não se pode, a toda evidência, confundir princípios gerais do Direito, com princípios teóricos elaborados pela Teoria Geral do Direito, em nível conceitual. E em prol dessa sua doutrina, transcreve o Professor EROS, exposição de DE DIEGO, em que aquele autor espanhol faz, de maneira primorosa, o destaque entre **princípios positivados** e **princípios não positivados** nos seguintes termos: “Principio en general (*De primum capere o*

primum caput), significa cierta idea de precedencia y procedencia, por lo que se dijo que era el origen de alguna cosa o aquello de donde procedia. Principio de conocimiento, se decia en las escuelas, es aquello de que en el orden intelegible procede el conocimiento, como los axiomas respecto de las verdades de ellos deducidas. Principio de derecho es el pensamiento directivo que domina y sirve de base a la formación de las singulares disposiciones de Derecho de una institución jurídica, de un Código o de todo un Derecho positivo. El principio encarna el más alto sentido de una ley o institución de Derecho, el motivo determinante, la razón informadora del Derecho (*ratio juris*), aquella idea cardinal bajo la que se cobijan por la que se e explican los preceptos particulares, a tal punto, que éstos se halian com aquélla em la propia relación lógica que la consecuência al principio de donde se derivan. El principio no es la norma misma, pero se orienta hacia ella, y como se trata de principios de Derecho que necessariamente dicen relación al obrar, ellos son normas supremas y fundamentales a las que em última instância debe subordinarse la conducta, em cuanto contienen el gérmen de aquellas reglas que

8 GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, nº 33, p. 92-94, 2ª Edição RT, 1991.

han de dominar las situaciones singulares em que socialmente nos hallemos colocados. Consecuencia del concepto dado de los principios de derecho es que entre ellos puede establecerse una gradación, según su mayor o menor generalidad, desde el principio sumo que tiene razón de premier principio y domina toda la materia de derecho, hasta aquel inferior y subordinado que disciplina una singular relación o institución jurídica. Muchos de estos principios aparecen consignados en las mismas leyes (*ad exemplum*, el del artículo 1902 del Código Civil español), y claro es que entonces revisten la forma propia de normas jurídicas que por su función podrían denominarse definentes o declarativas. No hay necesidad de indicar que al respecto de estos últimos la determinación de su sentido y alcance es cuestión de interpretación; frente a ellos, la actividad del aplicador del Derecho ha de encauzarse principalmente por la vía de la interpretación. La actividad del juzgador frente a los otros principios no consignados expresamente en la ley, es otra y distinta”.⁹

De outro modo, a colocação de BOULANGER, anteriormente

analizada, sugere desde logo a ideia de uma relação entre os **principios** e as **regras jurídicas**. Fala a doutrina em **regras jurídicas**, mas também se refere frequentemente a **principios**. São ambas, categorias necessárias à compleição inteira da ordem jurídica. Distingui-las, revela-se tarefa de capital importância, porque os **principios** gozam de foros de cidadania jurídica e se constituem, como tais, elementos da própria ordem jurídica positiva.

Dessa assertiva, todavia, pode surgir uma objeção. Se a própria **regra jurídica** reveste-se da característica de **generalidade** e tal característica é também específica no **principio**, ambos poderiam ser considerados sinônimos, porque gozam de um elemento identificativo que lhes é comum. Mas essa identidade vocabular da característica não deve servir de motivo para a confusão entre uma e outra categoria jurídica. É que existe entre um **principio** e uma **regra jurídica** não só uma gradação de importância, mas também uma diferença de natureza, de tal modo que a generalidade de uma regra jurídica não deve ser entendida da mesma extensão que a generalidade de um

9 DE DIEGO, Clemente F. El Método en la aplicación del Derecho Civil, in Revista de Derecho Privado. T. III, PP. 292/293, Madrid, 1916, *apud* EROS ROBERTO GRAU, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, nº 43, pp. 117/118, 2ª edição, RT, 1991.

princípio, segundo BOULANGER (ob. cit., p. 55).

Com efeito, uma **regra jurídica** é geral no sentido que é estabelecida para um número indeterminado de atos ou fatos, mas no que pertine a certa relação ela é especial, porque não rege senão tais atos ou tais fatos, tendo em vista que ela é editada para reger uma situação jurídica determinada. Um **princípio**, ao contrário, sua generalidade comporta uma série indefinida de aplicações, em razão de ser mais amplo, no entendimento do citado autor. Um **princípio**, uma vez descoberto para reger determinada situação, pode ser reaplicado em outras situações concretas, sendo utilizável também para legitimar a aplicação analógica de um texto e, ainda, serve para estabelecer uma solução adequada na ausência de regra legal, o que leva a doutrina a considerá-lo indispensável elemento de fecundação da ordem jurídica positiva. Lembra o autor que “La ratio legis n’est pas autre chose qu’un princepe”, na versão de BOULANGER (ob. cit. pp. 56, 63 e 64).

Este autor, confirmando a antiga tese de CLEMENTE F. DE DIEGO, em 1916, entende que há também uma hierarquia interna entre os princípios, opinando, por exemplo, que os

princípios de ordem técnica situam-se numa posição de subordinação nessa escala hierárquica interior (BOULANGER, ob. cit., p. 72).

E remata este preclaro jurista francês: “Sem os princípios, tudo se desmorona, tudo se aniquila (...). Na falta de entusiasmo por ideias puras, o direito sucumbiria de interesse e não seria mais que um material empírico agindo ao sabor das circunstâncias, incapaz de assegurar a paz entre os homens” (BOULANGER, ob. cit., p. 74).

E nessa perspectiva, há que se correlacionar o pensamento de RONALD DWORKIN. Este autor estabelece distinções entre **regras** (*rules*), **princípios** (*principles*) e o que chama **diretrizes** (*policies*). Além da classificação que faz das normas que compõem os sistemas jurídicos (em especial, o norte-americano), este autor observa que os profissionais do Direito fazem uso de **pautas** (*standards*), que não atuam como **regras**, mas funcionam como **princípios e diretrizes** (*policies*) ou outra espécie de **pauta**. Ao vocábulo **princípio**, propõe DWORKIN uso genérico, advertindo que entre **princípios e diretrizes** há que se estabelecer distinções, por exigência de maior precisão.¹⁰

10 DWORKIN, Ronald – *Taking Rights Seriously* (Rules, principles and policies), p. 22, 5ª impressão, Duckworth, Londres, 1987.

Em seguida, faz o autor essa distinção, dizendo: “Eu chamo uma **diretriz** aquela espécie de norma que traça um objetivo a ser alcançado, em geral a melhoria de algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (alguns objetivos são negativos, então estipulam que algum aspecto atual deve ser protegido contra mudança adversa). “Eu chamo um **princípio** uma **pauta** (standard) que deve ser observada, não porque ela vai viabilizar ou assegurar uma determinada situação econômica, política ou social considerada conveniente, mas porque ela é uma exigência de justiça, de imparcialidade ou de outra dimensão de moralidade”. Exemplificando, refere que, nessa perspectiva, “a **pauta** (standard) de que os acidentes de automóveis devem diminuir é uma **diretriz** (*policy*) e a **pauta** (standard) de que nenhum homem pode tirar proveito de seu próprio delito são um princípio (DWORKIN, ob. cit. p. 22).

Como se pode constatar, na doutrina de DWORKIN resulta evidente a proximidade entre as **diretrizes** (*policies*) e as **normas-objetivo**, de que adiante nos ocuparemos e que não escapou à costumeira agudez de percepção do Professor das Arcadas, EROS GRAU, como acima já se referiu. A propósito, há que se observar, também, que a *ratio legis* constitui um **princípio** para JEAN BOULANGER (ver ob. cit., p. 63).

Quanto ao discrimine entre **princípios e regras jurídicas**, salienta DWORKIN que a sua posição é fruto de uma **distinção lógica**. E procurando elucidar o problema, diz textualmente: “Ambos os grupos de **pautas** (standards) legais apontam para decisões particulares acerca de obrigação particular e em circunstâncias particulares, mas elas diferem quanto ao caráter da direção seguida. As **regras** são aplicadas em estilo de tudo ou nada, de modo absoluto. Se ocorrem os fatos previstos numa regra e sendo ela válida, em qualquer caso deve ser aplicada”. Exemplificando, se a regra dispõe que um testamento deve ter a presença de três testemunhas para ser válido, não há como tomar-se por válido se firmado somente por duas testemunhas (ver autor e ob. cit., p. 25).

Para a doutrina de DWORKIN, os princípios jurídicos atuam de modo diverso. Segundo a análise da doutrina desse autor, “mesmo aqueles que mais se assemelham às regras não se aplicam automaticamente e necessariamente quando as condições previstas como suficientes para sua aplicação se manifestam”. (...) “A circunstância de serem (os princípios) próprios a um determinado Direito não significa que esse Direito jamais autorize a sua desconsideração. Trabalhando com o **princípio** segundo o qual **ninguém aproveita sua própria fraude (torpeza)**, DWORKIN aponta o fato de que, em

determinados casos, o Direito não se opõe a que alguém obtenha proveito da fraude que praticou. O exemplo mais notável é o da posse indevida: aquele que penetrar em prédio alheio reiteradamente, durante largo período de tempo, poderá obter (...) o direito de cruzá-lo sempre que desejar”, situação que caracteriza, para o Direito pátrio, a “passagem forçada”, regulada no artigo 1.285 do Código Civil Brasileiro de 2002.

A segunda distinção feita por DWORKIN, entre **princípios e regras jurídicas**, é decorrente da primeira, ou seja, da distinção lógica. Funda-se essa segunda distinção na concepção de que os **princípios** têm uma **dimensão de peso ou de importância** que não ostentam as regras. Quando concorrem para a solução do caso vários princípios, deverá o intérprete contrabalançar o peso de cada um deles, aplicando o de maior valoração. Isto não significa que o de menor peso ou importância deixe de vigor no ordenamento jurídico respectivo, pelo simples fato de não haver sido aplicado.

As **regras** não possuem entre si dimensão de peso ou de importância, não se podendo afirmar que no interior do respectivo sistema normativo, uma regra transcenda de importância

à outra, de modo que, no caso de conflito entre ambas, deve uma ser aplicada, decaindo ou caducando a outra, por inválida (DWORKIN, ob. cit., pp. 26-27.

AS NORMAS-OBJETIVO

a) Noção e evolução da “norma-objetivo”

A primeira noção de **norma-objetivo** nasceu na União Soviética, com os ensaios de CHEBANOV, de GOLOUNSKI e de LAPTEV, publicados no início da década de 60. Ao lado de **normas-regra**, surgem, em especial na legislação pertinente à atividade econômica, as **normas-objetivo**, como disposições normativas de natureza diversa, a respeito das quais o legislador não enuncia regras **de conduta**, nem de **organização**, limitando-se a indicar os resultados concretos que devem ser alcançados pelos seus destinatários, refere o Professor da Faculdade do Largo de São Francisco.¹¹

Tradicionalmente, distinguem-se, entre as normas jurídicas, as **normas de conduta** e as **normas de organização**. Consideram-se **normas de conduta** aquelas “cujo objetivo imediato é disciplinar o

11 GRAU, Eros Roberto. Verbete “Norma-objetivo, In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 54, p. 442-445, Edição Saraiva, S. Paulo.

comportamento dos indivíduos, ou as atividades dos grupos e entidades sociais em geral”. Por outro lado, consideram-se **normas de organização** aquelas que “possuem um caráter instrumental, visando à estrutura e funcionamento de órgãos, ou à disciplina de processos técnicos de identificação, e aplicação de normas, a fim de assegurar uma convivência juridicamente ordenada”. Está-se aí diante de uma **classificação binômica** das normas jurídicas, que as toma em consideração segundo o seu **conteúdo**.¹²

Todavia, modernamente, a partir do momento em que o ente estatal deixou de ser **Estado-ordenamento**, como mero produtor de ordem, segurança e paz, para assumir o papel de **Estado-social**, como agente da transformação social e como conformador da economia, começam a surgir no direito positivo inúmeros exemplos de normas que não mais se dirigem exclusivamente a regular condutas ou a instrumentar a organização de órgãos e a disciplinar processos viabilizadores da atividade estatal, mas que se destinam a fixar determinados resultados concretos, incluídos nos escopos do ‘Welfare state’. Tais normas não se confundem

nem com as definidoras de condutas ou comportamentos, nem com as que instrumentam o funcionamento de órgãos ou disciplinam processos de identificação e aplicação de outras disposições normativas, como ocorre com as **normas de conduta** e as **de organização** da classificação tradicional, mas que se destinam a fixar objetivos a serem perseguidos, deixando aos destinatários a busca dos estilos de comportamento e formas de organização necessários à persecução dos referidos fins. A esse novo tipo de normas, que passam a exercer no ordenamento jurídico papel semelhante ao das obrigações de resultado (e não o das de meio) na ordem civil, é que a doutrina da segunda metade do século passado dá a denominação de **norma-objetivo**.

Abandona-se, assim, a classificação binômica tradicional para alcançar-se uma classificação trinômica, nova, das normas jurídicas.¹³

A introdução na doutrina nacional, e bem assim a especificação e identificação dessa categoria normativa, é fruto da pesquisa e conhecida argúcia do Professor EROS ROBERTO GRAU, que a expôs em sua tese de Livre-Docência nas Arcadas, intitulada

12 REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, p. 97, Edição Saraiva, 1993.

13 GRAU, Eros Roberto. Verbete “Norma-objetivo”, In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 54, pp. 442-445, Edição Saraiva, São Paulo.

“Planejamento Econômico e Regra Jurídica”, publicada em 1978, sendo pelo mesmo desenvolvimento em várias publicações posteriores.

Para melhor explicitar e oferecer praticidade à sua doutrina sobre a atuação da norma-objetivo no complexo da ordem jurídica, traça o Prof. EROS uma linha analógica entre o Direito e o jogo de xadrez, dando dinamicidade à classificação trinômica das normas jurídicas. No jogo de xadrez divisam-se três tipos de normas que o regulam: a) as regras sobre o jogo (definem as especificações do tabuleiro), correspondendo às **normas de organização** do jogo; b) as regras do jogo (que estabelecem os comportamentos dos disputantes) e que são **normas de conduta**; e por fim, c) as regras sobre o fim do jogo (colocar o adversário em xeque), pertinentes às **normas-objetivo**.¹⁴

No que diz com a aplicação das **normas-objetivo** no direito pátrio, COMPARATO, diz que elas se destinam a regular “a busca da justiça social e a valorização do trabalho, condição da dignidade humana”.¹⁵

Para o Professor EROS ROBERTO GRAU **normas-objetivo** são, dentre outras, as inscritas no texto do artigo 3º da Constituição de 1988; as contidas no texto do artigo 170 do mesmo Estatuto Político. Como exemplos no âmbito do direito privado, uma pesquisa mais aprofundada arrolará inúmeros casos, mas é certo que a regra do artigo 154 da Lei das Sociedades Anônimas, é um deles; também o artigo 30 da Lei da Reforma Bancária (Lei nº 4595/64), que “estabelece os objetivos da Política do Conselho Monetário Nacional”. Por fim, no concerto do Direito Internacional, encontram-se muitas **normas-objetivo** nas respectivas convenções, como é, v.g., o caso do artigo 189 do Tratado de 1957, da Comunidade Econômica Europeia.¹⁶

b) Crítica à doutrina da “norma-objetivo”

O primeiro argumento crítico que se poderia desfechar contra essa categoria de norma é a de que ela está despida de **sanção** e, como tal,

14 GRAU, Eros Roberto. *Direito, Conceito e Normas Jurídicas*, nº 165, p. 150, Edição RT, 1988.

15 COMPARATO, Fábio Conder. *O Poder de Controle da Sociedade Anônima*, nº 115, p. 297, Edição Forense, 1983.

16 GRAU, Eros Roberto. *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas*, ns. 173 a 175, p. 145-147, Edição RT, 1988.

estaria sufocada pela corrente que inadmite a norma jurídica sem sanção. É de ver que, segundo BOBBIO, a sanção é elemento constitutivo do Direito, presente no ordenamento jurídico como um todo, de modo que a norma recebe a sanção pelo só fato de estar integrada ao sistema. Além disso, se a ausência de sanção fosse incompatível com a juridicidade da norma, haver-se-ia de negar caráter jurídico a grande número de normas do Direito Constitucional e a todo o Direito Internacional, situação que não se harmoniza com os princípios. Por fim argumenta-se, a sanção diz com a vigência e não com a eficácia da norma.

Uma segunda objeção à presença da **norma-objetivo** na ordem jurídica é a de que esta carece de eficácia. Tal carência desaparece, todavia, contanto que se estabeleça a distinção entre eficácia jurídica e eficácia social. Analisando ambas, assevera JOSÉ AFONSO DA SILVA que a eficácia social refere-se ao fato de ser a norma realmente obedecida e aplicada, mas a sua ausência não tem força para desqualificar juridicamente a norma.¹⁷

A terceira objeção é no sentido de identificar as **normas-objetivo**

com as normas programáticas. Não há superposição entre ambas. As **normas programáticas** servem de instrumento para viabilizar tanto condutas ou comportamentos quanto os fins perseguidos pelas **normas-objetivo**, de tal modo que os dois conceitos coexistem e não se repelem, eis que colocados em níveis diversos. Além disso, ambas as noções estão sujeitas a critérios diversos. A noção de **norma-objetivo** prende-se ao critério do conteúdo; a de **norma programática** submete-se ao critério da eficácia. Por fim, a qualificação de **norma programática** é exclusiva das normas constitucionais, ao passo que a **norma-objetivo** pode proliferar na esfera infraconstitucional, argumenta EROS ROBERTO GRAU.¹⁸

A vida autônoma da norma-objetivo no complexo do sistema normativo não pode deixar dúvidas ao analista de sua natureza. Em primeiro lugar, há que se verificar tratar-se de norma que contém, como as outras elencadas pela teoria geral, um **comando abstrato e geral**, que se mostra universal em relação à ação que define e também universal em relação ao seu destinatário.¹⁹

17 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, p. 57-58, Edição RT, 1968.

18 GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e Normas Jurídicas*, cit. ns. 175-180, p. 147-151.

19 GRAU, Eros Roberto. Lei do Plano, in *Revista de Direito Público*, ns. 53-54, ano XIII, p. 321.

Reveste-se a **norma-objetivo** da característica da **heteronomia** comum a normas jurídicas, a que KANT recorre para estabelecer o discri-me entre estas e a norma moral. Dotada de validade **objetiva e transpessoal**, por estar colocada acima das pretensões dos sujeitos da relação administração-administrado, mantém a estrutura de um querer geral, irredutível ao querer particular de qualquer dos sujeitos, segundo REALE.²⁰ De outro modo, fixadas as diretrizes e prioridades, não restam ao setor público outras alternativas a perseguir senão as correspondentes àquelas fixadas originariamente. Vale dizer, devem ser perseguidas essas diretrizes e prioridades, segundo a vontade ou, mesmo, contra a vontade do ente público, realizando-se em tal perspectiva, a **heteronomia da norma-objetivo**, argumenta o Professor EROS.²¹

Por fim, está essa categoria de norma dotada também da **bilateralidade atributiva** que, na doutrina de MIGUEL REALE, exorna os sistemas normativos. Ao conceituá-la, diz o jusfilósofo das

Arcadas: “Bilateralidade atributiva é o nexu objetivo que põe em relação dois ou mais sujeitos, discriminando-lhes esferas autônomas de ser e de agir, conferindo-lhes pretensões, que, podendo ser recíprocas ou não, se acham sempre providas da garantia decorrente da objetividade do enlace”²², ou, como mais sucintamente expressou-a o jusfilósofo em outra oportunidade: “é uma proporção intersubjetiva, em função da qual os sujeitos de uma relação ficam autorizados a pretender, exigir, ou a fazer garantidamente algo”. Na realidade, a relação vincular que se cria entre o Estado e o súdito em razão das diretrizes ou prioridades por aquele fixadas em favor deste, tuteladas pela norma-objetivo conferem à mesma a **bilateralidade atributiva** essencial a toda regra jurídica.

Disso se pode concluir que a norma-objetivo insere-se como categoria nova, no complexo normativo do Estado, completando-o, e convivendo harmonicamente com as demais classes de normas, como integrante do **trinômio normativo** inicialmente referido.

20 REALE, Miguel. *Lições*, cit. p. 49.

21 GRAU, Eros Roberto. Lei do Plano, In: *Revista de Direito Público*, cit., ns. 53-54, Edição RT, São Paulo.

22 REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, vol. 2º, nº 245, p. 586, Ed. Saraiva, 1962; Idem, *Ações Preliminares de Direito*, p. 51.

REFERÊNCIAS

- BOULANGER, Jean. “Principes Généraux du Droit et Droit Positif”, In: *Droit Privé Français au Milieu du XX^e Siècle* (Études offertes a Geoges Ripert), Paris, LGDJ, 1950.
- COMPARATO, Fábio Conder. “O indispensável Direito Econômico”, In: *Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*, p. 458, Edição Forense, Rio, 1978.
- DE DIEGO, Clemente F. “El método de la aplicación del Derecho Civil” In: *Revista de Derecho Privado*, Tomo III, pp. 292/293, Madrid, 1916.
- DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*, (Rules, principles and policies), 5ª impressão, Duckworth, Londres, 1987.
- GRAU, Eros Roberto. “Planejamento Econômico e Regra Jurídica”, tese de Livre-Docência nas Arcadas, Edição RT, São Paulo, 1978.
- “Lei do Plano”, In: *Revista de Direito Público*, p. 315 e segs., Ano XIII – janeiro/junho – 1980, ns. 53/54, Edição RT, São Paulo.
- Verbete “Norma-objetivo”, In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 54, pp. 442/445, São Paulo, 1980; Elementos de Direito Econômico, Edição RT, São Paulo, 1981; Direito, Conceito e Normas Jurídicas, Edição RT, São Paulo, 1988.
- A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, Edição RT, São Paulo, 1991.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, Edição Saraiva, São Paulo, 1993.
- Filosofia do Direito*, vol. 2ª, Ed. Saraiva, São Paulo, 1962.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, Edição RT, São Paulo, 1968.
- SOUZA, Washington Pelusio Albino de. *Direito Econômico*, Edição F.B.D.E., Belo Horizonte, 1975.
- VIDIGAL, Geraldo de Camargo. *Teoria Geral do Direito Econômico*, Edição RT, São Paulo, 1977.
- WROBLEWSKI, Jerzy. Dictionnaire Encyclopedique de Théorie et Sociologie du Droit, p. 317, *apud* Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, nº 34, p. 95, 2ª Edição RT, São Paulo, 1991.

O BEM DE FAMÍLIA COMO PROTEÇÃO MÍNIMA À MORADIA

Luiz Henrique Machado Cordeiro*

Introdução. 1. O bem de família no Código Civil de 2002, em perspectiva com sua evolução histórica. 2. A Lei nº 8.009/90 e sua aplicação em face do ordenamento jurídico atual. 3. Principais temas controvertidos em jurisprudência. Conclusão. Referências Bibliográficas.

RESUMO:

Este estudo se ocupa do instituto jurídico do *bem de família* enquanto proteção mínima prevista em lei, na dimensão patrimonial, às entidades familiares. Partindo de sua origem, será apresentada a sua evolução no direito brasileiro, ressaltando-se sua importância e aplicabilidade. Considerando sua posição singular, na confluência do direito de família (garantia de moradia) com o direito

das coisas (restrição ao direito de propriedade), a abordagem desse importante instituto jurídico será vista à luz dos vários textos legais que lhe deram vida. Analisando o bem de família *voluntário*, previsto no Código Civil de 2002, e o bem de família *legal*, previsto pela Lei nº 8.009/90, serão destacadas as suas principais diferenças e semelhanças, à luz do princípio constitucional norteador da blindagem do patrimônio familiar. Por fim, serão apresentadas as controvérsias mais recorrentes em jurisprudência. Pretende-se com este trabalho apresentar um panorama claro e ao mesmo tempo conciso sobre o bem de família no direito brasileiro, haja vista a sua relevância e os perigos que a sua não compreensão podem gerar, com gravíssimos prejuízos à

* Mestrando em Direito pela UFRGS. Especialista em Direito Empresarial pela UFRGS. Especialização pela ESMP. Advogado com atuação na área do Direito Privado.

célula a partir da qual a sociedade se estrutura.

Palavras- chave:

Bem - família – proteção - moradia

INTRODUÇÃO

Existe certo consenso de que o Direito Romano não conheceu o instituto do bem de família. Sua origem, e quanto a isso não se vê controvérsia, é encontrada no *Homestead Expedition Act*¹, de 26/01/1938, da então República do Texas, à época ainda não incorporada aos Estados Unidos, o que só ocorreu em 1845², tendo como objeto, inicialmente, a pequena propriedade residencial agrícola familiar³, conferindo proteção especial ao domicílio da família do

agricultor contra crises econômicas. No direito norte-americano, recebeu a denominação *homestead* por significar o local onde a família assenta o seu lar, a sua casa: *home* (sua casa) e *stead* (lugar), embora existam vozes discordantes, conforme assinala ESPÍNOLA.⁴

No direito brasileiro, o tema em questão está situado em uma área de confluência entre o Direito de Família e o Direito das Coisas, propiciando relevantes discussões que, todavia, desbordam o Direito Privado, à medida que a proteção familiar de natureza patrimonial prevista na Lei nº 8.009/90 decorre de uma imposição do Estado, em prol do direito à moradia do núcleo familiar, materializando na legislação ordinária a garantia fundamental encartada na Constituição da República.⁵

1 MARMITT, Arnaldo. *Bem de família*. Rio de Janeiro: Aide, 1995, p.16.

2 AZEVEDO, Álvaro Vilaça. *Bem de Família*. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984, p. 11.

3 RITONDO, Domingo Pietrangelo. *Bem de família*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p.19.

4 ESPINOLA, Eduardo. *Breves Anotações ao Código Civil Brasileiro*. Volume Primeiro. Bahia: Joaquim Ribeiro & Co Editores. 1918, p. 172/173: “Em todas as discussões em torno do *homestead*, ou bem de família, se tem procurado salientar a origem americana do instituto e a excellencia de suas virtudes. Ha, porem, vozes dissonantes, que se não limitam a accentuar-lhes os inconvenientes, mas lhes desconhecem as vantagens no próprio Estado que, por primeiro, o adaptou” (*ipsis literis*).

5 Artigo 60. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 26, de 2000).

A propósito, calha observar que será analisado no decorrer deste trabalho o duplo tratamento legislativo que esse tipo de proteção familiar desfruta atualmente. Por um lado, na forma definida pela Lei nº 8.009/90, com sua proteção de natureza pública, instituída verticalmente pelo Estado e, de outro, conforme os ditames do Código Civil de 2002, que disciplina o *bem de família voluntário*, ou *convencional*, instituído pela vontade privada, mediante escritura pública ou testamento, e que deve ser devidamente registrado no Cartório de Registro de Imóveis para ganhar eficácia *erga omnes*.

Ressalvadas as exceções constantes do Artigo 1.715, que abrange as dívidas anteriores à instituição, as dívidas posteriores de tributos incidentes sobre o próprio imóvel e as dívidas posteriores de condomínio, o Código Civil, além de proteger o bem de família pela impenhorabilidade, ainda prevê a possibilidade de sua inalienabilidade (Artigo 1.717).

Ver-se-ão ao longo deste estudo algumas questões controvertidas que envolvem atualmente o instituto, uma delas acerca da proteção da impenhorabilidade do imóvel no qual reside pessoa solteira, questão que o Superior Tribunal de Justiça consolidou o seu entendimento.

Outra questão relevante é o entendimento, em doutrina e em jurisprudência, a respeito da amplitude do conceito de família para efeito de

proteção pela impenhorabilidade conferida em nível infraconstitucional, tendo em vista as entidades familiares, restritivamente previstas no Artigo 226 da Constituição da República (uniões estáveis e entidades monoparentais), que nada referiu às uniões homoafetivas.

Como ponto de discussão, ressalta-se também a polêmica que os Tribunais e operadores do direito vêm enfrentando com o denominado: “bem de família ofertado”, onde o bem de família é oferecido à penhora pelo próprio devedor.

Várias são as polêmicas relativas ao bem de família, que através do presente estudo, sem a pretensão de esgotar a matéria, serão analisadas, com o exame de alguns casos considerados de alta relevância. O estudo se debruçará sobre aspectos jurídicos, doutrinários e jurisprudenciais, contribuindo assim para sua melhor compreensão, pois se trata de instituto diretamente relacionado com uma das necessidades fundamentais do ser humano, qual seja, o tão propalado direito de moradia como corolário da dignidade humana.

1. O BEM DE FAMÍLIA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002, EM PERSPECTIVA COM A SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

No Brasil, a introdução do instituto no ordenamento jurídico

se deu com os artigos 70 a 73 do Código Civil de 1916, passando pelo Decreto-Lei nº 3.200, de 19.04.1941 (artigos 19 a 23), que dispôs sobre a *organização e proteção da família*, estabelecendo incentivos para o seu desenvolvimento. Na sequência, a Lei nº 6.015, de 31.12.1973, regrou aspectos formais da instituição do bem de família junto ao Registro de Imóveis. Na década de 80, a Constituição da República de 1988, que introduziu uma nova visão dos direitos sociais, influenciando a legislação infraconstitucional que estava por vir.

Com base na nova visão social da Magna Carta, foi concebida a Lei nº 8.009, de 29.03.1990, em que pese o direito à moradia só viesse a ter expresso *status* de garantia constitucional com o advento da Emenda Constitucional 26, do ano de 2000, que deu nova redação ao *caput* do Art. 6º da Constituição da República.

Por fim, o instituto do bem de família recebeu novos contornos,

dados pelas disposições plasmadas no Código Civil de 2002 (artigos 1.711 a 1.722).

A localização topográfica do instituto no Código Civil de 1916 e, depois, no Código Civil de 2002, bem demonstra que passado quase um século (86 anos) não apenas o instituto sofreu modificações, mas a sua visão pelo legislador mudou de ângulo. No Código Civil de 1916 era disciplinado na Parte Geral, no Livro reservado aos Bens⁶ (não no Livro do Direito de Família), ao passo que no Código Civil de 2002 foi regrado na Parte Especial, no Livro do Direito de Família. Tal circunstância decorre do fato de que a sociedade recém-saída do Século 19 ainda era extremamente patriarcal⁷ (Artigo 70 – *É permitido ao chefe de família destinar...*), individualista, à medida que o indivíduo era o elemento norteador da ordem jurídica, com sua economia centrada na riqueza imobiliária, ao passo que a sociedade que concebeu o Código Civil de 2002 vivia sob os auspícios da Constituição de 1988, de cunho social.

6 ESPINOLA, Eduardo. Breves Anotações ao Código Civil Brasileiro. Volume Primeiro. Bahia: Joaquim Ribeiro & Co Editores, 1918, p. 172, assinala que, no projeto do Código Civil de 1916, o instituto do bem de família fora colocado no livro primeiro (Das pessoas) e, somente depois de muitas críticas, em especial de Justiniano de Serpa, é que a Comissão do Senado, presidida por Feliciano Penna, em 1912, deslocou os artigos referentes ao bem de família para o livro segundo (Dos Bens).

7 Código Civil de 1916 – Artigo 70. É permitido aos chefes de família destinar um prédio para domicílio desta, com a cláusula de ficar isento de execução por dívidas, salvo as que provierem de impostos relativos ao mesmo prédio.

O deslocamento do instituto jurídico do “Bem de Família” da disciplina reservada aos Bens (1916), para a disciplina do Direito de Família (2002), demonstra o ângulo de visão da sociedade em relação à proteção pretendida e, o mais importante, a hierarquia dos valores sociais vigentes em cada época. No diploma legal de 1916 a proteção era uma prerrogativa exclusiva e pessoal do chefe de família (“chefe”, líder e todo poderoso), ao passo que no diploma legal de 2002 tal proteção pode ser instituída por ambos os cônjuges e também pela “entidade familiar”. A legislação atual sequer restringe o benefício à “família” no sentido conservador do termo, reservado àquela decorrente do casamento, ampliando sua aplicação ao que denomina de “entidade familiar”. Retirou-se o poder exclusivo do “chefe” e alargou-se o espectro dos beneficiados.

O arrefecimento do caráter *disponível* para a instituição da proteção familiar em estudo, que, no Código Civil de 1916, dependia exclusivamente do querer do chefe de família, se fez sentir em 1990, ou seja, antes mesmo

da vigência do Código que o sucedeu. A Lei nº 8.009/90, forjada em sintonia com os princípios e valores encartados na Constituição da República (promulgada dois anos antes)⁸, instituiu a proteção do bem de família de forma geral e impositiva, portanto, não mais dependendo do querer do chefe familiar (vontade individual), mas em decorrência da vontade do Estado, como desdobramento de uma política pública que visa a promoção da proteção da família em sentido amplo.

Em síntese bastante apertada, pode se dizer que o bem de família no direito pátrio é um meio eficaz para garantir ao núcleo familiar um reduto inviolável, guardando estreita ligação com sua origem no *homestead*⁹, pondo-o a salvo das investidas dos credores (impenhorável) e dos próprios beneficiados (inalienabilidade), revelando a superioridade do interesse tutelado em relação aos demais, que eventualmente com ele conflitam (interesses econômicos, patrimoniais, privados e públicos), ressalvadas as exceções previstas em lei.

Como se pode ver, a *residência familiar* enquanto *propriedade*, e

8 Embora a Emenda Constitucional 26, que guindou o direito à moradia à condição de direito social fundamental tenha sido introduzida dez anos depois, em 2000, não significa dizer que a Lei 8.009/90 se ressinta desse espírito em sua gênese. A Emenda Constitucional 26 apenas fez explicitar o que já se achava implícito na Constituição da República, assim como, posteriormente, o fez a Emenda Constitucional 64, de 2010, em relação à “alimentação”.

9 AZEVEDO, Álvaro Vilça; op. cit., p. 76.

a *moradia* enquanto direito *social* (constitucionalmente garantido) são conceitos que convergem para uma mesma finalidade, qual seja, dar proteção ao núcleo familiar, célula-mãe da sociedade, algo, aliás, reconhecido em praticamente todos os sistemas jurídicos civilizados, conforme observação de Álvaro Villaça Azevedo, em importante estudo desse instituto jurídico sob a égide do Código Civil anterior.

Considerando que o bem de família representa uma proteção, e que toda proteção implica alguma restrição, não tarda notar que a restrição se dá sob dois fronts; de um lado em relação aos direitos e interesses de terceiros, por outro, em relação aos direitos e interesses do(s) proprietário(s) do bem sobre o qual recai o manto legal protetivo. Neste ponto, o Direito de Família se comunica fortemente com o Direito das Coisas, no que tange ao direito de propriedade. No *caput* do Artigo 1.228 do Código Civil,¹⁰ destacam-se os atributos do direito de propriedade, dentre os quais está o poder do proprietário de dispor da coisa (*jus*

disponendi). Com efeito, quando a restrição parte do próprio titular do direito de propriedade (autorrestrição), tem-se o bem de família *voluntário*, porquanto, a restrição ao seu direito de disponibilidade decorre da sua vontade individual.

Essa questão não passou despercebida da doutrina: “Deve-se observar que o bem de família envolve direitos, não se confundindo com o imóvel residencial sobre o qual eventualmente incide. Esse conjunto de direitos, ao recair sobre determinada residência, transforma-se em qualidade dela. Além de ser atributo o que se agrega ao imóvel residencial da entidade familiar, o bem de família representa ainda uma restrição ao direito de propriedade, uma vez que o titular do bem perde boa parte do poder de dispor do seu domínio, passando a possuir um imóvel relativamente inalienável.”¹¹

Pela atualidade que encerra, a análise da legislação brasileira, neste tópico, ficará mais centrada no Código Civil de 2002, com breves cotejos de suas disposições

10 C.C. 2002. Artigo 1.228. “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.”

11 RITONDO, *apud* CREDIE, Ricardo Arcoverde. *Bem de família: teoria e prática*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 5-6.

com as de outros diplomas legais. O Código Civil em vigor trouxe pontuais inovações, promovendo uma reformulação no instituto do bem de família, adaptando-se às exigências do texto constitucional, decorrentes do princípio da dignidade humana, bem como da igualdade entre os cônjuges e companheiros e das diversas formas de modelos familiares. Conforme salienta RITONDO, hoje pode-se definir o bem de família como o direito de isenção relativa à apreensão judicial, que se estabelece por força de lei ou por manifestação de vontade, sobre o imóvel urbano ou rural, de domínio integrante da entidade familiar, residência efetiva desta, que alcança ainda os bens móveis quitados que guarneçam, ou somente esses, caso o prédio que não seja próprio, além das pertencas e alfaías, e eventuais valores mobiliários afetados de suas rendas.¹²

A primeira e grande alteração introduzida refere-se à ampliação da legitimidade para a constituição do bem de família. Veja-se que o Artigo 1.711 do Código Civil em vigor estabelece que podem os *cônjuges*, ou a *entidade familiar*, mediante escritura

pública ou testamento, destinar parte de seu patrimônio para instituir bem de família, desde que não ultrapasse um terço do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição, mantidas as regras sobre a impenhorabilidade do imóvel residencial estabelecida em lei especial.

Dúvidas se formaram com a extensão do significado da expressão “entidade familiar”, com o disposto no parágrafo 4º do Artigo 226 da CF: “Entende-se como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

Nesse sentido, VELOSO, esclarece a entidade familiar, para instituição do bem de família: “O bem de família é um instituto de proteção que pode ser utilizado pelas famílias matrimonializadas, pelas famílias constituídas pela união estável e pelas famílias monoparentais, e, embora o Código Civil não tenha dito isso com a necessária clareza, é uma conclusão inarredável e imposta por uma interpretação conforme a constituição”.¹³

Ocorre que as mudanças na configuração da família decorrem de uma evolução da sociedade e, nesse contexto, o conceito restrito de família que antes só significava a

12 RITONDO, *apud*, CREDIE, op. cit. p. 24.

13 RITONDO, *apud*, VELOSO, Zeno. Código Civil Comentado, V.XVII, Álvaro Villaza Azevedo (coord.). São Paulo: Atlas, 2003, p.74.

família constituída pelo casamento, veio perdendo terreno com os passar dos tempos e, dando espaço às chamadas entidades familiares, dentre as quais a família “monoparental” e a impropriamente denominada família “unipessoal”.

Além disso, observa-se hoje uma grande ocorrência de diversos grupos familiares formados das maneiras mais variadas, tais como

parentes que habitam a mesma casa (p. ex.: os irmãos, a avó com o neto, dentre tantas outras situações), as uniões estáveis, casais sem filhos e as próprias uniões homoafetivas. Além do mais, a jurisprudência já tem acolhido em grande parte a tese de uma interpretação mais ampliativa da família.^{14,15}

Ainda com relação ao Artigo 1.711, há a previsão expressa da

14 CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. IMÓVEL RESIDENCIAL. IMPENHORABILIDADE. LEI 8.009/90. ENTIDADE FAMILIAR. DEVEDOR DIVORCIADO. IMÓVEL HABITADO PELA EX-MULHER E PELA FILHA.

I – O conceito de entidade familiar deve ser compreendido de acordo com as alterações que se processaram nos últimos tempos no Direito de Família, de modo a ser preservado o sentido social da Lei 8.009/90. II - Não se expõe à penhora o imóvel de propriedade do executado e de sua ex-esposa, quando se destina à moradia desta última e da filha, vez que a proteção da Lei 8.009/90 atinge o bem por inteiro e não apenas a meação da mulher, sob pena de prejudicar o núcleo familiar. Recurso especial provido. Terceira Turma, Resp.239.291 – SP, Rel. Min. Castro Filho, julgado em 6/09/2002.

Disponível em:< <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ>>. Acesso em: 05.01.2011.

15 EXECUÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. IMPENHORABILIDADE. IMÓVEL RESIDENCIAL DA FAMÍLIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. LEGITIMIDADE DE PARTE. IRRETROATIVIDADE DA LEI Nº 8.009/90. VIÚVA.

– Inocorrência no caso do alegado cerceamento de defesa, adstrita que fora a objeção do Banco embargado ao ônus da embargante de comprovar os requisitos estabelecidos na Lei nº 8.009/90. “Têm legitimidade a mulher e os filhos para, em embargos de terceiro, defender bem de família sobre o qual recaiu medida coercitiva, mesmo que ela figure juntamente com o marido como executada, vedada tão só a discussão do débito” (Resp nº 64.021-SP).

– A Lei nº 8.009/90 aplica-se à penhora realizada antes de sua vigência (Súmula nº 205-STJ).

– A viúva, ainda que more só no imóvel residencial, acha-se protegida pela impenhorabilidade prevista na mencionada Lei nº 8.009/90. Recurso especial não conhecido”. (Quarta Turma, Resp. 434.856-PR, Rel. Min. Barros Monteiro, julgado em 22/10/2002) Disponível em: < <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica>>. Acesso em: 05/01/2011.

possibilidade da constituição do bem de família através do testamento, além da escritura pública, conforme já previa a legislação anterior.

Outra modificação produzida pelo artigo em exame foi a limitação de valor para que se possa constituir o bem de família, que não poderá ultrapassar um terço do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição. Consequentemente, quem possui apenas um imóvel não poderá fazer uso dessa instituição, embora a família permaneça protegida pelas disposições da Lei nº 8.009/90, que trata do *bem de família legal*, que protege o pequeno, o médio e o grande proprietário, indistintamente.

O parágrafo único do Artigo 1.711 dispõe que: “O terceiro poderá igualmente instituir bem de família por testamento ou doação, dependendo a eficácia do ato da aceitação expressa de ambos os cônjuges beneficiados ou da entidade familiar beneficiada”. Esse artigo traz uma inovação sobre a legitimação para a constituição de bem de família voluntário, que é a possibilidade de instituição de bem

de família por terceiros. Contudo, o artigo dispõe que a instituição se faça por doação ou testamento, e que só haverá eficácia se houver a concordância dos cônjuges ou da entidade familiar. Deve haver, no caso, transferência de propriedade.

O Artigo 1.712, por sua vez, dispõe sobre o objeto do bem de família, ponto no qual o Código Civil inovou bastante.

Historicamente, a noção de bem de família vem sendo ampliada, podendo ser identificados quatro passos na evolução do instituto. O passo inaugural, dado pelo legislador do Código Civil de 1916, restringia-se apenas ao prédio destinado para o domicílio da família. O segundo passo, dado pelo Decreto-Lei nº 3.200/41, manteve o imóvel de residência como o objetivo principal do instituto, porém com inovação interessante, passando a admitir, exclusivamente em relação ao prédio de zona rural, que a proteção recobrisse também a mobília e utensílios de uso doméstico, gado e instrumentos de trabalho.¹⁶ O terceiro veio com a Lei nº 8.009/90, que,

16 Dec.-Lei nº 3.200/41 – Art. 22. Quando instituído em bem de família prédio de zona rural, poderão ficar incluídos na instituição a mobília e utensílios de uso doméstico, gado e instrumentos de trabalho, mencionados discriminadamente na escritura respectiva.

valendo-se da noção de domicílio,¹⁷ manteve-se fiel ao objeto principal do instituto (imóvel residencial para moradia permanente), com a vantagem de haver corrigido a omissão do Decreto-Lei nº 3.200/41 em relação aos “acessórios” vinculados ao imóvel urbano. No parágrafo único ao seu Artigo 1º, aquela lei passou a incluir sob o manto da impenhorabilidade, seja rural ou urbano o imóvel, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarneçam a casa, desde que quitados. O quarto e último passo na evolução do objeto do bem de família no direito pátrio foi dado pelo legislador do Código Civil de 2002, ao estabelecer, no Artigo 1.711, que o instituto pode recair sobre “*parte do patrimônio*” dos cônjuges ou da entidade familiar (desde que não ultrapasse um terço do

patrimônio líquido existente ao tempo da instituição).

Ao estabelecer uma fração sobre todo o acervo patrimonial, o Código Civil atual deixa clara a disposição no sentido de que o objeto principal do instituto foi ampliado. E o Artigo 1.712 confirma essa conclusão,¹⁸ quando define expressamente dois tipos de bens passíveis de serem protegidos pelo instituto em estudo. O indicado dispositivo legal estabelece que o bem de família consistirá em (1) prédio residencial destinado ao domicílio familiar e (2) valores mobiliários, cuja renda será aplicada (destinação) na conservação do imóvel e no sustento da família. O primeiro tipo de bem (imobiliário) é o bem de família clássico, tradicional, que remonta à origem do instituto jurídico. O segundo tipo (valores mobiliários), no entanto, encerra grande novidade,

17 Art. 5º – Para os efeitos de impenhorabilidade, de que trata esta lei, considera-se residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente.

Parágrafo único. Na hipótese de o casal, ou entidade familiar, ser possuidor de vários imóveis utilizados como residência, a impenhorabilidade recairá sobre o de menor valor, salvo se outro tiver sido registrado, para esse fim, no Registro de Imóveis e na forma do art. 70 do Código Civil.

18 Art. 1.712. O bem de família consistirá em prédio residencial urbano ou rural, com suas pertencas e acessórios, destinando-se em ambos os casos a domicílio familiar, e poderá abranger valores mobiliários, cuja renda será aplicada na conservação do imóvel e no sustento da família.

porque não se refere aos bens “acessórios” (móveis, utensílios etc.) tradicionalmente vinculados ao bem principal (imóvel residencial) que o instituto visa proteger, mas a outra categoria de bens, também “principais” (por exemplo, ações, quotas em fundos de investimentos etc.). A “destinação” desse segundo tipo de bens, completamente nova dentro do instituto jurídico em estudo, bem demonstra a sua autonomia, guindando-o à condição de objeto principal da proteção familiar, ao lado do bem de família tradicionalmente concebido. Fazendo notar o traço protetivo da família enquanto instituição de interesse do Estado, a parte final do Artigo 1.712 trouxe para dentro do “bem de família” um bem que não é destinado à residência familiar, nem é acessório deste.

Para além da “*moradia*”, agora também o “*sustento*” da família passou a ser objeto central da proteção conferida pelo Código Civil. Os valores mobiliários de que trata o referido dispositivo legal podem ser instituídos como bem de família e, assim, tornados impenhoráveis, a fim de garantirem o sustento familiar (bem como a conservação do outro bem central do instituto jurídico, a residência).

Todavia, para evitar abusos e a má-fé, a limitação dos valores mobiliários agora admitidos no âmbito da proteção contra a penhora por dívidas resta expressamente prevista no Artigo 1.713, não podendo exceder o valor “*do prédio*” instituído em bem de família, à época de sua instituição. Significa dizer que os valores dos dois tipos de bens deverão guardar simetria. O segundo tipo (valores mobiliários) deverá ter seu valor, no máximo, igual ao do primeiro (imóvel), e ambos deverão, no todo, representar, no máximo, um terço do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição.

Outro aspecto interessante é que embora os *valores mobiliários* sejam também bens principais para o instituto jurídico previsto no Código Civil de 2002, porque, como visto, possuem destinação própria (propiciar o “*sustento*” da família),¹⁹ a verdade é que a sua instituição dependerá da instituição do bem de família clássico (imóvel para residência familiar).

Talvez no futuro, arriscamos dizer, o próximo passo da legislação será no sentido de tornar autônomo o bem de família para o “*sustento*”, independentemente do bem de família para “*moradia*”. Significará

19 Embora também possam servir para a conservação do imóvel de “*moradia*” da família.

a proteção de bens (imóveis, móveis ou valores) destinados apenas à *manutenção* da família (alimentação, saúde, educação, lazer etc.), com apoio na própria Constituição da República, em face dos direitos sociais por ela conferidos, ou seja, independentemente da família possuir um imóvel próprio para residência protegido contra a penhora de dívidas. Sem dúvida, a porta está aberta para mais esse passo na evolução do instituto jurídico em análise.

Por certo que o Código Civil de 2002, no que tange ao bem de família clássico, está se referindo a um único imóvel, que deve servir para residência da família. A Lei não se refere a imóveis, mesmo que dois, ou mais, caibam na fração do patrimônio líquido permitida, qual seja, um terço, valendo-se o diploma legal do substantivo no singular, mantendo a tradição do instituto jurídico nesse ponto. Disso decorre a impossibilidade de dois ou mais imóveis serem instituídos como bens de família, seja para a *moradia*, seja para a *conservação da moradia*, ou para o *sustento* da família. A expressão encartada no *caput* do Artigo 1.711, ao estabelecer um percentual sobre o acervo patrimonial

do instituidor, não pode conduzir a equívoco. O percentual limita o valor total dos bens que forem instituídos, sim, mas apenas um deles pode ser imóvel, e ainda deverá ser destinado à moradia familiar. Na presença deste, então, outros bens poderão ser instituídos, mas não imóveis, e ainda, por efeito, para finalidades diversas (conservação do imóvel instituído e/ou sustento da família).

Ainda sobre os “valores mobiliários”, o Artigo 1.718, com objetivo de resguardar ainda mais ferreamente o patrimônio familiar, prevê que qualquer forma de liquidação da entidade que os administrar, não os atingirá, devendo ser transferidos por ordem judicial a outra instituição semelhante.

De acordo com DINIZ²⁰, sem evitar o óbvio, “pelo Artigo 1.712, *in fine*, do Código Civil, a renda dos valores imobiliários abrangidos pelo bem de família deverá ser aplicada para conservar o imóvel, que abriga os instituidores e sua prole, e para sustentar a família”. Esses valores imobiliários deverão ser obrigatoriamente individualizados no instrumento de constituição do bem de família, ao contrário das

20 DINIZ. Maria Helena. *Código Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2002.

pertencas e acessórios, que não serão necessariamente especificados.

A forma de constituição do bem de família, tratada no Artigo 1.714 do Código Civil, estabelece que a mesma se dá mediante o registro do título no Registro de Imóveis e, para perfeita compreensão desse aspecto, veja-se a Lei nº 6.015, de 31.12.1973 (Artigo. 167, I, 1 c/c Artigo 260 a 265). Não demasiado lembrar que o Artigo 1.711, ao tratar dos títulos pelos quais o instituidor poderá lançar sua disposição de vontade, inovou, em relação ao testamento. No entanto, para tornar coerente o Artigo 1.711, o Artigo 1.714 deverá ser interpretado de forma a dar legitimidade para a instituição do bem de família não apenas aos cônjuges e aos terceiros, mas também aos companheiros e aos demais integrantes da entidade familiar.

Outro requisito para a instituição do *bem de família voluntário* é a solvibilidade do instituidor ao tempo da instituição, o que não significa a inexistência de dívida anterior à constituição, como se depreende da análise dos artigos 70 e 71 do Código Civil de 1916 e do artigo 1.715, do CC/2002.

Para o artigo 1.716, a isenção da impenhorabilidade do bem de família, de que trata o artigo 1.715, durará

enquanto viver um dos cônjuges, ou, na falta deste, até que os filhos completem a maioridade. A doutrina critica esse artigo por tratar-se de uma reedição do Artigo 70 do Código Civil de 1916, pois apresenta idêntico defeito, à medida que deveria incluir, além dos cônjuges, os conviventes e os instituidores integrantes da entidade familiar.

Nesse sentido, RITONDO²¹ esclarece que “cabe, por fim observar que, tendo em vista a compreensão extensiva do significado *entidade familiar*, extinguindo-se o bem de família por falecimento de ambos os cônjuges, ou ambos os companheiros, e restando apenas filho ou filhos maiores e capazes, estes e aquele poderão reconstituir o bem de família por intermédio de uma nova escritura pública e um novo registro, desde que preenchidos os requisitos exigidos em lei, incorrendo apenas numa pequena descontinuidade do benefício”.

O princípio constitucional da igualdade entre os cônjuges para a administração do bem de família vem expresso no Artigo 1.720, todavia, se entre eles não houver concordância caberá ao juiz decidir. O dispositivo legal deixou de citar os companheiros, que deveriam estar nele contemplados por força do Artigo

21 RITONDO, op. cit., p.61.

226, parágrafo 3º, da Constituição da República²², questão que caberá à jurisprudência resolver.

No Artigo 1.721, parágrafo único, dispõe que se a dissolução da união ocorrer por morte de um dos componentes do casal e o imóvel for o único por eles titulados, o sobrevivente poderá pedir a extinção do bem de família. No entanto, a extinção não é automática, devendo ser requerida ao juiz competente. Ocorre que o bem de família voluntário, quando instituído por ambos os cônjuges, ou companheiros, decorre da vontade comum de proteger a família, e não simplesmente o casal. A morte de um dos instituidores não faz fenecer a vontade que gerou a instituição do bem de família. A literalidade na interpretação do indigitado dispositivo legal pode conduzir à traição da vontade criadora da proteção familiar no caso concreto. Quando o ato de disposição competir a ambos os cônjuges, havendo filhos o casal, não poderá, por uma questão lógica, em caso de falecimento de um dos cônjuges ou companheiros, ficarem os filhos desprotegidos em face da possibilidade do cônjuge/companheiro sobrevivente postular judicialmente a extinção do bem de família com fulcro no parágrafo único do Artigo 1.721. Essa conclusão

encontra apoio, por analogia, no que dispõe o Art. 20 do Decreto-Lei nº 3.200/41, e no Artigo 1.722 do Código Civil, o qual estabelece que o bem de família se extingue com a morte “de ambos os cônjuges e com a maioria dos filhos”, o que, obviamente, também se aplicando à união estável.

2. A LEI Nº 8.009/90 E SUA APLICAÇÃO EM FACE DO ORDENAMENTO JURÍDICO ATUAL

Feitas as considerações a respeito da disciplina do Bem de família no Código Civil de 2002, passa-se à análise da Lei nº 8.009/1990, que trata da impenhorabilidade do imóvel próprio que serve à residência da família, e de outros bens acessórios, como equipamentos e móveis quitados que guarnecem o prédio. Como já assinalado, atualmente o bem de família é disciplinado por essas duas leis; na primeira, está presente o instituto jurídico do bem de família que a doutrina convencionou chamar de bem de família *voluntário*, que depende da vontade privada e do respeito à forma para sua constituição válida. Na segunda, tem-se o bem de família *legal*, que, para

22 RITONDO, op. cit., p.63.

a sua existência, validade e eficácia, dispensa escritura pública e a vontade privada sob qualquer aspecto. Trata-se de uma modalidade imposta verticalmente pelo Estado, para a proteção de um dos inalienáveis valores sociais da família, o direito à moradia, na concretização do princípio fundamental da dignidade humana, encartado na Constituição da República. Nesse sentido, é a lição de MARMITT.²³

Dispõe o *caput* do artigo 1º da Lei 8.009/1990, que o imóvel residencial próprio do *casal*, ou da *entidade familiar*, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos *cônjuges* ou pelos *pais* ou *filhos* que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei. O parágrafo único do mesmo artigo

estabelece que a impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados. Sendo assim, a primeira questão que se põe em discussão é quanto a palavra *casal* descrita no *caput* do Artigo 1º, cujo conceito deve ser estendido para abranger o par formado pelos companheiros, considerando que a Constituição da República, promulgada apenas dois anos antes, em seu Artigo 226, parágrafo 3º, os igualou para efeitos de proteção por parte do Estado. Em relação à *entidade familiar*, vide a mesma disposição constitucional, a qual se alinha o parágrafo quarto do mesmo artigo, que estendeu o conceito de entidade familiar à

23 MARMITT, Arnaldo. *Bem de família*. Rio de Janeiro: Aide. 1995, p. 21: “A nova lei implantou em nosso direito a impenhorabilidade coativa, sem reduzir a disponibilidade do proprietário, sem nada alterar em relação a ele, inobstante ter dado maior amplitude ao instituto do bem de família. Embora dispense a vontade do instituidor, não o despoja da livre disposição, por não impor a inalienabilidade da coisa. Sobrepôs, assim, o superior interesse da família a todos os demais interesses humanos, vez que a penhora de móveis e imóveis que se usufruem em comum, dentro do agrupamento familiar, em composses e em união de proveito, priva todos da utilidade, interferindo na esfera jurídica de todos. Quem não é parte passiva na execução por ela não pode ser afetado, a ponto de não mais poder se beneficiar de tais bens. A instituição do benefício *ex lege* dispensa a escritura pública, vez que é impositiva, sendo também irrelevante a circunstância de o beneficiário ser ou não devedor”.

comunidade formada por “qualquer dos pais e seus descendentes”.

Em nível infraconstitucional, a Lei nº 8.009, de 29.03.1990, em sintonia com, àquela época novel, Constituição da República, acolheu a expressão, guardando fidelidade ao seu estreito sentido. Note-se que o seu Artigo 1º faz referência ao “*casal*” e às dívidas contraídas pelos “*cônjuges*”, bem como à “*entidade familiar*” e as dívidas contraídas pelos “*pais ou filhos*”. O Código Civil de 2002 bem poderia ter contribuído para a evolução do instituto neste ponto, mas, tomado por uma timidez anacrônica, o legislador não o fez, valendo-se exclusivamente dos termos “*cônjuges*”, “*instituidor*”, “*filhos*” e “*interessados*”, sem em momento algum falar em “*companheiros*” entre os Artigos 1.711 e 1.722.

O benefício legal alcança o imóvel dos casais, homem e mulher,

legalmente casados, bem como os ligados através da união estável, sendo que o domínio no primeiro caso pode ser pertencente a ambos os cônjuges ou apenas um deles, ou, no caso de entidade familiar, pertencente a membro único ou a um conjunto de membros em condomínio, desde que residentes no imóvel, na condição de proprietários ou promitentes-compradores. Nesse sentido, é o entendimento da doutrina²⁴ e ²⁵:

Requisito indispensável para que se caracterize o bem de família previsto na Lei 8.009/1990, além da propriedade, é a *efetiva residência do casal ou da entidade familiar no bem*. Porém, como toda regra no direito comporta exceção, ela não deve ser interpretada de maneira absoluta, sob pena de prejudicar a finalidade do instituto. Nesse sentido, a jurisprudência tem acolhido o

24 RITONDO, op. cit., p.67: “Cumprе salientar, no entanto, que a indispensabilidade da propriedade do bem de família por parte do casal ou da entidade familiar deve ser mitigada para incluir o caso resida em um imóvel sobre o qual possua direito proveniente de contrato de compromisso de compra e venda quitado ou de escritura definitiva ou não registrada, por exemplo. Nesse sentido, reforça a afirmativa acima o fato de que o direito à adjudicação compulsória independe do registro do compromisso de compra e venda no cartório de imóveis, conforme esclarece Súmula nº 239 do Superior Tribunal de Justiça.”

25 MARMITT, op. cit., p.60: “Referindo-se a imóvel residencial próprio da entidade familiar, a Lei 8.009/1990 não deixou de abranger a posse da família sobre o bem que lhe serve de residência. Ora, a lei visa salvaguardar a moradia da família, não importando por óbvio se o imóvel que concretiza a moradia é de propriedade da família. Esta interpretação, aliás, somente reforça os propósitos eminentemente sociais da própria da lei.”

entendimento conforme os acórdãos abaixo colacionados.²⁶

Em verdade, para efeito das suas disposições, a Lei nº 8.009/90 não concebeu o bem de família visando a proteção do “*sustento*” da família, senão, apenas, para a sua “*moradia*”.

A proteção para o “*sustento*” só aportou na legislação com o Artigo 1.712 do Código Civil de 2002. Entretanto, como se depreende dos julgados citados, em especial do REsp 159.213/ES (Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJ 21.06.99), publicado antes da entrada em vigor do atual Código Civil, tal noção já havia sido incorporada à cultura jurídica

pátria, e adotada como fundamento de decidir pelos Tribunais.

A impenhorabilidade em estudo – bem de família **legal** – estende-se ao *imóvel de qualquer valor*, já que não há limitação na lei, o que em muito se aparta da impenhorabilidade alusiva ao bem de família **voluntário**, que deverá estar contido dentro da fração de um terço do patrimônio líquido do instituidor.²⁷

No que tange ao disposto no Artigo 2º da Lei 8.009/1990, que exclui da impenhorabilidade os veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos, trata-se de exceção à regra. Sobre o tema, veja-se o entendimento

26 (1) “..., em hipóteses que tais, a renda proveniente do aluguel pode ser utilizada para a subsistência da família ou mesmo para o pagamento de dívidas (cf. REsp 462.011/PB, da relatoria deste Magistrado, DJ 02.02.2004) (Resp.445/990/MG, Segunda Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, julgado em 09/11/04)

(2) “Dentro de uma interpretação teleológica e valorativa, calcada inclusive na teoria tridimensional do Direito-fato, valor e norma (Miguel Reale), faz jus aos benefícios da Lei 8.009/90 o devedor que, mesmo não residindo no único imóvel que lhe pertence, utiliza o valor obtido com a locação desse bem como complemento da renda familiar, considerando que o objetivo da norma foi observado, a saber, o de garantir a moradia familiar ou a subsistência da família” (REsp 159.213/ES, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJ 21.06.99)

(3) “...Uma interpretação sistêmica, e não literal, da Lei nº 8.009/90 leva a concluir que esta é apenas uma das características, dentre um conjunto de outras, que indica a situação de imprescindibilidade do imóvel à própria sobrevivência da unidade familiar, de modo que a sua locação não lhe afasta tal condição, desde que se comprove que tal procedimento seja levado a efeito em benefício da própria sobrevivência a família”. Precedentes do STJ. 2. (Resp.550387/SE, Primeira Turma, Min. Luiz Fux. Julgado em 16/10/03).

27 “... A sentença guerreada bem soube diferenciar bens impenhoráveis daqueles que não o são. Isso porque a impenhorabilidade dos móveis que guarnecem a residência

de GONÇALVES.²⁸ O parágrafo único do referido dispositivo legal traz a impenhorabilidade que se estende aos bens móveis quitados que guarneçam o imóvel no qual reside o devedor na condição de locatário e que sejam de sua propriedade. Por óbvio, ainda que a lei não preveja, seus benefícios se estendem aos bens móveis que guarnecem a casa do comodatário que reside, com sua família, em imóvel emprestado.²⁹

Relevante para o tema é a análise a respeito de dois incisos do Artigo 3º da dita Lei: o inciso IV, que trata da cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar, e inciso VII, que se ocupa da obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação. Justifica o estudo desses dois incisos a sua notória repercussão no meio jurídico. Primeiro, quanto ao inciso IV, este

do devedor, nos termos da Lei n. 8.009/90, por constituir exceção à regra da responsabilidade patrimonial, há que ser entendida restritivamente, mormente em sede de Juizado Especial Cível, sob pena de inviabilizar a satisfação do direito material do credor. 3. Isso resulta em impenhorabilidade apenas dos bens essenciais à dignidade e funcionalidade do lar, caso em que se enquadram geladeira, televisor e lava-roupas, mas não antena parabólica...” (Recurso Cível nº 71002867265, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Leandro Raul Klippel, Julgado em 23/11/2010)

Disponível em : <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=bens+moveis+impenhorabilidade&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%29&requiredfields=&as_q=&ini=30>. Acesso em: 07.11.11.

28 GONÇALVES, Carlos. *Impenhorabilidade do bem de família: Lei 8.009/1990, desfazimento das penhoras, arrematações e adjudicações anteriores, embargos de terceiro*. Porto Alegre: Síntese. 1998, p.191: “Melhor seria se em vez de “veículos de transporte” usasse a expressão “veículo particular de transporte de passageiros de uso não profissional” porque, assim, estariam desde logo, excluídos os veículos de transporte de cargas e de passageiros de uso profissional (táxi e ônibus) e outros utilizados para o desempenho de qualquer ofício ou profissão, inclusive motocicletas, bicicletas e carroças, etc. Ademais, o Artigo 649, inciso VI, do CPC já previa a ressalva quanto à impenhorabilidade dos livros, máquinas, utensílios e instrumentos necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão, onde quer que se encontrem. No que tange a adornos suntuosos, a conceituação do que sejam é bastante subjetiva, de sorte que tal classificação ficaria a critério do oficial de justiça.”

29 GONÇALVES, Idem, p.191.

exclui a impenhorabilidade do bem de família **legal** quando a execução for referente a tributos devidos em função do imóvel familiar e contribuições a ele relativas: Imposto sobre Propriedade Predial Territorial e Urbana (IPTU), Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural (ITR), Imposto sobre Serviço (ISS) e contribuição previdenciária arrecadada pelo INSS, ambos no caso da construção civil; e taxas decorrentes do poder de polícia, incidentes sobre o imóvel.³⁰ Incluem-se também nesta as despesas condominiais, por terem como fato gerador a manutenção do imóvel. É entendimento há muito consolidado na doutrina que tais despesas devem ser consideradas para excepcionar a impenhorabilidade do bem de família, em virtude de suas características, com o que não diverge a jurisprudência.³¹

Por força do Artigo 82 da Lei nº 8.245/1991, da Lei de Locações, foi incluído no Artigo 3º, da Lei 8.009/1990, o inciso VII, excetuando a impenhorabilidade por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação. RITONDO faz uma crítica contra o respectivo inciso, que estaria em contradição com “várias garantias do direito à moradia, restringindo-lhe os efeitos quanto ao fiador de relação locatícia, em verdadeira oposição ao mandamento constitucional que exige uma atitude negativa do legislador e do estado, no sentido de não se poder legislar ou atuar contraditoriamente às determinações constitucionais de proteção a esse direito fundamental. O inciso em exame constitui um retrocesso, visto que revoga a norma que qualifica o único imóvel do

30 RITONDO, op. cit., p.81.

31 (1) “...II - O vocábulo “contribuição” a que alude o inciso IV, Artigo 3º da Lei nº 8.009/90 não se reveste de qualquer conotação fiscal, mas representa, *in casu*, a quota parte de cada condômino no rateio das despesas condominiais. Nesta circunstância, a obrigação devida em decorrência da má conservação do imóvel da recorrente há de ser incluída na ressalva do mencionado dispositivo... STJ.Resp.1199.801/RJ, Terceira Turma, Rel. Min. Waldemar Zveiter, julgado em 16/05/2000).

(2) “PENHORA – BEM DE FAMILIA. Contribuições Condominiais – Artigo 3º, inciso IV, da Lei 8.009/1990 – Precedentes. I. Consolida-se nesta Corte entendimento jurisprudencial no sentido de que passível de penhora o imóvel residencial da família, quando a execução se referir a contribuições condominiais sobre ele incidentes. Precedentes da Quarta Turma: Resp. 160.710-SP. II. Recurso não conhecido (Terceira Turma, Resp.152-512-SP, Rel. Min. Valdemar Sveiter, julgado em 03/02/1999).

fiador, no qual reside com sua família impenhorável”.^{32,33}

Portanto, quanto a essa exceção de impenhorabilidade, divergem tanto doutrina quanto jurisprudência em relação à sua suposta inconstitucionalidade. A doutrina, quase que de forma pacífica, da qual é exemplo GONÇALVES³⁴, que entende ser esta previsão inconstitucional por violar a isonomia (Artigo 5º, *caput*, da CF/88) e a proteção da dignidade humana (Artigo 1º, III). Primeiro, porque o devedor principal (locatário) não pode ter o seu bem de família penhorado, enquanto o fiador (em regra devedor subsidiário – Artigo 827 do CC) pode suportar a constrição. A lesão à isonomia reside no fato da fiança ser contrato acessório, que não

pode trazer mais obrigações do que o contrato principal (locação). Em reforço, haveria desrespeito à proteção constitucional da moradia (Artigo 6º), uma das exteriorizações do princípio de proteção da dignidade da pessoa humana. De fato, em relação a esse inciso da Lei 8.009/1990, muitas são as discussões e divergências travadas em doutrina e em jurisprudência. Na primeira predominam os que defendem a inconstitucionalidade da norma, diante da sua afronta ao direito constitucional de moradia, ao passo que na segunda impera entendimento diverso, no sentido de não reconhecer a inconstitucionalidade. No bojo dessa discussão, RITONDO³⁵ aponta algumas soluções a fim de não haver o sacrifício do direito constitucional à moradia do fiador.

32 RITONDO, op. cit., p.88.

33 MARMITT, op.cit., p. 95, oferecendo o seu contributo, acrescenta: “Ocorre, assim, uma proteção excessiva do locatário em detrimento do fiador. Assegura-se a intangibilidade dos móveis quitados que guarnecem na moradia alugada, e não se isenta de penhora os mesmos bens do fiador e da sua família. Impossibilita-se, ainda, o exercício do direito regressivo do fiador contra seu afiançado, cujo bem de família e acessórios não garantem créditos ao fiador. Assim procedendo, o legislador injustiçou o cidadão que presta um grande serviço ao outro, um benefício ou favor, sem contraprestação nenhuma”.

34 GONÇALVES, op. cit, p.194 a 195.

35 RITONDO, op. cit., p.94: “De fato, seria, no mínimo, pouco criativo afirmar que a única solução para esse problema é o sacrifício do direito à moradia do fiador, juntamente com a desconsideração do princípio da isonomia, uma vez que já existe a alternativa de se ampliar o seguro-fiança locatício, apesar de haver resistência por parte das seguradoras em massificar esse tipo de cobertura. Além dessa, novas soluções podem ser desenvolvidas pelo mercado e fomentadas pelo Poder Público.”

O 4º Artigo³⁶ acrescenta mais uma hipótese para o afastamento da impenhorabilidade do *bem de família legal*. Pode se observar que o principal elemento formador do impedimento ao benefício é a má-fé do devedor, pois sabendo da sua insolvência e tendo a consciência da ilicitude do ato, transfere a residência familiar para imóvel mais valioso, com o intuito de fraudar seus credores. Entretanto, conforme explica GONÇALVES³⁷, “é condição *sine qua non* que seja presente a má-fé, a intenção preconcebida de lesar e locupletar-se o devedor, sacrificando os credores ao tornar impenhorável a nova casa de moradia pela simples ocupação como residência”. Configurada a

má-fé, o credor poderá recorrer ao Judiciário pela via da ação Pauliana, para anular o ato de alienação ou desfazer transferência indevida da impenhorabilidade do imóvel.

O parágrafo segundo do Artigo 4º da Lei nº 8.009/90 trata da impenhorabilidade do imóvel rural que serve à residência, enquanto o inciso XXVI do Artigo 5º da Constituição da República, cuida da impenhorabilidade rural em relação à dívidas decorrentes da sua atividade produtiva³⁸. São, portanto, casos diversos de impenhorabilidade do imóvel rural.

Quando a entidade familiar possuir vários imóveis, utilizando-os como residências, a *impenhorabilidade*

36 Art. 4º - Não se beneficiará do disposto nesta lei aquele que, sabendo-se insolvente, adquire de má-fé imóvel mais valioso para transferir a residência familiar, desfazendo-se ou não da moradia antiga.

§ 1º Neste caso, poderá o juiz, na respectiva ação do credor, transferir a impenhorabilidade para a moradia familiar anterior, ou anular-lhe a venda, liberando a mais valiosa para execução ou concurso, conforme a hipótese.

37 GONÇALVES, op. cit., p.195.

38 Art. 5º - inciso XXVI: “a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento”.

Lei nº 8.009, Art. 4º, §2º: “Quando a residência familiar constituir-se em imóvel rural, a impenhorabilidade restringir-se-á à sede de moradia, com os respectivos bens móveis, e, nos casos do art. 5º, inciso XXVI, da Constituição, à área limitada como pequena propriedade rural.”

legal terá de recair sobre aquele de menor valor, por força do Art. 5º da Lei nº 8.009/90, a não ser que ocorra a instituição do *bem de família voluntário*, na forma do Código Civil atual, respeitada a limitação do valor.

Da análise conjunta da Lei 8.009/1990 e do Código Civil de 2002, observa-se que cada diploma legal possui características distintas, além é claro de suas semelhanças. Já se viu no curso deste estudo que aquela lei rege o *bem de família legal*, instituto jurídico de direito público e, em princípio, irrenunciável, em virtude de emanar da própria Constituição da República para a proteção da moradia, do lar. O Código Civil de 2002, por seu turno, disciplina o *bem de família voluntário*, de direito material.³⁹

Do cotejo de ambas as leis exsurge em primeiro plano a questão alusiva à coexistência e à possibilidade de concomitância dos dois tipos de bem de família.

Há quem defenda que a preexistência da instituição do *bem de família voluntário*, seguido

do bem de família legal, sobre a mesma propriedade não implica a inutilidade da instituição voluntária. Nesse sentido, Rainer Czajnowski⁴⁰: “poder-se-á assegurar à família a impenhorabilidade sobre qualquer dos imóveis próprios, mesmo não sendo o de mais baixo valor, e a escolha voluntária prevalecerá, então, sobre a determinação legal”. Mas nessa hipótese não se terá a coexistência dos institutos jurídicos, e sim uma sobreposição. Invertendo a cronologia, na hipótese da instituição do *bem de família voluntário* – Código Civil de 2002, portanto, quando já em vigência o *bem de família legal* – Lei 8.009/1990, este cederá espaço, mas voltará a ter efeito em caso de desconstituição daquele. Inteligência do Artigo 1.711, *caput*, do Código Civil de 2002, que ressalva a manutenção das regras de impenhorabilidade da Lei 8.009/90.

Sendo assim, ambas as leis são admitidas e coexistem enquanto previsões hipotéticas e abstratamente consideradas, mas sua aplicação

39 De acordo com MARMITT, op. cit, p.18 e 19, “a inalienabilidade voluntária do bem de família é denominada de *pro tempore*, onde o proprietário tem a faculdade de usar e dispor do bem, sem riscos de perdê-lo e ser dele despojado”.

40 MARMITT, *apud*, RAINER, Czajkwonski, *A impenhorabilidade do bem de família*, p.32.

concreta, de forma concomitante, se mostra impossível.⁴¹ Se o objetivo do Estado é a proteção da residência familiar e, considerando que o mínimo necessário para garantir o direito fundamental à moradia pode ser alcançado com um imóvel apenas, não se poderá admitir, jamais, sob pena de se chancelar a fraude e o abuso, que dois imóveis possam se tornar impenhoráveis para a mesma finalidade.

Enquanto o *bem de família legal* é irrenunciável, o *bem de família voluntário* pode ser objeto de modificação e até de extinção por força da mesma vontade criadora. De acordo com o Artigo 1.717 *in fine*, o imóvel instituído como bem de família não pode ser alienado sem o consentimento dos interessados e seus representantes, ouvido o Ministério.

Sendo assim, *a contrario sensu*, mediante o consentimento exigido pela lei, poderá sê-lo.⁴²

A última pontual diferença entre os dois tipos de bens de família reside em torno da limitação de valor imposta ao *bem de família voluntário*, limitação esta que não é prevista na versão legal do instituto, uma vez que o Artigo 1º, parágrafo único da Lei 8.009/90, não traz nenhuma limitação de valor para o bem de família.

3. PRINCIPAIS TEMAS CONTROVERTIDOS EM JURISPRUDÊNCIA

Postos os esclarecimentos necessários para a compreensão do bem de família e suas disposições

41 MARMITT, *apud* Jurisprudência Brasileira, 170-21- DONALDO AMELIM.: “no reconhecimento de uma situação de vantagem prevista no parágrafo único do Artigo 5º da Lei nº 8.009/90, para a hipótese, de existindo vários imóveis utilizados como residência, subsistir impenhorável, aquele já declarado bem de família, ainda que o valor maior que os demais, excepcionando a regra no sentido de tal impenhorabilidade incidir nesse caso, relativamente àquele imóvel de menor valor”.

42 DINIZ, Maria Helena, *op. cit.*, p.1117: “Sendo certo, assim que, caso o marido resolva vendê-lo, deverá obter anuência de sua mulher e de seus filhos, que consentirão, por curador especial, designado pelo juiz, ouvindo-se ainda o órgão do Ministério Público. A cláusula somente poderá ser levantada por mandado do juiz se for requerido pelo instituidor que o justifique por motivo relevante e comprovado, ou por qualquer interessado, que prove desvio em sua destinação. Se na família houver menores impúberes, não poderá ser eliminada a cláusula de alienação do imóvel, salvo se houver sub-rogação em outro imóvel para a habitação da família, desde que razoavelmente justificada. Contudo, como já se observou, essa inalienabilidade será relativa, por subsistir apenas enquanto viverem os consortes e até que os filhos atinjam a maioridade”.

nas legislações vigentes, passa-se a análise dos três temas específicos de maior repercussão na jurisprudência atual.

O primeiro diz respeito à impenhorabilidade do imóvel destinado à moradia dos novos tipos de *entidades familiares* e de pessoas que vivam sozinhas, circunstâncias não previstas legalmente e que colocam em xeque o benefício do instituto.

Até algum tempo, o que se entendia por entidade familiar era apenas o agrupamento formado pelos *pais ou filhos*.⁴³ Note-se que a Lei nº 8.009/90 não diz pais “e” filhos, mas pais “ou” filhos, noção que foi reproduzida no Código Civil de 2002, como se depreende do “parágrafo único” do Artigo 1.720. Porém, em

tempos atuais, em que são constantes as mudanças no estado civil das pessoas, bem como suas preferências sexuais, e também a opção, ou a circunstância, de se viver sozinho, coube à jurisprudência abrandar o rigor legal no trato do instituto em questão.

Antes de outro comentário, é forçoso reconhecer a impossibilidade de a pessoa que viva sozinha se autobeneficiar com a instituição do bem de família voluntário, com assento no Código Civil. Entretanto, poderá, por interpretação jurisprudencial, como se verá adiante, beneficiar-se do instituto do bem de família legal (Lei nº 8.009/90). Nesse sentido, a bem colocada conceituação de entidade familiar, do Ministro Humberto Gomes de Barros.⁴⁴

43 Art. 1º da Lei nº 8.009/1990.

44 “Esse dispositivo formou-se na linha de interpretação ampliativa que o Superior Tribunal de Justiça desenvolve sobre Artigo 1º acima transcrito. Como registra o eminente Ministro Relator, nossa jurisprudência declara sob o abrigo da impenhorabilidade, a residência:

- a) da viúva, sem filhos (REsp. 276.004/Menezes Direito);
- b) de pessoa separada judicialmente (REsp 218.377/Barros Monteiro);
- c) irmãos solteiros (REsp 57.606/Alencar).

Esses três exemplos, lembrados pelo Ministro Relator, indicam a percepção de que o legislador, ao utilizar a expressão “entidade familiar” não se referiu à família coletiva, mas àqueles entes que a integram (irmãos solteiros) ou dela são remanescentes (viúva ou divorciado).

De fato, não teria sentido livrar de penhora a residência do casal e submeter a essa constrição a casa, onde um dos integrantes do casal continua a morar, após o falecimento de seu cônjuge.

Com acerto a percepção predominante em nossos Tribunais a respeito da ampliação do conceito de entidade familiar. Com sensibilidade, o judiciário apanhou o fato humano em algo que lhe é bem caro, a solidariedade. Não raro, ocorre de alguém, depois de longos e felizes anos de convivência no seio familiar, assistir ao passamento dos seus familiares, restando o último de sua estirpe. Seria incongruente, para não dizer desumano, proteger tal pessoa, no que toca à sua moradia, apenas enquanto existisse sua família. Desintegrado o grupo familiar, a família só resta nas lembranças, nos porta-retratos, na imaterialidade da saudade, e decididamente seria injusto e cruel tributar o infortúnio da

solidão com a sobretaxa do desamparo legal, que, há de se convir, soaria até discriminatório.

Portanto, consagrada a interpretação extensiva da entidade familiar, salvaguardando o direito à moradia a outras tantas pessoas, o Superior Tribunal de Justiça, valendo-se, como precedentes, dos Recursos Especiais nºs 139.012, 450.989, 57.606 e 159.851, sintetizou o seu entendimento na forma da Súmula nº 364: ***“O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas”***.⁴⁵

Em suma, o sistema jurídico pátrio põe a salvo da penhora por dívidas o prédio destinado à residência de

A interpretação teleológica do Artigo 1º revela que a norma não se limita ao resguardo da família. Seu escopo definitivo é a proteção de um direito fundamental da pessoa humana: o direito à moradia. Se assim ocorre, não faz sentido proteger quem vive em grupo e abandonar o indivíduo que sofre o mais doloroso dos sentimentos: a solidão”.

(Resp. 450-989-RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 07/06/2004)

Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=1202311&sReg=200200951187&sData=20040607&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 14/01/11.

45 Seguem, à guisa de exemplos, os seguintes julgados:

“CIVIL. BEM DE FAMÍLIA. Ação de reparação de danos proposta contra réu solteiro. Matrimônio superveniente, antes da execução da sentença de procedência, cuja penhora recaiu sobre imóvel em que o casal residia. Bem de família que se reconhece, porque à época do gravame o imóvel era impenhorável por força de lei. Recurso especial conhecido e provido” (Resp. 139.012. Rel. Min. Ari Pargendler – Terceira Turma. Julgado em 05/08/02).

“PROCESSUAL – EXECUÇÃO – IMPENHORABILIDADE – IMÓVEL – RESIDÊNCIA – DEVEDOR SOLTEIRO E SOLITÁRIO – LEI 8.009/90.

outros tipos de entidades familiares, bem como da pessoa que nele habita sozinha, como consequência do direito social à moradia, materializando o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, previsto na Constituição da República.⁴⁶

É em atenção a esse princípio fundamental que se deve proteger de forma especial a moradia enquanto direito social, não sendo razoável admitir, sob pena de injustificável discriminação, o desamparo de determinados grupos familiares ou de pessoas que, por alguma razão, que não cabe ao legislador investigar, se encontram vivendo sozinhas.

Cabe apenas registrar que, comungando o mesmo entendimento de BUZANAR, não se mostra correta

a construção do conceito de “*família unipessoal*” como um tipo de família, para que seja possível garantir à pessoa humana que viva sozinha a proteção prevista para o bem “de família”. Ora veja-se, uma pessoa sozinha não perfaz um casal e não configura uma família, porquanto, conceito de família é sociológico, e não jurídico; então, para que haja uma família, exige-se, no mínimo, duas pessoas.⁴⁷ O artifício que conduz ao conceito de *família unipessoal* esbarra na lógica, sem contar com o respaldo de qualquer outro ramo do conhecimento. De família não se trata, o que não implica concluir que a pessoa que viva sozinha não mereça o amparo do instituto jurídico em estudo. Apenas não é

- A interpretação teleológica do Artigo 1º, da Lei 8.009/90, revela que a norma não se limita ao resguardo da família. Seu escopo definitivo é a proteção de um direito fundamental da pessoa humana: o direito à moradia. Se assim ocorre, não faz sentido proteger quem vive em grupo e abandonar o indivíduo que sofre o mais doloroso dos sentimentos: a solidão. - É impenhorável, por efeito do preceito contido no Artigo 1º da Lei 8.009/90, o imóvel em que reside, sozinho, o devedor celibatário. “(REsp 450.989-SP, Corte Especial, DJ de 07/04/2003)

Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=1202311&sReg=200200951187&sData=20040607&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 14.01.11.

46 BUNAZAR, Maurício; op. cit.; p. 415: “É tempo de repensar o instituto e sua denominação, porque o sistema constitucional pátrio garante o direito de moradia à pessoa humana independentemente de viver ou não em família, afinal não haveria sentido em deixar sem proteção alguém só pelo fato de ser só. O instituto que estabelece a impenhorabilidade da moradia, tenha o nome que tiver, deve proteger a pessoa humana, viva em grupo familiar, viva isoladamente.”

47 BUNAZAR, Maurício; op. cit.; p. 415.

família. Poder-se-ia com isso cogitar que resta superada a denominação do instituto em exame, visto que abrangendo outras hipóteses, além da família, de “bem de família” já não seria, exclusivamente. Nesse sentido, BUZANAR que, embora não sugerindo outra denominação, preconiza a superação daquela atualmente em uso. No entanto, o abandono da denominação tradicional nos parece desnecessário, ao menos até aqui, não tendo uma exceção a dimensão necessária para impor a modificação da expressão que denomina a regra geral. É verdade que o instituto em estudo vem sofrendo modificações importantes, vem alargando suas hipóteses de incidências, objetiva e subjetivamente, e talvez em um futuro próximo seja aconselhável rever sua denominação, porém não nesse estágio de sua evolução. Para a família é que ele se volta, sendo a pessoa que viva só apenas uma exceção.

O segundo tema relevante enfrentado em jurisprudência reside na divergência quanto à validade do oferecimento do bem de família à

penhora pelo próprio devedor, que, assim, abriria mão da proteção à moradia familiar. Esse tema traz à baila a análise do direito (ou falta dele) do proprietário dispor do imóvel com base na autonomia privada da vontade. Nesse caso, em jurisprudência, se fala em “bem de família *ofertado*”.

Imagine-se o caso em que um devedor, executado, ofereça o próprio Bem de Família, imóvel de sua residência e de seus familiares, à penhora. Estaria ele, sem dúvida alguma, no exercício da autonomia privada da sua vontade, renunciando à impenhorabilidade do bem de família em favor do credor. Mas seria realmente dado ao devedor o exercício de tal faculdade? O direito conferido pelo Estado na forma da Lei nº 8.009/90 seria *renunciável*?

Há quem sustente que a proteção constante da Lei 8.009/90, em situações excepcionais, seria passível de renúncia, pois estaria na parte disponível dos direitos pessoais e, nesse sentido, já há entendimento do Superior Tribunal de Justiça.⁴⁸

Todavia, com o mais elevado respeito, não há como concordar

48 “CIVIL. BEM DE FAMÍLIA. LEI Nº 8.009, DE 1990. A impenhorabilidade resultante do Artigo 1º da Lei nº 8.009, de 1990, pode ser objeto de renúncia válida em situações excepcionais; prevalência do princípio da boa-fé objetiva. Recurso especial não conhecido” (Resp nº 554.622/RS, Relator Ministro Ari Pargendler, DJ de 01/02/2006, 527).

Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=2203372&sReg=200300849110&sData=20060201&sTipo=5&formato=P. Acesso em: 14.01.11.

tal posicionamento, porquanto, a premissa basilar para a tese contrária é de que o *Bem de Família Legal* envolve um *direito* social fundamental, calcado em um *princípio* constitucional fundamental: o direito à moradia e a dignidade da pessoa humana. A partir dessa ideia, decorrem todos os contra-argumentos à autonomia privada do devedor de dispor do bem de família.

A conclusão de que a renúncia ao *Bem de Família Legal* é inadmissível, e de que a autonomia privada por parte do devedor não é capaz de gerar

efeitos válidos, é um entendimento que se impõe pela própria lógica do instituto jurídico em estudo, à medida que a conduta do renunciante constitui o exercício de um direito nefasto à entidade familiar, em confronto com a clara intenção da Lei nº 8.009/90 e, de forma mais drástica, da própria Constituição da República, e nesse sentido também há julgados do Superior Tribunal de Justiça que advogam favoravelmente.^{49,50}

No direito português, CARDOSO, citando o entendimento

49 PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. BEM DE FAMÍLIA OFERECIDO À PENHORA. RENÚNCIA AO BENEFÍCIO ASSEGURADO PELA LEI 8.009/90. IMPOSSIBILIDADE.

1. A indicação do bem de família à penhora não implica renúncia ao benefício conferido pela Lei 8.009/90, máxime por tratar-se de norma cogente que contém princípio de ordem pública, consoante a jurisprudência assente neste STJ.

2. Destarte, a indicação do bem à penhora não produz efeito capaz de elidir o benefício assegurado pela Lei 8.009/90. Precedentes: REsp 684.587/TO, Relator Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Quarta Turma, DJ de 13 de março de 2005; REsp 242.175/PR, Relator Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Quarta Turma, DJ de 08 de maio de 2.000; REsp 205.040/SP, Relator Ministro EDUARDO RIBEIRO, Terceira Turma, DJ de 15 de abril de 1999).

3. As exceções à impenhorabilidade devem decorrer de expressa previsão legal.

4. Agravo Regimental provido para dar provimento ao Recurso Especial (Min. Relator Francisco Falcão. Agr. Resp. nº 813.546, julgado em 10/04/07).

Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=3122656&sReg=200600192188&sData=20070604&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 14.01.11

50 PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. EMBARGOS. BEM DE FAMÍLIA. IMÓVEL INABITADO DEVIDO A DESMORONAMENTO PARCIAL. ÚNICO BEM. RENÚNCIA INCABÍVEL. PROTEÇÃO LEGAL. NORMA DE ORDEM PÚBLICA. LEI N. 8.009/90.

de Pinto Furtado, faz alusão à possibilidade de penhora sobre o bem de família, se o cônjuge do executado deu o seu assentimento no processo à nomeação feita por este⁵¹. A noção apresentada remete à concepção de um instituto jurídico cuja proteção tem um caráter mais patrimonial (bens) do que social (família), algo que não se afina com a linha adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, que se estrutura a partir da Constituição da República, que possui outra inspiração, conforme já apontado.

O terceiro tema controvertido, aqui reputado como relevante, e um dos mais polêmicos, está na divergência, em doutrina e em jurisprudência, acerca da penhora do bem de família do fiador de locação, previsto como exceção de impenhorabilidade na Lei 8.009/90 (Artigo 3º, inciso VII, inserido pela Lei de Locações nº 8.245/91). Em curta síntese, em doutrina e em jurisprudência a divergência diz respeito à constitucionalidade ou à inconstitucionalidade do precitado dispositivo legal.

I. A proteção legal conferida ao bem de família pela Lei n. 8.009/90 não pode ser afastada por renúncia ao privilégio pela devedora, constituindo princípio de ordem pública, prevalente sobre a vontade manifestada, que se tem por viciada *ex vi legis*.

II. A circunstância de achar-se desocupado o bem, após parcial desmoroamento, não constitui motivo à descaracterização do bem de família, sob pena de se agravar a situação de infortúnio experimentada pela executada, que, segundo a prova colhida, mora “de favor na casa dos pais”.

III. Recurso especial conhecido e provido, para afastar a constrição incidente sobre o imóvel (MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR, relator, RECURSO ESPECIAL Nº 684.587 – TO, julgado em 18.11.04).

Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=1515583&sReg=200401158692&sData=20050314&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 14.01.11

51 CARDOSO, Augusto Lopes. *Da Responsabilidade dos Cônjuges por Dívidas Comerciais*. Temas de Direito de Família. Coimbra: Livraria Almedina. 1986, p. 204/205: “Não servirá também de argumento que o próprio executado poderia ter nomeado bens comuns certos, pois que se nos afigura que, se o Tribunal tiver conhecimento, pelo modo como for feita a nomeação, que os bens têm aquela natureza, deverá opor-se pelo mesmo modo, pois que está em causa uma disposição que se destina, não directamente, a proteger o executado, mas o patrimônio familiar, de que ele é apenas um dos titulares. O mesmo não se acontecerá, evidentemente, se o cônjuge do executado deu o seu assentimento no processo à nomeação que o outro fez.”

Em doutrina defende-se a inconstitucionalidade da exceção de impenhorabilidade prevista no Artigo 3º, inciso VII, da Lei 8.009/90, uma vez que ele afronta os princípios e as garantias previstos na Constituição da República: o direito à moradia (previsto no Artigo 6º, com sua redação dada pela Emenda Constitucional nº 26/2000). É preciso dizer que

esse entendimento também encontra eco em parcela da jurisprudência, como se extrai, à guisa de exemplo, do julgamento monocrático do Ministro Carlos Mário Velloso, no RE 352.940-4/SP (decisão julgada em 25/04/2005).⁵²

Entretanto, esse posicionamento foi alterado no julgamento do Recurso Extraordinário nº 407.688-SP, tendo

52 “A Lei 8.009, de 1990, Artigo 1º, estabelece a impenhorabilidade do imóvel residencial do casal ou da entidade familiar e determina que não responde o referido imóvel por qualquer tipo de dívida, salvo nas hipóteses previstas na mesma lei, Artigo 3º, inciso I a VI. Acontece que a Lei 8.245, de 18.10.91, acrescentou o inciso VII, a ressaltar a penhora “por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.” É dizer, o bem de família de um fiador em contrato de locação teria sido excluído da impenhorabilidade. Acontece que o Artigo 6º da C.F., com a redação da EC nº 26, de 2000, ficou assim redigido: “Artigo 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, a segurança a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. O bem de família, a moradia do homem e sua família justifica a existência de sua impenhorabilidade: Lei 8.009/90, Artigo 1º. Essa impenhorabilidade decorre de constituir a moradia um direito fundamental. Posto isso, veja-se a contradição: a Lei 8.245, de 1991, excepcionando o bem de família do fiador, sujeitou o seu imóvel residencial, imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar à penhora. Não há dúvida que a ressalva trazida pela Lei 8.245, de 1991, no inciso VII do Artigo 3º feriu de morte o princípio isonômico, tratando desigualmente situações iguais, esquecendo-se do velho brocardo latino: *ubi eadem ratio, ibi eadem legis* dispositivo, ou em vernáculo: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito. Isto quer dizer que, tendo em vista o princípio isonômico, o citado dispositivo, inciso VII do Artigo 3º, acrescentado pela Lei 8.245/91, não foi recebido pela EC 26, de 2000. Essa não recepção mais se acentua diante do fato de a EC 26, de 2000, ter estampado, expressamente, no Artigo 6º, C.F., o direito à moradia como direito fundamental de 2ª geração, direito social. Ora, o bem de família da Lei 8.009/90, Artigo 1º, encontra justificativa, foi dito linha atrás, no constituir o direito à moradia um direito fundamental que deve ser protegido e por isso mesmo encontra garantia na Constituição. Em síntese, o inciso VII do Artigo 3º da Lei 8.009, de 1990, introduzido pela Lei 8.245, de 1991, não foi recebido pela C.F., Artigo 6º, redação da EC 26/2000.”

como Relator o Min. Cezar Peluso, que argumentou no sentido de que não há conflito entre a Lei 8.009/1990 e a Constituição.⁵³ De certo que, se prevalecesse o entendimento contrário, haveria um desequilíbrio no mercado imobiliário.

Como se vê, o inciso VII do Artigo 3º da lei 8.009/90 vem gerando divergências, tanto em doutrina quanto em jurisprudência. No precitado julgamento⁵⁴, manifestaram-se contrariamente os ministros Eros Grau, Carlos Ayres Britto e Celso de Mello, proferindo votos no sentido da inconstitucionalidade do inciso em exame. Os votos divergentes no julgamento foram no sentido de que a Constituição ampara a família e

a sua moradia e que essa proteção consta do artigo 6º da Constituição da República, de forma que tal direito, porque fundamental, tornaria indisponível o bem de família para a penhora. No entanto, como já salientado, prevaleceu o entendimento do eminente Ministro Relator. Por 7 votos a 3, o plenário acompanhou o voto do ministro Cezar Peluso e, assim, mantendo a decisão proferida pelo Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo, que determinou a penhora do bem de família do fiador. O acórdão foi publicado em outubro de 2006.⁵⁵

Não obstante essa decisão do Supremo Tribunal Federal, o tema ainda vem rendendo discussões e divergências jurisprudenciais, do que são

53 “EMENTA: Fiador. Locação. Ação de despejo. Sentença de procedência. Execução. Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado. Penhora de seu imóvel residencial. Bem de família. Admissibilidade. Inexistência de afronta ao direito de moradia, previsto no Artigo 6º da CF. Constitucionalidade do Artigo 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009/90, com a redação da Lei nº 8.245/91. Recurso extraordinário desprovido. Votos vencidos. A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do Artigo 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei nº 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o Artigo 6º da Constituição da República (RE 407688, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 08/02/2006).

Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261768>>. Acesso em: 17.01.11.

54 Idem.

55 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261768>>. Acesso em: 17.01.11.

exemplos os julgados cujas ementas vão transcritas neste estudo. A linha jurisprudencial que perfilha o entendimento sobre a penhorabilidade do bem de família, em face da renúncia do interessado/proprietário, reconhece a preponderância do princípio da autonomia da vontade privada, no

exercício do poder de dispor do imóvel (constitucionalidade do inciso VII, Artigo 3º, da Lei 8.009/90).⁵⁶

Mas também há que sustente em sentido diametralmente oposto, defendendo a impenhorabilidade, com base na inconstitucionalidade do indigitado dispositivo legal.⁵⁷

56 (1) STF. AI N. 584436/ RJ – Rel. Min. Cesar Peluso, julgado em 03/02/09).

(2) “...se foi indicado à penhora pelo próprio devedor, cônjuge da embargante, em acordo homologado. Renúncia a eventual direito... (TJRS. Apel. n. 70022628614, julgado em 26/05/08).

(3) ... Não se decreta a nulidade de negócio jurídico, firmado à luz do artigo 104, do CC, por meio do qual a embargante, expressamente, renunciou à impenhorabilidade de seu bem de família, dado em garantia ao pagamento de dívida contraída por seu marido. Embora se reconheça a proteção conferida à família pela Constituição da República, em seu artigo 226, exteriorizada, dentre outras formas, pela garantia do direito à moradia, regulada pela Lei nº 8.009/90, não se pode admitir tamanha intervenção do Estado na vontade, livremente manifestada, do particular, o que equivaleria a dizer que os cidadãos não têm condições de gerir a sua própria pessoa e bens, culminando com a violação de um outro direito individual, constitucionalmente assegurado, que é o da propriedade (artigo 5º, XXII). (TJMG. Apel. nº 1.0079.05.196849-7/001. Julgado em 04/06/08).

(4) ...Possibilidade de que a constrição recaia sobre bem imóvel de quem presta fiança locatícia, mesmo que não possua outros da mesma natureza e lhe sirva de moradia. Incidência do Artigo 3º, inciso VII, da Lei nº 8.009/90, com a alteração procedida pelo Artigo 82 da Lei nº 8.245/91. Precedentes desta Corte, do STJ e do STF (Agravado de Instrumento Nº 70040127870, 16ª Câmara Cível, TJRS, julgado em 21/12/2010).

57 (1) ...A proteção legal conferida ao bem de família pela Lei n. 8.009/90 não pode ser afastada por renúncia ao privilégio pelo devedor, constituindo princípio de ordem pública, prevalente sobre a vontade manifestada, que se tem por viciada *ex vi legis*. (STJ. Resp. n. 805-713, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior. Julgado em 15/03/05).

(2) ...A Lei nº 8.009/90 disciplina hipóteses de impenhorabilidade absoluta, com normas de caráter público, impositivo, constituindo direito irrenunciável... Portanto, em virtude da natureza jurídica desse diploma legal, ainda que o executado ofereça o bem à penhora, tal ato não pode ser considerado como renúncia ao direito previsto na lei em questão, para especial proteção dos membros da entidade familiar que utilizam o imóvel para moradia, podendo inclusive o próprio devedor embargar para alegar a nulidade da constrição (TJMG. Apel n.1.0261.04.030180-4/001(1), Rel. Des. Dárcio Lopardi Mendes. Julgado em 06/09/07).

O quarto e último tema de relevância enfoca especificamente a possibilidade de penhora da única residência da pessoa hipossuficiente por dívida de tributos incidentes sobre o respectivo bem, em face da exceção prevista no Artigo 3º, inciso IV, da Lei nº 8.009/90.

Nota-se aqui a combinação de outros temas polêmicos: a impenhorabilidade do bem que serve à residência de pessoa que mora sozinha, agravada com a particularidade da hipossuficiência; e a discussão que cerca a constitucionalidade das exceções previstas na Lei nº 8.009/90, no seu Artigo 3º.

MELLO DOS SANTOS⁵⁸, em interessante trabalho, procura demonstrar a existência de uma colisão entre aquela exceção legal (Artigo 3º, inciso IV) e as normas constitucionais que estabelecem o respeito à função social da propriedade imobiliária urbana e o direito à moradia. Dito autor defende o que denomina de “*uma real aplicação*” das disposições constitucionais no caso específico, sob pena de ocorrer uma crise no reconhecimento e na identidade daquelas garantias

constitucionais. Nesse caminho, argumenta que o direito à moradia é vinculado às necessidades básicas do ser humano (classificado como um direito da personalidade), e que o mesmo já poderia ser reconhecido a partir do princípio da função social da propriedade, previsto constitucionalmente, à medida que o proprietário, ao utilizar seu imóvel para moradia, está destinando o seu imóvel ao exercício dessa função. Por fim, conclui no sentido de que o direito fundamental social à moradia pode ter a efetividade pretendida, impedindo qualquer tipo de constrição legal, sem encontrar obstáculos, “na medida em que serve de fundamento para a declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade (no caso do direito fundamental já estar concretizado por meio de legislação ordinária) de todo e qualquer ato legislativo, administrativo ou mesmo privado que ofenda o seu conteúdo mínimo.” Ou seja, seria possível “exigir do legislador e do intérprete que não adotem comportamentos no sentido de subverter o sentido dessa norma.”

Tal entendimento representa posição minoritária na doutrina, e

58 MELLO DOS SANTOS, Wagner: “A Impenhorabilidade do Imóvel Residencial da Pessoa Hipossuficiente por Dívida de Tributos: Proteção ao Direito à Moradia e Aplicação da Justiça Social Tributária.” Disponível em: <http://www.uff.br/ppgsd/dissertacoes/wagner_mello.doc> Acesso em: 25.01. 2011.

com ela não podemos concordar. As decisões judiciais que admitem a penhora do único bem da pessoa por dívida de IPTU, mesmo que hipossuficientes, com fundamento na exceção prevista na Lei nº 8.009/90, não é inconstitucional, ao contrário do que preconiza MELLO DOS SANTOS, pois não impede a implementação e a realização dos direitos fundamentais previstos na Constituição da República. A discordância dessa parcela da doutrina assenta-se no argumento de que as decisões judiciais prestigiam demasiadamente o Artigo 3º da precitada lei, sem considerar uma interpretação mais ampla, bem como os dispositivos constitucionais que determinam o respeito à função social da propriedade e ao direito à moradia, que, segundo MELLO DOS SANTOS⁵⁹, vêm sendo mantidos sem aplicabilidade e efetividade.

Na ausência de posicionamento específico do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, resta analisar o que vem sendo entendido em jurisprudência perante os tribunais da Federação, a respeito da exceção prevista no inciso IV do Artigo 3º, considerando a interpretação pretoriana em relação ao inciso VII (fiança locatícia).

Segundo MELLO DOS SANTOS⁶⁰ citando o resultado do julgamento do Recurso Extraordinário nº 407699, “a possibilidade de penhora do único bem da pessoa por dívida de fiança em contratos locatícios indica, em tese, uma disposição de afastar princípios de justiça social (como, por exemplo, a função social da propriedade e/ou moradia) em prol do princípio da autonomia da vontade”.

Fosse prevalecer o entendimento que torna a impenhorabilidade do bem de família algo absolutamente inatingível, bastaria promulgar uma lei com artigo único, com expressa observação de que não comporta exceções. Porém, tamanho reducionismo contrasta com a complexidade da realidade social. Os conteúdos dos princípios fundamentais não podem ser completados ao sabor das conveniências, de inclinações políticas e ideológicas, que se movem e se transformam com o tempo. É a lei ordinária, sim, instrumento de complemento e de concretização dos princípios fundamentais. Dizer que o direito à moradia não encontra obstáculos, sob pena de ser negada a Constituição, poderia legitimar toda e qualquer invasão à propriedade privada por qualquer pessoa que não possua residência própria. Ou seja, o homem

59 MELLO DOS SANTOS, Wagner; op. cit.

60 Idem.

sério e probo, que paga o seu aluguel todos os meses, seria um tolo. Se o direito à moradia pode ter a extensão pretendida pela parte da doutrina que preconiza a inconstitucionalidade do inciso IV do Art. 3º da Lei 8.009/90, entendendo não caber nenhuma restrição ou exceção ao sagrado direito de morar, então, qual seria o limite para essa interpretação? Pior fica, quando se pretende relegar o Direito Civil a uma condição menor, no processo de individualização do direito ao caso concreto.⁶¹ Com toda a certeza, o Direito Civil codificado é um obstáculo às interpretações livres a respeito dos preceitos constitucionais. Sem ele, a jurisprudência estaria absolutamente livre para preencher os conteúdos dos princípios constitucionais, porta que também estaria aberta àqueles que determinam as políticas públicas do País. Olvidam, porém, que a nossa tradição não é herdeira do sistema da *common law*.

Por tudo isso, não se pode aceitar o argumento de MELLO DOS SANTOS⁶², de que “o Estado somente poderia retirar o imóvel quando implementasse políticas públicas capazes de garantir o acesso ao direito à moradia daquele indivíduo inadimplente com tributos incidentes sobre o respectivo bem”, até porque tal argumento não resiste à conclusão, que o próprio autor refere em outra passagem de seu trabalho, de que “um direito social que pode ser desenvolvido e implementado de diversas maneiras, por meio de inúmeras políticas públicas, como por exemplo, o aluguel social, mutirões, alojamentos, financiamento de imóveis, dentre outras experiências”. Ora! Se o objetivo de proteção à moradia pode ser alcançado por outros meios, bastando vontade política para tanto, não há razão para sacrificar outros interesses, que também importam para a organização e prosperidade econômica do País.

61 Ibidem: “Ademais, alguns doutrinadores não ousaram suscitar maior aplicabilidade aos dispositivos constitucionais comentados, isso porque a interpretação era realizada (e ainda é, como veremos no caso concreto analisado) com fundamento, em regra, no Código Civil ou em leis esparsas e não na Constituição Federal. Essa afirmação acima pode ser corroborada através da observação feita por Gustavo Tepedino, em texto escrito antes da promulgação do Novo Código Civil, onde ressalta que “os civilistas brasileiros, ainda hoje, reservam à norma ordinária o papel central no processo interpretativo. A prioridade e a imprescindibilidade da norma ordinária na aplicação da Constituição são proposições que se revelam mais que inquietantes: a primeira subverte a hierarquia do sistema, incorrendo no frequente erro de ler a Constituição à luz do código, ao invés de ler o código à luz da Constituição; a segunda, herança da concepção tradicional, não deveria ser hoje considerada mais do que um mero preconceito”.

62 MELLO DOS SANTOS, Wagner, op. cit.

CONCLUSÕES

Analisada a evolução histórica do bem de família, flagra-se que a sua concepção original, no Código Civil de 1916, foi bastante modificada até os dias atuais, de tal modo que coexistem dois tipos desse instituto jurídico: o *bem de família legal*, previsto na Lei nº 8.009/90, que decorre de uma imposição do Estado, e o *bem de família voluntário*, com lugar no Código Civil de 2002, que pode ser instituído com base na autonomia da vontade privada. Certo é, no entanto, que ambos os tipos de bem de família atualmente vigentes servem para uma *proteção* bem maior que aquela prevista originalmente. Agora, não apenas as famílias, mas também as entidades familiares e até as pessoas solteiras estão protegidas. Outro alargamento do instituto jurídico em estudo está na inovação trazida com o Código Civil de 2002, estendendo a *proteção* para além da *moradia*, para abranger também o *sustento* da família e da entidade familiar.

A Constituição da República teve papel fundamental na evolução do instituto jurídico em comento, à medida que, em seu Artigo 226, propiciou grandes avanços, ampliando o conceito das entidades familiares. Trouxe, também, as cláusulas de igualdade entre os cônjuges, o reconhecimento da união

estável e o direito fundamental da moradia (Artigo 6º), incluído como direito fundamental pela Emenda Constitucional nº 26, de 2000, se tornou um dos princípios norteadores do instituto bem de família, muito embora tardiamente, por ser posterior à Lei 8.009/90.

O legislador tem se sensibilizado com os percalços econômicos enfrentados pela família brasileira, uma vez que várias são as adaptações implantadas no instituto do bem de família, ao passo que a jurisprudência vem exercendo um papel fundamental para a concretização do instituto jurídico, em razão das controvérsias que lhe chegam, carentes de pacificação.

Cumprе destacar uma forte inclinação à limitação da autonomia privada, tão cara ao Direito Civil, pela tutela constitucional da moradia. O que se pode observar dos julgados transcritos no curso deste trabalho é a tendência desse direito fundamental se sobrepor ainda mais ao direito de propriedade. A limitação imposta ao devedor quanto à renúncia ao bem de família legal, em favor do pagamento de dívidas, e, ainda, a divergência travada quanto à inconstitucionalidade do inciso VII do Artigo 3º da Lei nº 8.009/90, demonstram que o instituto do bem de família vem paulatinamente se sobrepondo aos aspectos eminentemente patrimoniais.

BIBLIOGRAFIA

- AZEVEDO, Álvaro Vilaça. *Bem de Família*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1984.
- BUNAZAR, Maurício. *O Duplo Tratamento Legal do Bem de Família e Suas Repercussões Práticas*. Direito de Família e das Sucessões / coordenação Gisela Maria Fernandes Novaes Hironaka, Flávio Tartuce, José Fernandes Simão. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.
- CARDOSO, Augusto Lopes. *Da Responsabilidade dos Cônjuges por Dívidas Comerciais. Temas de Direito de Família*. Coimbra: Livraria Almedina. 1986.
- DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ESPINOLA, Eduardo. *Breves Anotações ao Código Civil Brasileiro*. Volume Primeiro. Bahia: Joaquim Ribeiro & Co Editores, 1918.
- GONÇALVES, Carlos. *Impenhorabilidade do bem de família: lei 8.009/90, desfazimento das penhoras, arrematações e adjudicações anteriores e embargos de terceiro*. 4ª edição. Porto Alegre: Síntese, 1998.
- MARMITT, Arnaldo. *Bem de família*. Rio de Janeiro: Aide, 1995.
- MELLO DOS SANTOS, Wagner: *A Impenhorabilidade do Imóvel Residencial da Pessoa Hipossuficiente por Dívida de Tributos: Proteção ao Direito à Moradia e Aplicação da Justiça Social Tributária*. Disponível em <http://www.uff.br/ppgsd/dissertacoes/wagner_mello.doc> Acesso em: 25. 01. 2011.
- PARIZATTO, João Roberto. *Da Penhora e da Impenhorabilidade de Bens no CPC e na Lei Nº 8.009/90*. São Paulo: LED Editora de Direito. 1998.
- RITONDO, Domingo Pietrangelo. *Bem de família*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2008.

AS GARANTIAS DOS FILHOS FRENTE À ALIENAÇÃO PARENTAL

Monaliza Costa de Souza*

RESUMO

A Alienação Parental, reconhecida juridicamente no âmbito da Lei n. 12.318, de 26 de agosto de 2010, apresentou um problema já existente, que já possuía respaldo nas legislações existentes, mas que encontrava dificuldade de identificação e prova. Apesar da lei publicizar o ato de alienação, as dificuldades ainda permanecem, e, enquanto tem sido observada e discutida pelos profissionais da área, ainda presencia muitas crianças e adolescentes vítimas sem uma solução eficiente, que não repercute para os seus futuros. A sociedade, em contrapartida,

parece ainda desconhecer que a criança e o adolescente são pessoas em desenvolvimento e merecem prioridade na observância aos seus direitos e garantias, e respeito a eles. Nesse contexto, entendeu-se importante desenvolver o assunto destas garantias e direitos, face aos princípios do Direito de Família da atualidade, como uma possibilidade de alertar a sociedade e os profissionais das áreas multidisciplinares que estão envolvidos em questões ligadas à Alienação Parental, para estas crianças e adolescentes que podem ver-se afetados psicologicamente e socialmente de forma profunda, podendo refletir em suas vidas adultas.

* Advogada; Pós-graduanda em Direito de Família Contemporâneo e Mediação pela ESADE; Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM/RS.

Palavras-chave: *Alienação Parental. Síndrome da Alienação Parental (SAP). Crianças. Adolescentes. Direitos. Garantias.*

Introdução. 1 A Alienação Parental. 2 A família. 2.1 A tutela da família nas Constituições Federais. 2.2 Breve histórico dos filhos e da família. 3 Os princípios do direito de família com relação aos filhos (crianças ou adolescentes). 3.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 3.2 Princípio da Solidariedade. 3.3 Princípio da Liberdade. 3.4 Princípio da Igualdade. 3.5 Princípio da Convivência Familiar. 3.6 Princípio da Afetividade. 3.7 Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente. 3.8 Princípio da Paternidade Responsável. 4 O sistema protetivo conferido à criança e ao adolescente. 4.1 O Poder Familiar. 4.2 A Guarda. 4.3 Os benefícios trazidos pela Lei da Alienação Parental (Lei nº 12.318/2010). Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Analisar as garantias das crianças e dos adolescentes, decorrentes dos princípios do direito de família especificamente com relação aos casos de alienação parental é tarefa de grande relevância, principalmente num momento em que as entidades familiares têm ganhado espaço pelos

direitos de seus membros e não pela forma como se organizam.

Nesse sentido o presente trabalho traz o desenvolvimento do tema demonstrando aquilo que de mais importante tem a doutrina atual, com algumas referências à história, sobre: a alienação parental; a família; os princípios do direito de família aplicáveis às relações entre os pais e os filhos; e o sistema protetivo conferido à criança e ao adolescente.

Deste modo, será possível criar um panorama que define em que linhas estão traçadas as garantias que crianças e adolescentes têm e que são feridas nos atos de alienação. De modo que, com isso, se possa demonstrar que aos profissionais cabe auxiliar na divulgação desses direitos, e aos pais cabe a real responsabilização pela formação familiar, ato que lhes é livre e, por este motivo, deve ser bem pensado, planejado e assumido com seriedade.

A escolha da bibliografia utilizada foi dentre os autores que têm publicações mais recentes, para que a pesquisa pudesse esboçar um pensamento desta doutrina, não descartando algumas menções a autores já consolidados no âmbito jurídico e alguns estrangeiros que complementam os entendimentos acerca da alienação parental, tema novo no Direito brasileiro.

Pretende-se contribuir para que este tema tenha uma repercussão

positiva e seja possível aperfeiçoar a aplicação das normas com base numa interpretação que atente para as necessidades da sociedade atual.

1 A ALIENAÇÃO PARENTAL

A Alienação Parental é a campanha de desqualificação feita, geralmente, pelo genitor guardião, em desfavor do não guardião, aos seus filhos, com o objetivo de afastá-los, podendo em um nível mais grave transformar-se o ato em transtorno psicológico, a síndrome.¹ Desde 26 de agosto de 2010, com a Lei nº 12.318, a Alienação Parental passou a ser oficialmente reconhecida como um ato de extrema preocupação para o mundo jurídico e a sociedade civil brasileira. Foi através de um projeto de lei apresentado pelo Deputado Regis de Oliveira² que a Alienação Parental ganhou contornos no ordenamento

jurídico – a fim de consolidar mais uma forma de cuidado com crianças e adolescentes (além daquelas contidas no Estatuto da Criança e do Adolescente) –, o mesmo diz em sua justificativa que:

Nesse sentido, é de fundamental importância que a expressão “alienação parental” passe a integrar o ordenamento jurídico, inclusive para induzir os operadores do Direito a debater e aprofundar o estudo do tema, bem como apontar instrumentos que permitam efetiva intervenção por parte do Poder Judiciário.

Na Alienação um genitor ou alguém que tenha influência sobre uma criança ou adolescente a convence de que o outro genitor não lhe faz bem, ou não quer a sua companhia, ou de que é necessário que ela se afaste dele. O que funciona como a “implantação de falsas memórias”.³ O objetivo básico de quem aliena é afastar a criança

1 TRINDADE, Jorge. Síndrome de Alienação Parental. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Incesto e Alienação Parental*. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 22.

2 BRASIL. Projeto de Lei nº 4.053. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 07 out. 2008. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/601514.pdf>>. Acesso em: 29 jun. 2011.

3 OLIVEIRA, Euclides de. Alienação Parental. In: VII CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. Família e Responsabilidade – teoria e prática do Direito de Família. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira, 7., 2009, Belo Horizonte. Anais... Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010, p. 232.

do convívio com alguém que lhe é importante, principalmente com um dos pais, normalmente numa resposta vingativa ao rompimento da relação conjugal. Não se trata de um conceito fechado, é amplo, porque as maneiras de alienação são várias, nesse sentido a Lei nº 12.318/2010⁴ estabeleceu:

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Parágrafo único. São formas **exemplificativas** de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia,

praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

I – realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

II – dificultar o exercício da autoridade parental;

III – dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

IV – dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

V – omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI – apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

De acordo com Mônica Guazzelli, advogada e mestre em Direito, “O que se denomina de Implantação de Falsas Memórias advém, justamente, da conduta doentia do genitor alienador, que começa a fazer com o filho uma verdadeira ‘lavagem cerebral’, com a finalidade de denegrir a imagem do outro – alienado –, e, pior ainda, usa a narrativa do infante acrescentando maliciosamente fatos não exatamente como estes se sucederam, e ele aos poucos vai se ‘convencendo’ da versão que lhe foi ‘implantada’. O alienador passa então a narrar à criança atitudes do outro genitor que jamais aconteceram ou que aconteceram em modo diverso do narrado” (GUAZZELLI, Mônica. *A Falsa Denúncia de Abuso Sexual*. In: _____. *Incesto e Alienação Parental* – Realidades que a Justiça insiste em não ver: de acordo com a Lei nº 12.318/2010. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais/ IBDFAM, 2010, p. 43 - 44)

4 BRASIL. Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. Diário Oficial [da] União, Brasília, DF, 27 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm>. Acesso em: 17 jun. 2011.

VII – mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avôs.

O termo Alienação Parental surgiu com o Psiquiatra e Psicanalista Richard Gardner em 1985⁵, através de um estudo feito sobre a Síndrome da Alienação Parental, a partir da observação de que era uma prática comumente utilizada nas disputas judiciais de guarda pelos pais, que com a clara intenção de benefício próprio programavam os filhos a odiarem o outro genitor sem justificativa.⁶ Embora haja quem duvide da cientificidade dos seus estudos, os conceitos por ele trazidos se perpetuaram e oportunizaram aos profissionais do

direito contextualizar aquilo que já ocorria na prática e que os preocupava face à dificuldade de demonstração aos juízes. Joel R. Brandes bem afirma que os Tribunais de Família de Nova Iorque não discutem a Síndrome da Alienação Parental como uma teoria, mas sim consideram a questão no que diz respeito ao fato que a determina como sendo um fator para alteração da guarda.⁷

Richard Ducote, advogado de Nova Orleans (LA), nos Estados Unidos, acredita que a teoria de Gardner é falsa, e seria pró-pedofilia, além de não ser aceita pela comunidade científica. O que se destaca em seu comentário é o fato de que a alegação da Síndrome prejudicaria a ação em face de reais casos de abuso sexual.⁸

5 KRAUSS, Daniel A.; Lieberman, Joel. D. *Psychological Expertise in Court: psychology in the courtroom*, v. II. United States: Ashgate, 2009. p. 113.

6 LAGO, Vivian de Medeiros; BANDEIRA, Denise Ruschel. *A Psicologia e as Demandas Atuais do Direito de Família*. Psicologia Ciência e Profissão, Porto Alegre, 29 (2), p. 290-305, 2009. p. 295.

7 “The Family Court acknowledged that New York cases have not discussed PAS as a theory, but have discussed the issue in terms of whether the child has been programmed to disfavor the noncustodial parent, thus warranting a change in custody.” (BRANDES, Joel R.. Parental Alienation. New York Journal, New York, 26 mar. 2000. Disponível em: <<http://www.fact.on.ca/Info/pas/brande00.htm#FN4>>. Acesso em: 1 jul. 2011.

8 DUCOTE, Richard. A comment about Dr. Richard Gardner’s suicide released by the last man to cross examine him, attorney Richard Ducote. Site Cininnatipas.com. Jun. 2003. Disponível em: <<http://cinnatipas.com/dr-richardgardnerautopsy.html>> Acesso em: 23 jun. 2011.

O que seria de certo modo radical porque apesar da síndrome não ser reconhecida pela sociedade científica de psiquiatria, nos Estados Unidos, o fato ocorre e tem atenção do Tribunal de Nova Iorque conforme afirma Joel R. Brandes⁹ em artigo sobre o assunto publicado no *New York Journal*, de 26 de março de 2000.¹⁰

Estes tipos de críticas refletem o pensamento equivocado, uma

perspectiva ideológica que é extremamente estreita. A colaboração de Richard Gardner com a cunhagem do termo (Alienação Parental) e os conceitos trazidos pelo estudo da síndrome despertaram a comunidade jurídica brasileira para um problema também existente no país, e constatado como delicado e de difícil resolução. O que provocou a publicação da Lei nº 12.318/2010.

9 O mencionado autor diz: “In Matter of JF v. LF, [694 NYS2d 592, 1999 N.Y. Slip Op. 99408] the Family Court became the first New York court to discuss PAS [Parental Alienation Syndrome] at length in a custody decision. It pointed out that the theory is controversial, and noted that according to one of the expert witnesses who testified, the syndrome is not approved as a term by the American Psychiatric Society, and it is not in DSM-IV as a psychiatric diagnosis.” (BRANDES, Joel R.. Parental Alienation. *New York Journal*, New York, 26 mar. 2000. Disponível em: <<http://www.fact.on.ca/Info/pas/brande00.htm#FN4>>. Acesso em: 01 jul. 2011.).

10 A Ph. D Reena Sommer, em artigo publicado em meio eletrônico, confirma tal raciocínio, complementando que o conteúdo da pesquisa de Richard Gardner tem sido objeto de validação pelo meio acadêmico e que aqueles que entendem seu estudo de maneira negativa, como uma defesa à pedofilia, tem, nas suas palavras, uma perspectiva ideológica estreita e resistente à razão: “[...] Dr. Gardner’s early writings are now supported by empirical research on PAS conducted by numerous academics, thus adding credence to PAS’s validity and existence. Nevertheless, there are some who have chosen to misinterpret Dr. Gardner’s writings by suggesting that he advocated pedophilia and placing children at risk with their abusers. This clearly is not true since Dr. Gardner stipulates in his papers that allegations of abuse that are frequently made in custody disputes must have no prior history, nor upon investigation are they to be found to have any basis. These types of criticisms are reflective of misguided thinking, ignorance and an ideological perspective that is extremely narrow and resistant to reason.” (SOMMER, Reena. Parental Alienation Syndrome. *Divorcing Mistakes.com*, Texas, 2004. Disponível em: <<http://www.divorcingmistakes.com/articles/PASreview.pdf>>. Acesso em 01 jul. 2011.).

O Tribunal do Rio Grande do Sul, desde 2006 tem precedentes a respeito do assunto,¹¹ seguem alguns deles, anteriores à Lei:

GUARDA. SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA. SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL.

Havendo na postura da genitora indícios da presença da síndrome da alienação parental, o que pode comprometer a integridade psicológica da filha, atende melhor ao interesse da infante, mantê-la sob a guarda provisória da avó paterna. Negado provimento ao agravo. (segredo de justiça) (Agravado de Instrumento Nº 70014814479, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 07/06/2006) (grifou-se).

DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. ABUSO SEXUAL. SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL.

Estando as visitas do genitor à filha sendo realizadas junto a serviço especializado, não há justificativa para que se proceda à destituição do poder familiar. A **denúncia de abuso sexual** levada a efeito pela genitora, **não está evidenciada**, havendo a

possibilidade de se estar frente à hipótese da chamada síndrome da alienação parental. Negado provimento. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Agravado de Instrumento Nº 70015224140, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 12/07/2006) (grifou-se).

APELAÇÃO CÍVEL. MÃE FALECIDA. GUARDA DISPUTADA PELO PAI E AVÔS MATERNOS. SÍNDROME DE ALIENAÇÃO PARENTAL DESENCADEADA PELOS AVÔS. DEFERIMENTO DA GUARDA AO PAI. 1. Não merece reparos a sentença que, após o falecimento da mãe, deferiu a guarda da criança ao pai, que demonstra reunir todas as condições necessárias para proporcionar à filha um ambiente familiar com amor e limites, necessários ao seu saudável crescimento. 2. **A tentativa de invalidar a figura paterna, geradora da síndrome de alienação parental, só milita em desfavor da criança e pode ensejar, caso persista, suspensão das visitas aos avôs**, a ser postulada em processo próprio. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº

11 Precedentes localizados no site do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul através da pesquisa de jurisprudência pelo termo “alienação parental”. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=aliena%E7%E3o+parental&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%29&requiredfields=&as_q=&ini=20> Acesso em: 01 jul. 2011.

70017390972, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 13/06/2007) (grifou-se).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ALTERAÇÃO DE GUARDA DE MENOR. DECISÃO QUE RESTABELECEU AS VISITAS PATERNAS COM BASE EM LAUDO PSICOLÓGICO FAVORÁVEL AO PAI. PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DO MENOR. Ação de alteração de guarda de menor em que as visitas restaram reestabelecidas, considerando os termos do laudo psicológico, por perita nomeada pelo Juízo, que realizou estudo nas partes envolvidas. **Diagnóstico psicológico constatando indícios de alienação parental no menor, em face da conduta materna. Contatos paterno-filiais que devem ser estimulados no intuito de preservar a higidez física e mental da criança. Princípio da prevalência do melhor interesse do menor, que deve sobrepujar o dos pais.** NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRU-

MENTO. (Agravado de Instrumento Nº 70028169118, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 11/03/2009) (grifou-se).

Os precedentes colacionados revelam alguns pontos importantes: a alienação já ocorria, mesmo antes do advento da lei, normalmente em processos de guarda, sendo observados pelos juízes na busca pelo melhor interesse da criança.

Lenita Duarte,¹² psicóloga, afirma que a ocorrência da alienação se dá normalmente em decorrência de processos de divórcio que geram desgaste muito grande, mas ao mesmo tempo respostas diferentes de pais e filhos. Para a autora a questão complica quando um dos ex-cônjuges reagem de forma hostil, com violência (ainda que não física), e passam a inviabilizar a relação de parentalidade do outro com o filho, que acaba por tornar-se uma arma de vingança, num momento em que,

12 DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. Qual a posição da criança envolvida em denúncias de abuso sexual quando o litígio familiar culmina em situações de alienação parental: inocente, vítima ou sedutora?. In: _____. *Incesto e Alienação Parental* – realidades que a Justiça insiste em não ver. Coordenação de Maria Berenice Dias. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 104.

em meio à discussão dos pais, se vê confuso e inseguro.

De acordo com o advogado Euclides de Oliveira¹³ a complicação de um processo de divórcio se dá mais precisamente no que diz respeito à guarda e convivência, pois em não havendo filhos a discussão recai sobre o patrimônio.

Nesse sentido é possível depreender-se que, quando não há filhos o processo, por mais que seja doloroso e dificultado, não demanda a convivência prolongada do casal, como ocorre no caso de haver filhos comuns. A própria manutenção do vínculo de parentalidade prolonga o sentimento de perda, porque faz com que o convívio entre os ex-cônjuges seja de certa forma inevitável, e, dependendo do caso, pode gerar um desejo de vingança, como detectado pela psicóloga Lenita Duarte no texto mencionado acima.

Sílvio de Salvo Venosa confirma essa ideia de que a alienação é um mal que pode ser prejudicial tanto para os filhos quanto para o genitor alienado:

“A síndrome da alienação parental deve ser vista como uma moléstia. Em muitas situações o alienador não tem consciência plena do mal causado. Sua intenção é mais do que denegrir, destruir o outro genitor perante os filhos. Se necessário, o juiz determinará realização de perícia psicológica ou biopsicossocial (art. 5º da Lei nº 12.318/2010). A escolha do profissional capacitado para essa perícia será essencial, podendo ser realizada por equipe multidisciplinar. Psicólogos, psiquiatras, pedagogos, assistentes sociais poderão participar do exame. Provada a existência de desvio psicológico, essa sociopatia é sumamente prejudicial para os filhos e o genitor inocente.”

Usar o filho, como instrumento de agressão, o induzindo a odiar o outro genitor, denota a imaturidade em lidar com fatos normais à realidade atual, como é o caso da separação. A criança e o adolescente nem sempre conseguem discernir que está sendo manipulado. Além de que o alienador se esquece de que a criança ou o adolescente ainda estão em processo de desenvolvimento e, portanto, são

13 OLIVEIRA, Euclides de. Alienação Parental. In: III CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA – Família e Responsabilidade: teoria e prática do direito de família, 7., 2009, Belo Horizonte. Anais... Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010, p. 231.

indivíduos frágeis, não se devendo exigir deles que escolham nas suas relações de afeto, principalmente quando se fala de pai e mãe.¹⁴

A relação da criança e do adolescente com a família, seu núcleo familiar (pai e mãe, por exemplo), é de extrema relevância para a sua formação como indivíduo dentro da sociedade. Se há um mal ocorrendo dentro deste, mais do que nunca o jurista precisa observar todo o delineamento do problema sobre diferentes óticas. Nesse sentido, é preciso tirar um pouco o foco no estudo do instituto da Alienação, para visualizar a criança, dentro do seio familiar, e os seus direitos.

2 A FAMÍLIA

Os conceitos relativos à família sofrem constantemente modificação, tanto que ao longo dos anos esta evolução foi ganhando plano nas Constituições. Aos poucos as relações familiares foram sendo abarcadas pelo texto constitucional, que passou

a tutelá-las, ampliando a sua proteção, mesmo sem acompanhar exatamente o ritmo da evolução social, mais acelerada que a legislativa.¹⁵

2.1 A tutela da família nas Constituições Federais

Só as Constituições de 1934, 1937 e 1946, das sete anteriores à de 1988, reservaram espaço para a família, porém as disposições diziam respeito fundamentalmente ao instituto do casamento do que propriamente às garantias concedidas aos seus integrantes. Aquela que chegou mais próximo de constitucionalizar alguma garantia decorrente da constituição familiar foi a de 1937, que falava sobre o dever dos pais de educar os filhos, fossem eles naturais ou legítimos, e a possibilidade de punição pelo abandono moral, intelectual ou físico. Vejam-se os artigos:

Art 125 - A educação integral da prole é o primeiro dever e o direito natural dos pais. O Estado não será estranho a esse dever, colaborando, de maneira principal ou subsi-

14 PEZZELLA, Maria Cristina Cereser; SILVA, Fernanda Pappen da. Os Seres Sujeitos de Direitos em Família. In: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da; PEZZELLA, Maria Cristina Cereser (coords.). *Mitos e Rupturas no Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 350.

15 LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 17.

diária, para facilitar a sua execução ou suprir as deficiências e lacunas da educação particular.

Art 126 - Aos filhos naturais, facilitando-lhes o reconhecimento, a lei assegurará igualdade com os legítimos, extensivos àqueles os direitos e deveres que em relação a estes incumbem aos pais.

Art 127 - A infância e a juventude devem ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades.

O abandono moral, intelectual ou físico da infância e da juventude importará falta grave dos responsáveis por sua guarda e educação, e cria ao Estado o dever de provê-las do conforto e dos cuidados indispensáveis à preservação física e moral.

Aos pais miseráveis assiste o direito de invocar o auxílio e proteção do Estado para a subsistência e educação da sua prole.

A Constituição de 1946 tratou em seu art. 164 da obrigatoriedade de assistência à infância e adolescência, mas não especificou garantia aos filhos.

De acordo com Leonardo Barreto Moreira Alves:¹⁶ “Até o advento da Constituição Federal de 1988, o conceito jurídico de família era extremamente limitado e taxativo, pois o Código Civil de 1916 somente conferia o *status familiae* àqueles agrupamentos originados do instituto do matrimônio.”

Foi, então, com a Constituição Federal de 1988 que a revolução do Direito de Família teve seu marco, através do reconhecimento da família aberta e plural - advinda do casamento, da união estável ou da monoparentalidade.¹⁷ Além disso, ela também consagrou o princípio da igualdade entre homens e mulheres e reconheceu a igualdade entre os filhos (arts. 5º, inciso I, e 227, § 6º da Constituição Federal de 1988) independentemente de sua origem.¹⁸

16 ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Temas Atuais de Direito de Família* – atualizado de acordo com as leis de números 12.004/09 e 12.010/09. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 1.

17 THOMÉ, Liane Maria Busnello. *Dignidade da pessoa humana e mediação familiar*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 17.

18 MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 3.

2.2 Breve histórico dos filhos e da família

Num panorama, vale lembrar que os filhos, até a Constituição de 1988, possuíam direitos restritos, e, antes, sequer direitos tinham. Na Antiguidade Clássica, em Roma, por exemplo:

[...] o *pater* dispunha sobre o filho do desumano *jus vitae et necis*, direito de vida e morte, portanto, o direito de matá-lo, ou de transferi-lo a outrem *in causa Mancipi* e o de entregá-lo como indenização, mediante *ius noxae dandi*. No âmbito patrimonial, o filho era equiparado ao escravo, *servus*, sem qualquer bem patrimonial, pois tudo que por ele era adquirido integrava o patrimônio do *pater*.¹⁹

Além disso, nessa mesma Roma, da Antiguidade Clássica, o princípio da família não era o afeto, que, embora pudesse existir, não

importava ao direito.²⁰ A formação familiar de Roma não era restrita à consanguinidade, assim é importante transcrever o que diz o Professor Doutor Carlos Silveira Noronha²¹ a respeito da família romana:

O *paterfamilias*, que unificava sob sua *autoritas* todos os membros da família, desfrutava em relação a eles de direitos de ordem e de ordem patrimonial, tais como a *patria potestas* ou o poder sobre os filhos e netos masculinos; a *manus* ou o poder sobre as mulheres casadas com o *pater* ou com seus descendentes; o *mancipium* ou o poder sobre as pessoas a ele vendidas como escravos (*in Mancipi*); e ainda, a *dominica potestas*, que era o poder geral sobre os escravos. Sobre os seus dependentes ou *fili familias*, o *pater* tinha o *ius vitae et necis*, o *ius exponendi*, o *ius vendendi* e o *ius noxae dandi*, ou sejam, respectivamente, os direitos de vida e de morte; de abandonar o filho infante; de vender as pessoas

19 NORONHA, Carlos Silveira. Da instituição do Poder Familiar, em perspectiva histórica, moderna e pós-moderna. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: UFRGS, nº 26, p. 89 – 120, dez. 2006, p. 90.

20 NORONHA, op. cit., p. 97.

21 NORONHA, Carlos Silveira. Conceito e fundamentos de família e sua evolução na área jurídica. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: UFRGS, nº 10, p. 161 – 174, jul. 1994, p. 163.

sob o seu poder; de livrar-se do filho que comete delito; abandonando-o em favor das parte lesada, através da *noxae delitio*. Estes poderes (direitos) do *pater* foram sendo amenizados, com o passar dos tempos, sendo os dois últimos finalmente abolidos no período imperial, por Justiniano, sob a influência da ética cristã.

Sob essa mesma ótica Jorge Shiguemitsu Fujita lembra o que Caio Mário da Silva Pereira disse: “A família romana, chefiada pelo *pater familias*, ao invés de se fundar no princípio ético da afeição, era calcada no princípio da autoridade.”²²

A grande autoridade que o chefe de família possuía apenas demonstrava a pouca ou nenhuma autonomia que os demais membros da família tinham. O reconhecimento de direitos à época, portanto, vislumbrava garantir a autoridade e patrimonialidade do *pater*, porque nele estava fundada a família. Pontes de Miranda²³ complementa tal ideia dizendo que:

[...] A *patria potestas* dos Romanos era dura criação de direito despótico, e não tinha correlação com os deveres do pai para com o filho. É certo que existiam deveres, porém esses quase só eram providos da moral. Juridicamente, a *patria potestas* constituía espécie de direito de propriedade.[...]

Com a evolução do direito de família o modelo familiar foi se alterando até alcançar o que se tem atualmente: pais e filhos, e a que se chama de família nuclear, célula básica da sociedade, mais coesa e unida pelo afeto, não mais calcada na autoridade do pai. O Professor Doutor Carlos Silveira Noronha²⁴ muito bem observou que:

[...] Nenhuma dúvida mais pode residir no sentido de que a grande ou numerosa família reunida sob o regime da *agnatio* romana ou da *sippe* do direito germânico, não tem mais espaço no **mundo moderno**,

22 PEREIRA, Cáo Mário da Silva. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 8 *apud* FUJITA, 2009, p. 13.

23 PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado – Parte Especial – Tomo IX – Direito de Família: Direito parental. Direito Protetivo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p. 106.

24 NORONHA, Carlos Silveira. Conceito e fundamentos de família e sua evolução na área jurídica. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: UFRGS, nº 10, p. 161 – 174, jul. 1994, p. 168.

onde surge a família conjugal, ou a família nuclear, centrada na tríade pai-mãe-filho, que vem substituindo a ideia de autoridade pela do companheirismo solidário e da afetividade. Sob o enfoque do respeito e sobrelevação dos direitos humanos que as codificações políticas modernas vêm consagrando [...] eis que deve a família preparar-se para enfrentar conjuntamente os embates acima denunciados, que lhe são impostos pela nova realidade social neste passo vigente. (grifou-se)

Na mesma linha de pensamento é o que diz Clóvis Beviláqua:²⁵

Os fatores de constituição da família são: em primeiro lugar, o instinto genesíaco, o amor, que aproxima os dois sexos; em segundo, os cuidados exigidos para a conservação da prole, que tornam mais duradoura a associação do homem e da mulher, e que determinam o surto de emoções novas, a filoprogênie e o amor filial, entre procriadores e procriados, emoções essas que tendem todas a consolidar a associação familiar.

Embora no conceito exposto pelo autor haja a determinação da aproximação entre os dois sexos, homem e mulher, como uma remessa à família tradicional, formada pelo casamento, é importante destacar que atualmente a família tem outras constituições, quais sejam:

[...] monoparental (um dos pais e sua prole, ainda advinda da adoção), mosaico (é a família monoparental que passa a ter um novo membro, madrasta ou padrasto, por exemplo), anaparental (constituída por uma ou mais pessoas, sendo ou não parentes entre si, estruturadas com um propósito familiar), ou homoparental (resultante de relações homoafetivas) [...].²⁶

Assim, sob esta nova ótica da família:

[...] A tutela jurídica ultimamente tem sido direcionada no sentido de resguardar a entidade familiar, considerando sua subjetividade, promovendo efetivamente a dignidade individual de seus membros, sempre permeado pela figura principal do

25 BEVILAQUA, Clóvis. *Direito da Família*. 7. ed. São Paulo: Editora Rio, 1976. p.17.

26 SOUZA, Monaliza Costa de et al. O papel do advogado na alienação parental. In: _____. *Família contemporânea: uma visão interdisciplinar*. Coordenação de Ivone M. Candido Coelho de Souza. Porto Alegre: IBDFAM: Letra&Vida, 2011, p. 169.

afeto, e baseados na solidariedade e na mútua assistência.²⁷

O que Clóvis Beviláqua afirma no trecho mencionado anteriormente é um dos pontos-chave que este estudo quer destacar, a respeito da importância na constituição familiar estar formada em torno da intenção do casal de viver junto, para compartilhar e praticar o amor que sentem, bem como para terem filhos e cuidarem dos mesmos juntos. Parece subjetivo mas isso quer dizer que ao se propor a constituir uma família, com ou sem filhos, os indivíduos que componham a mesma se dispõem a viver mediante respeito e cuidado, é como a missão mencionada Pontes de Miranda²⁸ no trecho de sua obra abaixo transcrito:

O pátrio poder moderno é conjunto de direitos concedidos ao pai ou à própria mãe, a fim de que, graças a eles, possa melhor desempenhar a sua missão de guardar, defender

e educar os filhos, formando-os e robustecendo-os para a sociedade e a vida. A expressão ‘poder’ tem sentido de exteriorização do querer, não de imposição e violência [...].

É nesse sentido que Leonardo Barreto Moreira Alves²⁹, a respeito da evolução da família, assevera que “[...] a família advinda da Constituição Federal de 1988 tem o papel único e específico de fazer valer, no seu seio, a dignidade dos seus integrantes como forma de garantir a felicidade pessoal de cada um deles.”

O mesmo autor colabora com o entendimento de que com a Constituição Federal de 1988 o conceito de família sofreu profundas alterações. Isso se deu através de alguns princípios que a Carta Magna trouxe, sejam eles: o princípio do reconhecimento da união estável (art. 226, § 3º) e o princípio da família monoparental (art. 226, § 4º), que, nas palavras do autor, quebraram

27 Idem, *ibidem*.

28 PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado – Parte Especial – Tomo IX – Direito de Família: Direito parental. Direito protetivo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p. 106-107.

29 ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Temas Atuais de Direito de Família – atualizado de acordo com as leis de números 12.004/09 e 12.010/09*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 99.

o monopólio do casamento como único legitimador da família. Além do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III), que trouxe a promoção pessoal dos componentes da entidade familiar, preconizando, por isso, o afeto sobre a antiga constituição familiar com base na constituição jurídica.³⁰ E complementa dizendo que:

Consubstanciando o princípio vetor da dignidade da pessoa humana no seu art. 1º, III, a Carta Magna provocou uma autêntica revolução no Direito Civil como um todo, dando ensejo a um fenômeno conhecido como despatrimonialização ou personalização desse ramo do Direito. No campo específico do Direito de Família, verifica-se que a entidade familiar passa a ser encarada como uma verdadeira comunidade de afeto e entajada e não mais como uma

fonte de produção de riqueza como outrora. É o âmbito familiar o local mais propício para que o indivíduo venha a obter a plena realização da sua dignidade enquanto ser humano, porque o elo entre os integrantes da família deixa de ter conotação patrimonial para envolver, sobretudo, o afeto, o carinho, amor e a ajuda mútua.³¹

Ou seja, com o tempo a família foi adquirindo um espaço diferente na sociedade, em que a importância do seu patrimônio foi sendo substituída pela de cada um de seus membros. O ser humano, hoje, assim como vê a concepção eudemonista³², busca a felicidade e a liberdade em suas relações, não cabendo mais aquela figura familiar que juntava esforços para uma conquista primordialmente econômica.³³

30 ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Temas Atuais de Direito de Família* – atualizado de acordo com as leis de números 12.004/09 e 12.010/09. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 1-2.

31 ALVES, op. cit., p. 8-9.

32 FACHIN, Luiz Edson. *As Intermitências da Vida* – O Nascimento dos Não-Filhos à Luz do Código Civil Brasileiro. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

33 É importante destacar que não se tem a pretensão, aqui, de dizer que todas as disposições legais patrimoniais deveriam ser substituídas. As disposições a respeito da sucessão, de ordem patrimonial, por exemplo, são necessárias à própria organização social. O que há de se observar é a preocupação que se modificou ao longo dos anos em substituir o objetivo patrimonial da constituição familiar, pelo objetivo maior do afeto. As uniões, em sua maioria, ocorrem fundadas no objetivo de conjugação de vida, de troca afetiva, de busca pela felicidade. É o que se entende com base na leitura dos autores mencionados nessa pesquisa.

Isso demonstra o porquê de nos últimos anos ter-se discutido tanto problemas que já ocorriam há muito, mas que ainda não eram vistos com tanta relevância e preocupação como o são na atualidade, como é o caso da alienação parental. Seja porque a família de hoje tem resguardada a dignidade de seus indivíduos, porque os filhos têm garantias e direitos iguais aos dos pais (observadas as suas peculiaridades), ou porque a criança hoje é vista como um sujeito de direitos garantidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. É o que destaca o trecho a seguir:

Nesse contexto histórico, **a criança despontou como sujeito de direitos e, conseqüentemente, seus interesses passaram a ser priorizados, podendo, inclusive, contrapor-se aos interesses de seus genitores, uma vez que a primazia é pelo bem-estar da criança.**³⁴ (grifo nosso).

É sob esses aspectos da vida em comum que a Constituição de 1988 estabeleceu princípios que norteiam tal convivência, seguem, portanto,

aqueles relevantes ao entendimento do assunto em estudo.

3 OS PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA COM RELAÇÃO AOS FILHOS (CRIANÇAS OU ADOLESCENTES)

Por tratar-se a alienação de problema que afeta diretamente a criança ou adolescente, no seio familiar, até o momento vem se delineando o conteúdo da família e dos seus componentes. Assim, é importante lembrar que a própria Constituição Federal de 1988 trouxe em seu texto um capítulo dedicado à família, à criança, ao adolescente, ao jovem e ao idoso (arts. 226 a 230), sinal efetivo da preocupação do Estado, principalmente com os membros mais frágeis dessa entidade. O art. 226 em seu § 7º da Carta Magna cita dois princípios de suma importância quando o assunto é criança e adolescente: o princípio da dignidade da pessoa humana

34 PEZZELLA, Maria Cristina Cereser; SILVA, Fernanda Pappen da. Os Seres Sujeitos de Direitos em Família. In: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da; PEZZELLA, Maria Cristina Cereser (coords.). *Mitos e Rupturas no Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 325.

(aplicado a todos os indivíduos) e o da paternidade responsável. Mas existem outros que podem ser extraídos do texto Constitucional, como por exemplo os destacados no art. 227, os princípios: da liberdade (*caput*), da convivência familiar (*caput*), da igualdade de filiação (§ 6º) e o princípio da solidariedade familiar no art. 229.

Na atualidade os princípios têm grande papel no direito, são eles que aproximam as normas existentes da realidade social. Bem colocou o advogado Sérgio Gabriel quando disse que: “O termo *princípio*, em regra, parece designar o começo ou início de alguma coisa, porém, em termos jurídicos, é muito mais amplo; o princípio quer na verdade alicerçar uma estrutura, garantir a sua existência e a sua aplicabilidade. [...]”.³⁵

Cabe destacar as esclarecedoras palavras de Paulo Lôbo³⁶, que, complementando a explanação acerca da importância dos princípios constitucionais, os classifica como “supor-

te fático hipotético necessariamente indetermina e aberto” dependente do intérprete, no caso o juiz, diferente da regra “determinada e fechada” concretizada por uma realidade que leva à sua incidência. O autor diz, *in verbis*:

Ainda que não seja este o espaço para se discorrer sobre esses temas, amplamente discutidos no âmbito do direito constitucional e da teoria do direito, perfilhamos o entendimento de que as **normas constitucionais**, todas com força normativa própria, classificam-se em princípios e regras, distinguindo-se por seu conteúdo semântico e, conseqüentemente, pelo modo de incidência e aplicação. A **regra** indica suporte fático hipotético (ou hipótese de incidência) mais determinado e fechado, cuja concretização na realidade da vida leva à sua incidência, confirmando-a o intérprete mediante o meio tradicional da subsunção (exemplo, na CF: ‘Art. 226, (§ 4º: Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes’; ou seja, toda vez que uma pessoa passa

35 GABRIEL, Sérgio. *O papel dos princípios no Direito brasileiro e os princípios constitucionais*. Jus Vigilantibus, São Paulo, 23 jul. 2007. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/29789>>. Acesso em: 07 jul. 2011.

36 LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 57.

a conviver com um filho, seja ele biológico ou não biológico, ainda que sem a companhia de cônjuge ou companheiro, a regra incidirá para assegurar a constituição de uma entidade familiar; em outras palavras, a norma constitucional incidirá sobre esse suporte fático concreto e o converterá no fato jurídico por ela previsto, que passará a produzir os efeitos jurídicos por ela tutelados). (grifou-se).

E segue dizendo que:

O **princípio**, por seu turno, indica suporte fático hipotético necessariamente indeterminado e aberto, dependendo a incidência dele de mediação concretizadora do intérprete, por sua vez orientado pela regra instrumental da equidade, entendida segundo formulação grega clássica, sempre atual, de justiça do caso concreto. **Tome-se o exemplo do princípio da dignidade da pessoa humana, referido expressamente no § 7º do art. 226 da Constituição: o casal é livre para escolher seu planejamento familiar, mas deve fazê-lo em obediência ao princípio da dignidade da pessoa humana, cuja observância confirmará o intérprete apenas em cada situação concreta, de acordo com a equidade, que leva em conta**

a ponderação dos interesses legítimos e valores adotados pela comunidade em geral.³⁷ (grifou-se)

O que Paulo Lôbo coloca tem grande interesse no estudo, porque reafirma qual postura o juiz deve ter mediante um caso, por exemplo de alienação parental. Ele, o juiz, ao receber petição que indica a ocorrência de alienação, a priori observará as situações fáticas concretas conforme os dispositivos da Lei nº 12. 318/2011 que orientam quais as ações que configuram a possibilidade de ocorrência de alienação parental, em seguida ele parte para a avaliação dos princípios envolvidos, para garantir que todos os envolvidos tenham seus direitos fundamentais garantidos.

Nesse sentido, é importante destacar alguns princípios do Direito de Família que reforçam as garantias da criança e do adolescente frente à ocorrência de atos de Alienação Parental, são eles os princípios da: dignidade da pessoa humana, solidariedade familiar, liberdade, igualdade de filiação, afetividade, convivência familiar, e do melhor interesse da criança e do adolescente.

37 LÔBO, Paulo. Direito Civil: famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 58.

Não há como analisar princípio por princípio sem considerar que eles estão todos correlacionados, e que através desta correlação é que eles formam um sistema equilibrado, que garante que a família seja um campo seguro para os seus componentes. Isso significa, de modo geral, que não há família se não há uma motivação afetiva para sua formação, decorrendo desta a solidariedade entre os seus membros, a quem é deferido pelo texto constitucional liberdade e igualdade, sem deixar de considerar as suas desigualdades³⁸, tudo sob a ótica de que todo cidadão merece ter sua dignidade respeitada, pelos demais e pelo Estado. É claro que dizer isto não é garantia de efetividade, mas

apenas uma demonstração de que há um modelo ideal abarcado pelos princípios do Direito de Família e que dentro disso algumas atitudes legais podem ser tomadas sob esta ótica. Seguem, portanto, algumas considerações acerca dos princípios mencionados.

3.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da dignidade da pessoa humana faz parte do rol de princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, como Estado Democrático de Direito, estando presente no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988.³⁹

38 No caso das crianças e dos adolescentes, por exemplo, essa desigualdade se refere ao fato de estes serem pessoas em desenvolvimento.

39 O artigo da Constituição de 1988 em referência diz o seguinte:

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

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Ainda assim o constituinte entendeu por bem reforçar tal princípio nas disposições relativas à família, considerada por ele mesmo com a base da sociedade, deixando-o claro nos dispositivos a seguir:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 7º – **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.

§ 8º – **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.

Art. 227. **É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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 comu-**

nitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).

[...]

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 bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

§ 1º – Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares.

§ 2º – Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

A família tem sua proteção como um todo. A cada um de seus membros é designado tratamento digno. Contudo, é possível observar que à criança, ao adolescente e ao idoso a preocupação é especial e mereceu disposições específicas. É também o que destaca Maria Helena Diniz⁴⁰, quando menciona

que constitui [o princípio do respeito à dignidade da pessoa humana] base da comunidade familiar (biológica ou

40 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, v. 5: Direito de Família. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 23.

socioafetiva), garantindo, tendo por parâmetro a afetividade, o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, **principalmente da criança e do adolescente** (CF, art. 227). (grifou-se).

Para a Liane Maria Busnello Thomé⁴¹: “o conteúdo do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana se relaciona com os direitos fundamentais, significando que, para respeitar a dignidade da pessoa humana, é necessário respeitar os direitos fundamentais dos indivíduos [...]”, clara demonstração de que tal

princípio é, senão o mais, um dos mais abrangentes.

Mazzoni e Marta⁴² destacaram tal princípio como “valor supremo”⁴³, abarcando em si outros princípios, o que colabora com o entendimento emitido no parágrafo anterior. As autoras, ainda, muito bem lembraram o art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada pela Organização das Nações Unidas de 1948: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. O texto atual, seguindo a evolução, deixou de falar em homens e substituiu a expressão para “seres humanos”⁴⁴.

41 THOMÉ, Liane Maria Busnello. *Dignidade da pessoa humana e mediação familiar*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 47.

42 MAZZONI, Henata Mariana de Oliveira; MARTA, Taís Nader. Síndrome da Alienação Parental. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2007, ano XIII, nº 21, bimestral abr/mai 2011, p. 34-35.

43 Tratar o princípio da dignidade humana como valor supremo: “Significa dizer que, no âmbito da ponderação de bens ou valores, o princípio da dignidade da pessoa humana justifica, ou até mesmo exige, a restrição de outros bens constitucionais protegidos, ainda que representados em normas que contenham direitos fundamentais, de modo a servir como verdadeiro e seguro critério para solução de conflitos” (MAZZONI, Henata Mariana de Oliveira; MARTA, Taís Nader. *Síndrome da Alienação Parental*. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2007, ano XIII, nº 21, bimestral abr/mai 2011, p. 34 - 35).

44 ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro, dez. 2000. Disponível em: <http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf> Acesso em: 12 jul. 2011.

A garantia trazida por este princípio, como valor supremo, aparenta-se como que o referencial para a ordem jurídica lidar com os demais direitos do cidadão, tanto que há quem diga que trata-se do princípio da dignidade da pessoa humana de fundamento que a Constituição abordou para garantir que cada ser humano constitua sua família sob outros princípios: da solidariedade, da pluralidade familiar, da isonomia, da liberdade e da autonomia de vontade.⁴⁵

3.2 Princípio da Solidariedade

Solidariedade⁴⁶ envolve a noção de “mutualidade de interesses e deveres”, “laço ou ligação mútua entre duas ou muitas coisas dependentes umas das outras”, “compromisso pelo qual as pessoas se obrigam umas pelas outras e cada uma delas por todas”, “Condição grupal resultante da comunhão de atitudes e sentimentos,

de modo a constituir o grupo unidade sólida, capaz de resistir às forças exteriores e mesmo de tornar-se ainda mais firme em face da oposição vinda de fora”.

Este conceito remete a uma ideia ampla de solidariedade e, nesse sentido, possivelmente, tenha o constituinte o colocado como objetivo fundamental no inciso III do art. 3º.

Pela sua importância este princípio também passou a ser tratado como um princípio de Direito de Família. Nesse âmbito, Paulo Lôbo⁴⁷ entende que a solidariedade entre pais e filhos é construída dentro dos seus próprios valores, mas precisa preservar um mínimo:

Logicamente, a solidariedade familiar é construída sob valores traçados pelos ascendentes em favor dos descendentes. E estes, por seu turno, acabarão por trilhar caminho parecido com aquele que lhes foi ensinado.
Muito embora o parâmetro da

45 THOMÉ, Liane Maria Busnello. *Dignidade da pessoa humana e mediação familiar*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 44.

46 SOLIDARIEDADE. In: MICHAELIS Moderno Dicionário da Língua Portuguesa. São Paulo: Melhoramentos, 1998. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=solidariedade>>. Acesso em: 13 jul. 2011.

47 LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*, v. 5: direito de família e sucessões. 5. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 15-16.

solidariedade interna sofra uma oscilação de uma entidade familiar para outra em virtude dos padrões culturais vigentes e da procedência de cada entidade, há um mínimo a ser preservado: os direitos personalíssimos de cada integrante da família, sua subsistência e a concessão de auxílio para que se possa ter a oportunidade de se atingir o nível de desenvolvimento esperado pelo interessado. Enfim, assistência material e imaterial entre os membros da entidade familiar devem sempre se fazer presentes nas relações jurídicas existentes. (grifou-se)

Assim, aos filhos os pais devem deferir tratamento solidário no sentido de dar o suporte necessário para que eles tenham uma vida digna, com saúde, alimentação, educação, lazer, respeito, liberdade e convivência familiar, assim como dispõe o art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990)⁴⁸

3.3 Princípio da Liberdade

A liberdade, assim como a solidariedade, faz parte dos objetivos

fundamentais da República, no inciso I do art. 3º da Constituição Federal. Não é princípio difícil de se conceituar, mas é preciso compreender que a liberdade ocorre dentro dos parâmetros legais.

Paulo Lôbo⁴⁹ conceitua tal princípio no âmbito do direito de família, remetendo-se a questões que encontram-se no âmbito das disposições constitucionais e também constantes no Estatuto da Criança e do Adolescente:

O princípio da liberdade diz respeito ao livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção de entidade familiar, sem imposição ou restrições externas de parentes, da sociedade ou do legislador; à livre aquisição e administração do patrimônio familiar; ao livre planejamento familiar; à livre definição dos modelos educacionais, dos valores culturais e religiosos; à livre formação dos filhos, desde que respeitadas suas dignidades como pessoas humanas; à liberdade de agir, assentada no respeito à integridade física, mental e moral.

Na Constituição também encontra a liberdade, no seu sentido amplo,

48 BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em 13 jul. 2011.

49 LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 69.

amparo no *caput* do art. 5º, ou no âmbito do Direito de Família, através do art. 226, no seu §7º, quando fala na liberdade dos indivíduos planejarem suas famílias: se vão se casar, ou viver em união estável, quantos filhos terão, como os educarão. Ocorre que a liberdade familiar é pautada pela garantia aos direitos fundamentais de cada indivíduo, ou seja, cumpre lembrar que a liberdade não significa que um genitor poderá impor ao seu filho a convivência somente com ele, ou que minta, há parâmetros de razoabilidade que devem ser seguidos. porque, conforme dito inicialmente, os princípios e regras referem-se a um sistema equilibrado.

Já no Estatuto da Criança e do Adolescente, o art. 16 faz uma lista do que compreende a liberdade: ir e vir, opinar, se expressar, ter determinada crença, brincar, praticar esportes e divertir-se, participar da vida familiar e comunitária sem discriminação, e outros.

3.4 Princípio da Igualdade

A igualdade refere-se tanto à equivalência de tratamento dada aos

filhos (§ 6º do art. 227 da Constituição Federal e art. 20 do Estatuto da Criança e do Adolescente), seja qual for a sua origem, seja com relação à mulher e ao homem (inciso I do art. 5º, § 5º do 226 da Constituição Federal e art. 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente).

A igualdade entre homem e mulher, dentro da entidade familiar, foi conquistada com a própria mudança social, em que a mulher foi adquirindo espaço e o homem foi assumindo papéis que antes não lhe eram destinados. A conquista de igualdade foi um processo evolutivo e hoje não cabe dizer que a mulher não possa sustentar o lar ou que o homem não possa cuidar com zelo dos filhos. Carlos Roberto Gonçalves⁵⁰ diz a respeito que:

[...] A regulamentação instituída no aludido dispositivo [art. 226, § 5º, da Constituição Federal] acaba com o poder marital e com o sistema de encapsulamento da mulher, restrita a tarefas domésticas e à procriação. O patriarcalismo não mais se coaduna, efetivamente, com a época atual, em que grande parte dos avanços tecnológicos e sociais está diretamente

50 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, v. 6: Direito de Família. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 23.

vinculada às funções da mulher na família e referenda a evolução moderna, confirmando verdadeira revolução no campo social.

No que se refere à filiação esta também modificou-se ao longo dos anos. A liberdade de constituição familiar (art. 226 da Constituição Federal) contribuiu para que a situação do filho não fosse mais vista sob a ótica da sua origem, mas sobre as suas necessidades protetivas. Ou seja:

O Código Civil de 1916 exaltava o casamento civil como único modelo da família legítima e, desta forma, todos os filhos nascidos à margem deste modelo eram considerados ilegítimos e impróprios à proteção social e jurídica. No entanto, assim como a própria família e a condição feminina sofreram intensas transformações, a filiação também percorreu um longo trajeto até seu reconhecimento expresso pela Constituição Federal de 1988, que retirou do ordenamento jurídico a vergonhosa discriminação entre os filhos, dispondo em seu artigo 227, § 6º, que todos os filhos havidos ou não do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos.⁵¹

Esses conceitos são importantes para compreender que, atualmente, a pessoa tem sido valorizada como indivíduo pertencente de uma unidade social, e, nesse sentido, a criança, bem como seus pais, merece e tem tantos direitos um quanto o outro e não é por estar numa situação de submissão ao poder familiar que ela pode ter suas liberdades restringidas por um mero desejo egoísta dos pais de atingir alguém que para ela tem grande valor. A criança e o adolescente têm direito a ter uma convivência familiar saudável, no meio daquelas pessoas que lhe tratam com carinho, respeito, e por quem elas têm admiração.

3.5 Princípio da Convivência Familiar

A convivência familiar e comunitária é direito garantido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que prevê no seu art. 19, *caput*: “Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a

51 THOMÉ, Liane Maria Busnello. *Dignidade da pessoa humana e mediação familiar*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 74-75.

convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.”

Este é o direito/princípio que trata do cerne da questão da Alienação Parental, em que a criança é privada da convivência com um genitor ou alguém que lhe é importante. No geral ele é ferido em decorrência da ocorrência da separação dos pais, contudo “salutar é que a criança com o fim do relacionamento possa continuar desfrutando da convivência entre o pai e a mãe em igualdade de condições buscando dessa forma evitar o sentimento de abandono.”⁵²

Paulo Lôbo⁵³ menciona que “a Convenção dos Direitos da Criança, no art. 9.3, estabelece que, no caso de pais separados, a criança tem direito de ‘manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança’”. E complementa, embora não menciona tratar de caso de alienação, situação que bem pertine ao assunto: “A convivência familiar também perpassa

o exercício do poder familiar. Ainda quando os pais estejam separados, o filho menor tem direito à convivência familiar com cada um, não podendo o guardião impedir o acesso ao outro, com restrições indevidas”. Esclarece, contudo, que tal direito não se restringe à pessoa dos pais, porque o núcleo familiar importante ao desenvolvimento da criança varia conforme os valores familiares, que podem incluir nas relações os tios, avôs e outros familiares.

A convivência passou a ter uma importância tão grande dentro do Direito de Família, que atualmente os advogados têm considerado a substituição do termo “direito de visita” para “direito de convivência”, é o que ressalta o trecho abaixo:

Há muito que vem se discutindo acerca do alcance do denominado “direito de visitas”, estando pacificado na doutrina abalizada brasileira, que a expressão “visitas” deve ser entendida como “convivência”, e seguindo a orientação estabelecida na Convenção Universal dos Direitos da Criança e do Adolescente promovida

52 MAZZONI, Henata Mariana de Oliveira; MARTA, Taís Nader. Síndrome da Alienação Parental. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2007, ano XIII, nº 21, bimestral abr/mai 2011, p. 34.

53 LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 74-75.

pela ONU, em 1989, que estabelece que o “direito de convivência” é direito dos filhos, e atendendo ao comando constitucional no art. 227, que traz de forma expressa o direito fundamental à convivência familiar de forma mais abrangente possível, e o princípio da prioridade absoluta em relação aos direitos da criança e do adolescente, temos que concluir que o direito de convivência é uma via de mão dupla, sendo direito/dever do pai não guardião de conviver com o filho e do filho em conviver com o pai não guardião, com ênfase para o direito deste, em função do princípio da prioridade absoluta.⁵⁴

Visitar⁵⁵ é situação eventual, sem interesse em aprofundar o relacionamento, diferente de conviver⁵⁶ em que há um vínculo de intimidade

entre quem convive. Assim, o vínculo de convivência familiar é fundamental para que a criança tenha segurança para se desenvolver, pois é lá que ela tem seu refúgio, a quem ela recorre nos momentos mais diversos de sua vida.

3.6 Princípio da Afetividade

Para Maria Helena Diniz⁵⁷ o “princípio da afetividade [é] corolário do respeito da dignidade da pessoa humana, como norteador das relações familiares e da solidariedade familiar”.

Não é à toa que tal princípio tem direta ligação com o princípio da convivência familiar e do princípio do pluralismo, não abordado diretamente nesta pesquisa, mas característica

54 LIRA, Wladimir Paes de. Direito da Criança e do Adolescente à Convivência Familiar e uma Perspectiva de Efetividade no Direito Brasileiro. In: VII CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. Família e Responsabilidade – teoria e prática do Direito de Família. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira, 7., 2009, Belo Horizonte. Anais... Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010, p. 528.

55 VISITAR. In: MICHAELIS Moderno Dicionário da Língua Portuguesa. São Paulo: Melhoramentos, 1998. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=visitar>>. Acesso em: 14 jul. 2011.

56 CONVIVER. In: MICHAELIS Moderno Dicionário da Língua Portuguesa. São Paulo: Melhoramentos, 1998. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=conviver>>. Acesso em: 14 jul. 2011.

57 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, v. 5: Direito de Família. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 24.

da transformação da família. O reconhecimento das entidades familiares formadas por uma pessoa e sua prole, e pela união estável, e a importância dada à convivência, demonstra que a ideia de família hoje é a união de pessoas com uma base diversa da patrimonial de outrora. É o que confirma Paulo Lôbo:⁵⁸

A família recuperou a função que, por certo, esteve nas suas origens mais remotas: a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida. O princípio jurídico da afetividade faz despontar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos [art. 227, §§ 5º e 6º da Constituição Federal] e o respeito a

seus direitos fundamentais, além do forte sentimento de solidariedade recíproca, que não pode ser perturbada pelo prevalecimento de interesses patrimoniais. É o salto, à frente, da pessoa humana nas relações familiares.

Mas há um ponto que o autor aborda e que é fundamental que é o fato deste princípio não se confundir com o afeto⁵⁹ psicológico. Sua explanação parece confusa, quando afirma que como princípio jurídico é imposto ainda que haja desamor ou desafeição entre pais e filhos⁶⁰. O que se entende pelo que o autor diz é que a afetividade está ligada à própria ideia do respeito, do dever se

58 LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 71.

59 “A afeição é um sentimento que se tem em relação a determinada pessoa ou algum bem. Afeiçãoar-se significa identificar-se, ter afeto, amizade ou amor. Os membros de uma família, em sua maioria, possuem laços de afeição uns com os outros. Entretanto, isso não é uma realidade absoluta. Há entidades familiares desgraçadas por inimizades capitais e por relacionamentos praticamente nulos. Ora, nenhuma pessoa pode ser compelida a afeiçãoar-se a outra, pouco importando se há entre elas algum parentesco ou não. Bom seria se todos tivessem afeto uns pelos outros, cumprindo assim o mandamento bíblico e de outras religiões não cristãs. Todavia, a complexidade das relações interpessoais muitas vezes leva a situações que impedem ou mesmo enfraquecem esse nível de relacionamento. E não há qualquer poder temporal capaz de modificar esse quadro, compelindo uma pessoa a se afeiçãoar por outra” (LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*, v. 5: direito de família e sucessões. 5. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 25, grifou-se)

60 LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 71.

mútua assistência, e da liberdade no planejamento familiar, porque a partir do momento em que os indivíduos escolhem formar uma família eles têm que se responsabilizar pela sua existência e condução, seria a ideia do afeto como a de que a união se deu por ela e merece o cuidado peculiar de uma união que a princípio não tem por base interesse político, patrimonial ou religioso, embora tais pontos estejam presentes eles não são o fundamento da constituição familiar.

3.7 Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, assim como outros, foi um resultado da evolução, de uma inversão de prioridade que tirou o foco do interesse na figura paterna, porque chefiava a família, para focar na figura dos filhos, pessoas dignas e em desenvolvimento, em que são projetadas as perspectivas para o futuro. Tanto que houve uma substituição do termo “pátrio poder”, para

“poder familiar”, porque, atualmente, além do foco ter saído do pai para ir para o filho, à família, em igualdade de condições, cabe a condução da vida das crianças e adolescentes.⁶¹

Giselle Câmara Groeninga⁶² tem uma ótica interessante sobre este princípio, ela diz que:

A família não mais pode ser pensada de forma dividida, ela é um sistema em que os integrantes exercem funções complementares. Da mesma forma, há uma confusão na divisão que se faz ao falar do superior interesse da criança e do adolescente como se fosse contrário ao dos pais. O que existe é, na realidade, o superior interesse da família sendo que, como sua função primordial é a do atendimento e cuidado de seus membros, priorizando-se o grau de fragilidade de cada um, o interesse da criança traduz, assim, a finalidade primeira da família.

Para efetividade do melhor interesse da criança é preciso que os seus pais tenham a consciência de que são eles que viabilizam a vida dos filhos, lhes proporcionam uma realidade que

61 LÔBO, op. cit., p. 75.

62 GROENINGA, Giselle Câmara. Direito à Família. *Boletim IBDFAM*, Belo Horizonte, nº 51, ano 8., p. 3-5, jul./ago. 2008, p. 3.

possibilita o desenvolvimento físico e psíquico saudável.

3.8 Princípio da Paternidade Responsável

A paternidade responsável é um dever de ambos os genitores. Sob as bases já traçadas nos princípios anteriormente mencionados. Diretamente ligado ao livre planejamento familiar abordado pelo art. 226º, § 7º, da Constituição Federal.⁶³ Através dele a “a família deve outorgar aos filhos, havidos do casamento ou não, todos os meios para o pleno desenvolvimento de suas faculdades físicas, psíquicas e intelectuais.”⁶⁴

É fundado em todos os princípios esboçados anteriormente que a lei defere à família direitos e deveres tão fundados no bem-estar de seus membros, e que claramente priorizam-se a criança e o adolescente.

4 O SISTEMA PROTETIVO CONFERIDO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE

Sob a ótica dos princípios gerais e específicos de direito de família vislumbra-se a existência de um campo seguro em que deveriam estar contidas as crianças e os adolescentes, e que por uma irresponsabilidade dos pais acabam por ser excluídos nos atos de alienação. Cabe lembrar o que colocou-se no item a respeito do princípio do melhor interesse da criança, em que Giselle Câmara Groeninga⁶⁵ fala da família como uma, em que cada integrante tem o seu papel, e um complementa o outro.

Nessa situação, de alienação parental, a criança e o adolescente, apesar de pessoa humana com dignidade garantida constitucionalmente, são tratados como *coisa disponível*⁶⁶, um objeto

63 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, v. 6: Direito de Família. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 24.

64 LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*, v. 5: direito de família e sucessões. 5. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 17.

65 GROENINGA, Giselle Câmara. *Direito à Família. Boletim IBDFAM*, Belo Horizonte, nº 51, ano 8., p. 3-5, jul./ago. 2008, p. 3.

66 Conforme Paulo Lôbo: “A dignidade da pessoa humana é o núcleo existencial que é essencialmente comum a todas as pessoas humanas, como membros iguais do gênero humano, impondo-se um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade.

usado para atingir o fim de afastar ou punir o genitor alienado.

A Constituição ressalva os direitos da criança e do adolescente (arts. 226 §7º e 227), e, de certo modo, que é dever da família colocá-los a salvo dos atos de alienação parental, porque a criança e o adolescente têm direito à saúde (emocional inclusive), à dignidade, ao respeito (e, portanto, de não se ver envolvido pelas brigas conjugais, que como tais referem-se ao casal e não à relação de parentalidade), à liberdade e à convivência familiar (o direito a livremente gostar e estar com ambos os pais e parentes, ter uma convivência sadia e sem empecilhos que demonstrem o firme egoísmo daqueles que sobre ela tenham autoridade). Além disso, expô-los aos malefícios da alienação parental é

submetê-los a negligência, violência, crueldade e opressão, no mínimo.

4.1 O Poder Familiar

Trata-se o poder familiar de “múnus imposto pelo Estado aos pais”. É o poder-dever conferido aos pais em relação aos filhos até completarem a maioridade (ou serem emancipados), com caráter protetivo, resguardado pela: inalienabilidade, irrenunciabilidade, imprescritibilidade e indisponibilidade ou indelegabilidade.⁶⁷

A respeito do poder familiar o Código Civil de 2002 destinou os arts. 1.630 a 1.638 para tratar do assunto. Através destes dispositivos é possível depreender que o poder familiar é conferido a ambos os pais, sob os

Kant [KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Ed. 70, 1986, p. 77], em lição que continua atual, procurou distinguir aquilo que tem um preço, seja pecuniário, seja estimativo, do que é dotado de dignidade, a saber, do que é inestimável, do que é indisponível, do que não pode ser objeto de troca. Diz ele: “No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade” (LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 60).

67 NORONHA, Carlos Silveira. Da instituição do Poder Familiar, em perspectiva histórica, moderna e pós-moderna. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, nº 26, p. 89 – 120, dez. 2006.

filhos menores. Além disso, também se verifica que não há término deste poder-dever quando houver separação (divórcio ou dissolução da união), e que nesses dispositivos encontram-se as determinações sobre a suspensão e extinção deste poder. O art. 1.634 é aquele em que se encontra o rol de competências relativas ao poder familiar, que, por ora, cumpre transcrevê-lo:

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I – dirigir-lhes a criação e educação;

II – tê-los em sua companhia e guarda;

III – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV – nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

V – representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VI – reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

VII – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

O conceito de Pontes de Miranda é bem objetivo e claro quando diz que o pátrio poder moderno (moderno à sua época, mas que continua atual), é conferido a ambos os genitores, e não se trata ele de poder no sentido de imposição e violência, como ocorre nos atos de alienação:

O pátrio poder moderno é conjunto de direitos concedidos ao pai ou à própria mãe, a fim de que, graças a eles, possa melhor desempenhar a sua missão de **guardar, defender e educar os filhos, formando-os e robustecendo-os para a sociedade e a vida**. A expressão ‘poder’ tem sentido de exteriorização do querer, não de imposição e violência.⁶⁸ (grifou-se).

Discutia-se, até o Código Civil de 2002 a alteração do termo “pátrio

68 PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado* – Parte Especial – Tomo IX – Direito de Família: Direito parental. Direito Protetivo. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p. 106-107.

poder”, que dizia respeito ao poder exercido pelo pai, chefe de família, a quem era direcionada a “posse” do filho, pensamento não mais cabível atualmente em que os direitos e deveres na educação e condução da vida dos filhos incapazes diz respeito a ambos os pais, e não mais uma exclusividade do homem. “A necessidade de o Estado regular a relação existente entre os pais e seus filhos, com base na evolução do que antes se via no pátrio poder, levou o legislador civilista de 2002 a abraçar o termo *poder familiar* [art. 1634 do Código Civil] [...]”.⁶⁹ Como já dito anteriormente, achou-se por bem alterar o termo face à substituição do foco, antes no chefe da família, o pai, para o filho, sob responsabilidade da família.⁷⁰

Nesse sentido, é fundamental ter em mente que o poder familiar refere-se a um direito-dever dos pais de ter os filhos em sua companhia, e de conduzir suas vidas, independentemente da relação de conjugalidade. Esse poder não acaba com a separação, ou o fim da relação dos pais, primeiro porque o fim de uma

relação conjugal não implica o fim da relação de parentalidade, segundo porque, neste caso, apenas a presença física do filho é que determinada pela guarda. Ou seja,

Durante o período de tempo em que durar o casamento ou a união estável, compete a ambos os pais o exercício do poder familiar, sendo que, com a sua dissolução, não há alteração das relações existentes entre pais e filhos, senão quanto ao direito, que aos pais cabe, de terem em sua companhia os filhos, ou seja, com a dissolução da família, o poder familiar de ambos os pais continua a ser exercido conjuntamente, contudo, salvo o caso da guarda compartilhada, apenas um dos genitores será responsável pela guarda do menor, enquanto ao outro restará o direito convivencial.⁷¹

O próprio Estatuto da Criança e do Adolescente no art. 21 fala em poder familiar exercido pelo pai e pela mãe, em igualdade de condições, mas não se refere à sua situação como namorados, conviventes, casados, separados, etc. Apesar do Código Civil, em seu art. 1.631, falar ser exercido durante o casamento ou a

69 FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRILIS, Georgios. *Alienação Parental: aspectos materiais e processuais da Lei nº 12.318, de 26.08.2010*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 13.

70 LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 75.

71 FIGUEIREDO, op. cit., p. 15.

união estável, o poder familiar não extingue com a separação.⁷²

De outro modo há a possibilidade de perda do poder familiar, determinada pelo descumprimento dos deveres a ele inerentes (art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente) ou através da adoção, caso em que é extinto dos pais biológicos para ser transferido aos adotantes:

A adoção também gera a extinção do poder familiar, já que o menor passa a integrar a família do adotante, sendo reconhecido como filho, sem qualquer distinção ou discriminação quanto à origem adotiva da filiação transmitindo aos pais adotivos o poder familiar.⁷³

Sendo assim, as responsabilidades dos pais perdura mesmo sem estes conviverem, e este é um ponto muito importante de ser lembrado. O casal não pode, nem deve, entender que na separação o filho pertencerá a um deles somente. Não se trata a criança e o adolescente de objeto pertencente, mas de ser humano que tem prioridades, nesse sentindo as

decisões continuam sendo tomadas pelos dois genitores, que ao divergirem podem recorrer ao Judiciário, para uma decisão, ou seja:

Pertence aos pais a escolha do tipo de educação escolar que desejam para seus filhos. Cabe-lhes decidir sobre o ensino público ou privado, o tipo de orientação pedagógica ou religiosa, o modelo escolar mais adequado. A escolha da educação depende de circunstâncias econômicas e do nível de renda dos pais. A Convenção Internacional dos Direitos da Criança estabelece a liberdade dos pais para a educação e orientação religiosas dos filhos. Em caso de desacordo, qualquer dos pais poderá recorrer ao juiz, que deve leva em conta as práticas anteriores e o fato de a escolha poder submeter a criança a risco de desequilíbrios emocionais.⁷⁴

Há uma certa confusão entre este instituto e o instituto da guarda, que oportuniza o entendimento de que poder familiar é deferido para um dos pais ou ambos conforme a guarda, unilateral ou compartilhada. Mas tal entendimento é errôneo, de acordo

72 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*, v. 6: direito de família. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 306.

73 FIGUEIREDO, op. cit., p. 32.

74 LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 303.

com Paulo Lôbo⁷⁵, a proteção dos filhos é direito e dever de ambos os pais, e a guarda estaria no direito de continuar vivendo com o filho, ou de conviver com ele, o autor conclui dizendo que: “[...] Os pais preservam os respectivos poderes familiares em relação aos filhos, com a separação, e os filhos preservam o direito de acesso a eles e ao compartilhamento recíproco de sua formação.”.

Veja-se, então, o que seria especificamente a guarda.

4.2 A Guarda

A alienação ocorre no geral em processos de guarda, que decorrem de

uma separação/divórcio.⁷⁶ Inclusive, é o que afirma o próprio Richard Gardner⁷⁷, criador do termo Síndrome da Alienação Parental (SAP).

A guarda é a regularização da posse de fato da criança ou adolescente, que obriga à prestação de assistência material, moral e educacional (art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente). Ela é deferida a quem tenha melhor condições para exercê-la. Tanto que há alguns anos era natural se pensar que a mãe era quem detinha as melhores qualidades para criar o filho, seja porque este antigamente era seu papel mais importante, seja por ser ela a os gestar. Mas esta visão

75 LÔBO, op. cit., p. 190. 76 OLIVEIRA, Euclides de. Alienação Parental. In: III CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA – Família e Responsabilidade: teoria e prática do direito de família, 7., 2009, Belo Horizonte. Anais... Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010, p. 231.

77 “Parental alienation syndrome (PAS, Gardner, 1985, 1986, 1987a, 1987b, 1989, 1992, 1998) is a disorder that arises almost exclusively in the context of child-custody disputes. In this disorder, one parent (the alienator, the alienating parent, the PAS-inducing parent) induces a program of denigration against the other parent (the alienation parent, the victim, the denigrated parent). However, this is not simply a matter of ‘brainwashing’ or ‘programming’ in that the children contribute their own elements into the campaign of denigration. It is this contribution of factors that justifiably warrants the designation PAS.[...]” (GARDNER, Richard A. Differentiating between parental alienation syndrome and bona fide abuse-neglect. In: The American Journal of Family Therapy, apr/jun 1999, 27, 2, ProQuest Psychology Journal, p. 97)

do papel da mulher sofreu profunda alteração após a última grande guerra, como destaca o Prof. Dr. Carlos Silveira Noronha⁷⁸:

É indubitado que a família moderna passa por uma profunda evolução e para isso vêm contribuindo inúmeros fatores que se acentuaram a partir da última grande guerra, quando um de seus membros fundamentais – a mulher, esposa e mãe – partiu para trabalhar fora do lar, inicialmente para suprir a falta do marido presente nos campos de batalha e, terminando o conflito, para compensar no orçamento doméstico os influxos da economia dos países combalida pela guerra. Quando esse não tenha sido o caso, ocorre que ordinariamente precisa a mulher exercer atividade laborativa fora do lar para auxiliar o marido a implementar as despesas da família, em razão dos desajustes que atingem o macrosistema econômico da nação, com reflexos acentuados na economia da família.

A guarda pode ser unilateral ou compartilhada. Unilateral quando concedida a uma só pessoa. Compartilhada quando concedida ao pai e à mãe que não convivam. Ela diz respeito à responsabilização

pela saúde, educação e necessidades imediatas do filho, aquelas que precisam de alguém que a viabilize. Assim, na guarda unilateral há um responsável e o outro age como um supervisor, ou seja, embora ambos tenham o poder familiar de garantir ao filho condições dignas de vida, a um deles é deferida a convivência diária, e o outro a convivência mais esporádica, desta feita, aquele que tem a guarda pode tomar as decisões que entender pertinente, contanto que não fira os direitos da criança e do outro genitor. A guarda compartilhada pressupõe, portanto, as decisões “diárias” (por exemplo, qual colégio colocar) conjuntas, podendo, mas não sendo obrigado, a determinação da presença física do filho seja também compartilhada ou permaneça com um deles (art. 1.583 do Código Civil).

A determinação da guarda pode ser por consenso dos pais ou determinação do juízo (art. 1.584 do Código Civil).

O fato é que nas separações os adultos precisam distinguir a conjugalidade/convivência da parentalidade e quando não o conseguem acabam, por vezes, inserindo

78 NORONHA, Carlos Silveira. Conceito e fundamentos de família e sua evolução na área jurídica. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, nº 10, p. 161 – 174, jul. 1994, p. 167.

na criança todas as suas frustrações. Muito bem coloca Luiz Edson Fachin que:

Uma das grandes tarefas dos processos de terminação do vínculo, quer seja socioafetivo, quer seja apenas formal para as uniões matrimonializadas, é evidenciar que se os pais se separam, os pais não devem se separar dos filhos. A guarda, tanto a unilateral quanto a compartilhada, deve espelhar um exercício diário de autocrítica para não despejar sobre as crianças ou adolescentes a discórdia entre os pais.⁷⁹

Tanto é no sentido desta distinção que Fachin⁸⁰ inclui um novo princípio no rol dos já mencionados oportunamente, que seria o princípio da dissociação do estado de filiação com o estado civil dos pais:

“São colacionados diversos princípios, à luz da concepção codificada,

da visão de mundo e do sistema tanto do Código novo quanto da Constituição, dentre eles:

a) dissociação do estado de filiação com o estado civil dos pais (seguindo orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça); eis aí um dos elementos estruturantes da nova disciplina constitucional da filiação que se projetou sobre a jurisprudência e que, agora, vem recolhido, pelo novo Código Civil brasileiro [...]”

Observando-se que a guarda poder ser deferida a terceiro, caso entenda o juiz que é o melhor para a criança ou o adolescente.⁸¹

O fato é que nos casos de alienação parental, há quem diga que a melhor decisão, do juízo (já que nesses casos não há consenso dos pais), seria a guarda compartilhada. Sob o argumento de que é através dela que ambos os genitores tenham responsabilidades em equilíbrio

79 FACHIN, Luiz Edson. Desafios e Perspectivas do Direito de Família no Brasil Contemporâneo. p. 423 – 443 In: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (coord.). *Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e Outros Temas* – Homenagem a Tullio Ascarelli. São Paulo, Quartier Latin, 2008, p. 434.

80 FACHIN, op. cit., p. 428.

81 MAGALHÃES FILHO, Sérgio de. *Guarda Compartilhada entre Mãe e Tio*. Boletim IBDFAM, Belo Horizonte, nº 51, ano 8., p. 3-5, jul./ago. 2008, p. 9.

de condições, cumprindo o poder familiar conjuntamente.⁸² O problema da guarda unilateral estaria na possibilidade do guardião dificultar ou proibir a convivência entre os filhos e o outro genitor, impedindo as visitas, sob a acusação de que o outro o negligencia, ao filho, e que o afastamento é uma forma de protegê-lo.⁸³ O fato é que ainda que sobre esses argumentos, imagina-se a dificuldade de conceder a guarda compartilhada, que pressupõe decisões consentidas, a duas pessoas que encontram-se em conflito.

4.3 Os benefícios trazidos pela Lei da Alienação Parental (Lei nº 12.318/2010)

A lei veio como um meio de esclarecer os meandros desse ato que preocupa por poder causar tantos danos à criança e ao adolescente. Ela fala diretamente sobre alguns dos direitos fundamentais que são feridos

diante do ato de alienação e que, portanto, precisam ser respeitados, seguem alguns dispositivos da lei:

[...]

Art. 3º A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.

Art. 4º Declarado indício de ato de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente, o processo terá tramitação prioritária, e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para **preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva**

82 OLIVEIRA, Euclides de. Alienação Parental. In: III CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA – Família e Responsabilidade: teoria e prática do direito de família, 7., 2009, Belo Horizonte. Anais... Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010, p. 235.

83 DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. Qual a posição da criança envolvida em denúncias de abuso sexual quando o litígio familiar culmina em situações de alienação parental: inocente, vítima ou sedutora?. In: _____. *Incesto e Alienação Parental – realidades que a Justiça insiste em não ver*. Coordenação de Maria Berenice Dias. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 108 e 113.

reaproximação entre ambos, se for o caso.

Parágrafo único. Assegurar-se-á à criança ou adolescente e ao genitor garantia mínima de visitação assistida, ressalvados os casos em que há iminente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica da criança ou do adolescente, atestado por profissional eventualmente designado pelo juiz para acompanhamento das visitas.

Além disso, vem exemplificando atos que podem configurar a alienação parental, o que auxilia os operadores do direito na observância dessas ocorrências, para, se for o caso, poder agir a respeito.

A lei garante a cautelosa avaliação da situação fática em que foi levantada a possibilidade de alienação, inclusive através de perícia feita por profissional de áreas como a psicologia e a assistência social ou por equipe multidisciplinar (art. 5º da Lei nº 12.318/2010).

De outro modo, a lei, verificada a alienação, determina que o juiz analise o fato e determine a atribuição da guarda ao genitor que melhores condições tenha de proporcionar à criança ou ao adolescente, inclusive,

a convivência com o outro, de modo saudável, isto quando não for possível a guarda compartilhada (art. 7º da Lei nº 12.318/2010).

Fábio Botelho Egas⁸⁴, advogado especialista em direito de família, coloca em seu artigo opinião a respeito da Lei da Alienação Parental:

Contudo, deixa a nova lei de ir além naquilo que talvez seja da maior importância nesse momento em que especialmente a criança apresenta-se na sociedade como objeto, fruto de um projeto pessoal do adulto, que é **a conscientização acerca da maternidade e da paternidade. A lei fresca repete o modelo já esgotado de crime e castigo. Reascende questões maniqueístas, novamente dando espaço para questões de culpas, deixando de lado a responsabilização por escolhas feitas, inclusive de ter um filho com alguém.** (grifou-se)

De certo modo, Egas tem razão quando fala que é preciso uma conscientização da maternidade e da paternidade, é o que se depreende do princípio da paternidade responsável e do conceito que se tem da expressão planejamento familiar. Os genitores

84 EGAS, Fábio Botelho. Alienação parental, a Lei nº 12.318/10. *Revista Visão Jurídica*, nº 55, sem ano, São Paulo, Editora Escala, p. 67.

para o serem precisam compreender o papel a que se dispõem. Não basta apenas gerar um filho e colocá-lo no mundo sem se responsabilizar pelo suporte dele enquanto incapaz.

A Lei da Alienação Parental, veio, de certo modo, alertar a sociedade para essa responsabilização que os pais podem sofrer quando negligenciam os filhos.

CONCLUSÃO

O Direito vem atender à realidade atual da sociedade, por este motivo não basta que os aplicadores do Direito e sociedade o antevejam como norma petrificada nas palavras que o legislador determinou, é preciso que se tenha uma visão do todo, uma interpretação que leve em conta o texto da lei, os princípios e regras constitucionais, a situação de fato, de forma conjunta. E nesse sentido não seria diferente a necessidade do Direito de Família no que tange às garantias de crianças e adolescentes que sofrem ou não atos de alienação.

Não basta entender que o poder familiar o é, em seu sentido literal, um poder sem limites, conferido aos pais para comandar a vida dos filhos,

mas uma parte de uma autoridade que vem envolta em alguns importantes deveres: de preservar sua saúde física e psíquica; de possibilitar que crianças ou adolescentes tenham uma existência digna, com o carinho de ambos os pais, e daqueles que lhes são importantes; de propiciar-lhe alimentação, e tudo aquilo que seja necessário ao seu sustento; de protegê-los dos riscos morais e daquilo que possa prejudicar sua convivência em comunidade.

O princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável são de certo modo um alerta para a observância de todos os demais princípios, viabilizados pelos textos da Constituição, do Código Civil, do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Lei de Alienação Parental, dentre outras não mencionadas nesta pesquisa.

É preciso deixar claro que todos os cidadãos têm responsabilidade sobre o que ocorre na vida em comunidade, e que não há como se vislumbrar um futuro digno se se deixam de lado direitos e garantias básicas, principalmente relativos a crianças e adolescentes, os quais determinou-se constitucionalmente serem pessoas em desenvolvimento, e, portanto, com prioridade.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Temas Atuais de Direito de Família – atualizado de acordo com as leis de números 12.004/09 e 12.010/09*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BEVILAQUA, Clóvis. *Direito da Família*. 7. ed. São Paulo: Editora Rio, 1976.
- BRANDES, Joel R.. Parental Alienation. *New York Journal*, New York, 26 mar. 2000. Disponível em: <<http://www.fact.on.ca/Info/pas/brande00.htm#FN4>>. Acesso em: 1 jul. 2011.
- BRASIL. Constituições Anteriores de 1824 a 1967 EMC nº 1 de 1969. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-historica/constituicoes-antiores-1#content>>. Acesso em 23 jun. 2011.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 23 jun. 2011.
- BRASIL. Código Civil. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em 17 jun. 2011.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 17 jun. 2011.
- BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em 17 jun. 2011.
- BRASIL. Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 ago. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm>. Acesso em 17 jun. 2011.
- BRASIL. Projeto de Lei nº 4.053. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 07 out. 2008. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/601514.pdf>>. Acesso em: 29 jun. 2011.
- BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70017390972 – RS. Apelante:

A.S. E M.O.P.S.. Apelado: E.A.L.C.. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Porto Alegre, RS, 13 de junho de 2007. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>> Acesso em: 01 nov. 2010.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 70014814479 – RS. Agravante: G.S.A.. Agravado: T.M.W.. Relatora: Maria Berenice Dias, Porto Alegre, RS, 07 de junho de 2006. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=aliena%E7%E3o+parental&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%29&requiredfields=&as_q=&ini=30>. Acesso em: 01 jul. 2011.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 70015224140 – RS. Agravante: M.S.S.. Agravado: S.D.A.. Relatora: Maria Berenice Dias, Porto Alegre, RS, 12 de julho de 2006. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=aliena%E7%E3o+parental&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%29&required>>. Acesso em: 01 jul. 2011.

fields=&as_q=&ini=30>. Acesso em: 01 jul. 2011.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70017390972 – RS. Apelante: A.S.. Apelado: E.A.L.C.. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Porto Alegre, RS, 13 de junho de 2006. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=aliena%E7%E3o+parental&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%29&requiredfields=&as_q=&ini=20>. Acesso em: 01 jul. 2011.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 70028169118 – RS. Agravante: V.O.. Agravado: H.N.G.. Relator: André Luiz Planella Villarinho, Porto Alegre, RS, 11 de março de 2009. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=aliena%E7%E3o+parental&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%29&requiredfields=&as_q=&ini=20>. Acesso em: 01 jul. 2011.

CONVIVER. In: MICHAELIS Moderno Dicionário da Língua Portuguesa. São Paulo: Me-

- lhoramentos, 1998. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=conviver>>. Acesso em: 14 jul. 2011.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- DIAS, Maria Berenice. (Coord.). *Incesto e Alienação Parental*. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- DIAS, Maria Berenice. Síndrome da alienação parental, o que é isso?. Disponível em: <<http://www.mbdias.com.br/hartigos.aspx?112,24>>. Acesso em 28 out. 2010.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, v. 5: *Direito de Família*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DUCOTE, Richard. A comment about Dr. Richard Gardner's suicide released by the last man to cross examine him, attorney Richard Ducote. Site Cininnatipas.com. Jun. 2003. Disponível em: <<http://cincinnatipas.com/dr-richardgardnerautopsy.html>> Acesso em: 23 jun. 2011
- EGAS, Fábio Botelho. Alienação parental, a Lei nº 12.318/10. *Revista Visão Jurídica*, nº 55, sem ano, São Paulo, Editora Escala, p. 67.
- FACHIN, Luiz Edson. *As Intermittências da Vida - O Nascimento dos Não-Filhos à Luz do Código Civil Brasileiro*. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, 95 p.
- FACHIN, Luiz Edson. Desafios e Perspectivas do Direito de Família no Brasil Contemporâneo. p. 423 – 443 In: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (coord.). *Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e Outros Temas – Homenagem a Tullio Ascarelli*. São Paulo, Quartier Latin, 2008.
- FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do Direito de Família: curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. 346 p.
- FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRILIS, Georgios. Alienação Parental: aspectos materiais e processuais da Lei nº 12.318, de 26.08.2010. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 13.
- GABRIEL, Sérgio. O papel dos princípios no Direito brasileiro e os princípios constitucionais. *Jus Vigilantibus*, São Paulo, 23 jul. 2007. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/29789>>. Acesso em: 07 jul. 2011.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, v. 6: *Direito de Família*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

- GROENINGA, Giselle Câmara. O Fenômeno da Alienação Parental. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; MADALENO, Rolf. Direito de Família: processo, teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 117-139
- GROENINGA, Giselle Câmara. Direito à Família. *Boletim IBDFAM*, Belo Horizonte, nº 51, ano 8., p. 3-5, jul./ago. 2008, p. 3.
- IMEPA, Textos do Dr. Richard Gardner. Tradução de Rita de Cássia Rafaeli Neto. Disponível em <<http://www.mediacaoparental.org/gardner.php>>. Acesso em 03 nov. 2010.
- KRAUSS, Daniel A.; Lieberman, Joel. D. Psychological Expertise in Court: psychology in the courtroom, v. II. United States: Ashgate, 2009. p. 113.
- LAGO, Vivian de Medeiros; BANDEIRA, Denise Ruschel. A Psicologia e as Demandas Atuais do Direito de Família. *Psicologia Ciência e Profissão*, Porto Alegre, 29 (2), p. 290-305, 2009.
- LIRA, Wladimir Paes de. Direito da Criança e do Adolescente à Convivência Familiar e uma Perspectiva de Efetividade no Direito Brasileiro. In: VII CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. Família e Responsabilidade – teoria e prática do Direito de Família. Coord. 14,7Horizonte: IBDFAM, 2007, ano XIII, nº 21, bimestral abr/mai 2011, p. 33-51.
- NORONHA, Carlos Silveira. Da instituição do Poder Familiar, em perspectiva histórica, moderna e pós-moderna. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, nº 26, p. 89 – 120, dez. 2006.
- NORONHA, Carlos Silveira. Conceito e fundamentos de família e sua evolução na área jurídica. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, nº 10, p. 161 – 174, jul. 1994.
- OLIVEIRA, Euclides de. Alienação Parental. In: VII CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. Família e Responsabilidade – teoria e prática do Direito de Família. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira, 7., 2009, Belo Horizonte. Anais... Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010, p. 231-255.
- ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro, dez. 2000. Disponível em: <http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf> Acesso em: 12 jul. 2011.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva, Reconhecimento de paternidade e seus efeitos. 5. ed. Rio de Janeiro:

- Forense, 1996, p. 8 *apud* FUJITA, 2009, p. 13.
- PEZZELLA, Maria Cristina Cereser; SILVA, Fernanda Pappen da. Os Seres Sujeitos de Direitos em Família. In: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da; PEZZELLA, Maria Cristina Cereser (coords.). *Mitos e Rupturas no Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 325 a 353.
- PODEVYN, François (04/04/2001). Síndrome de Alienação Parental. Tradução para Português: Apase – Associação de Pais e Mães Separados (08/08/2001) e Associação Pais para Sempre. Disponível em <<http://www.apase.org.br/94001-sindrome.htm>>. Acessado em 07 nov. 2010.
- PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado – Parte Especial – Tomo IX – Direito de Família: Direito parental. Direito Protetivo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família: Lei nº 10.406, de 10.01.2002*. 7.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- SOLIDARIEDADE. In: MICHAELIS Moderno Dicionário da Língua Portuguesa. São Paulo: Melhoramentos, 1998. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=solidariedade>>. Acesso em: 13 jul. 2011.
- SOMMER, Reena. Parental Alienation Syndrome. *Divorcing Mistakes.com*, Texas, 2004. Disponível em: <<http://www.divorcingmistakes.com/articles/PASreview.pdf>>. Acesso em 01 jul. 2011.
- SOUZA, Euclydes de. Jurisprudência “Melhor Interesse da Criança” - Pailegal.net. Disponível em: <http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextoId=-236521748>. Acesso em: 8 de julho de 2010.
- SOUZA, Monaliza Costa de et al. O papel do advogado na alienação parental. In: SOUZA, Monaliza Costa de et al. *Família contemporânea: uma visão interdisciplinar*. Coordenação de Ivone M. Candido Coelho de Souza. Porto Alegre: IBDFAM: Letra&Vida, 2011, p. 168-176.
- THOMÉ, Liane Maria Busnello. *Dignidade da pessoa humana e mediação familiar*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- TRINDADE, Jorge. Síndrome de Alienação Parental. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Incesto e Alienação Parental*. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 21-32
- ULLMANN, Alexandra. Síndrome da Alienação Parental. *Revista Visão Jurídica*, nº 30. São Paulo, 2008, p. 62-65.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil, v. 6: direito de família*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

VISITAR. In: MICHAELIS Moderno Dicionário da Língua Portuguesa. São Paulo: Melhoramentos, 1998.

Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=visitar>>.

Acesso em: 14 jul. 2011.

