

As Escadas e as Rampas

Flávio M. Dickson Ramos

Advogado e Bacharel em Direito pela UnB

ra outro, quer se suba, quer se desça: por uma escada ou por uma rampa. São sistemas que funcionam baseados em filosofias completamente diversas, ainda que coincidentes no efeito: enquanto na rampa os pontos em sua dimensão horizontal vão se sucedendo sempre com o mesmo desnível um em relação ao outro, na escada eles não seguem nenhuma progressão constante - vão de enfiada todos exatamente na mesma altura e de repente o próximo ponto está muito mais alto do que o anterior.

O direito funciona como uma escada, com degraus e transições bruscas. Assim como as escadas, tem funcionado muito bem durante os séculos. Porém, a humanidade começa agora a despertar para a importância das rampas, pois há pessoas a quem as escadas não servem tão bem. Igualmente, há casos em que a intransigência do direito atende muito mal ao seu público demandante de justiça. Nossa intenção é a de evidenciar alguns destes casos, certos de que o leitor, mais bem informado, facilmente encontrará similares talvez até mais eloquentes para ilustração da nossa tese, os quais em nossa ignorância, deixamos de perceber.

Antes disto, porém, um esclarecimento é importante. Como objeto deste trabalho, está o direito funcional, por assim dizer, não tanto o direito ético. Não pertence ao seu âmbito a indagação da possibilidade de haver uma terceira categoria ética assimilável pelo direito, ou de haver graus diferenciados de licitude das ações humanas. Em seu desenvolvimento, trabalhamos sempre sobre o postulado de que as condutas sempre serão ou jurídicas ou ilícitas, o que é o mais prático, se não for o mais correto, pois cremos que ainda que este nosso postulado não venha a ser verdadeiro, nossas conclusões não de manter-se firmes.

De certas inflexibilidades do direito material

O PROCESSO DE EXECUÇÃO, concebido como meio de satisfação forçada dos direitos creditícios, tem sua maior conquista em sua limitação. O que antes era voltado apenas à proteção do crédito é agora também direcionado à proteção do devedor, expressando admiravelmente a prioridade que reconhece o ordenamento jurídico dos direitos humanos sobre os

duo, ainda que seja um inadimplente, viva com dignidade, do que os credores recebam integralmente o que lhes é devido.

Duas impenhorabilidades traduzem à perfeição a valoração referida - a impenhorabilidade do imóvel doméstico e a impenhorabilidade dos salários e pensões, aquela instituída pela lei 8.009/90 e esta pelo CPC art. 649, IV.

Os salários, entendidos estes como a contraprestação recebida pelo empregado em decorrência de contrato de trabalho, são no dizer da lei “absolutamente impenhoráveis”, “salvo para pagamento de prestação alimentícia”, assim como o são os vencimentos dos funcionários públicos. Esta impenhorabilidade justifica-se pelo caráter alimentar que a eles é conferido por presunção *iure et de iure*, e que justamente por ser absoluta é muitas vezes falsa na realidade.

Parece justo que um trabalhador gaste seu salário com as necessidades normais do dia a dia, suas e de sua família, sem ter que se sacrificar para pagar suas dívidas; no entanto, esta concepção somente justificava-se para salários baixos, que não são a totalidade. Existem muitos salários e vencimentos altos, de 30 a 50 vezes maiores que o salário mínimo; esqueçamos dos ditos marajás do serviço público que recebem mensalmente fortunas, porque são uma espécie em extinção diante do atual esforço moralizador da Administração Pública.

Também os altos salários e vencimentos são impenhoráveis, porque não deixam de ser salários ou vencimentos, ainda que possibilitem ao seu titular atender com trinta vezes mais folga “às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social” (CF, art. 7º, IV). É curioso que um ordenamento jurídico permita que alguém que, com 1/30 avos de seu rendimento, garanta para si e para os seus condições de vida digna possa se dar o luxo de não pagar seus credores, e no entanto é assim.

Caso semelhante é encontrado na impenhorabilidade do imóvel familiar. Ao proteger o direito à moradia a lei vai mais além, e torna possível o completo sacrifício do direito de crédito quando ambos poderiam ser conciliados. “Imóvel residencial familiar” é um conceito juridicamente único porém econo-

micamente de grande diversidade: pode ser igual a R\$ 1.000,00, a R\$ 100.000,00 e a R\$ 1.000.000,00.

O ordenamento jurídico não prevê a possibilidade de se utilizar o expediente de trocar R\$ 1.000.000,00 por R\$ 100.000,00 e ainda assim manter sempre na posse do devedor um imóvel residencial - o direito de moradia permanece intocado, o direito de crédito é satisfeito e ocorre apenas a transferência de patrimônio característica da execução forçada.

O Código de Defesa do Consumidor dotou o Judiciário do poder de declarar nulas cláusulas dos contratos de consumo entendidas como abusivas (art. 51), dentro da ampla proteção e privilégio que dispensa ao consumidor. Porém este poder se limita à anulação, de modo que a cláusula pode ser mantida ou esquecida, mas não mitigada; não é difícil então imaginar o caso em que um contrato, livremente aceito pelas duas partes, ainda que de mau grado por uma delas, venha a se tornar, por força da anulação de uma cláusula, um contrato favorável apenas a uma delas e o qual não teria sido em sua configuração final em hipótese alguma celebrado pela parte que teve a nulidade declarada contra si. **Ou seja, um acerto que antes recebeu a adesão voluntária dos dois contratantes pode legalmente ser transformado em outro contra toda a vontade de uma destas partes.**

O § 2º do art. 49, embora pareça, não evita esta situação (“*A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.*”), porque faz menção apenas à ocorrência de ônus excessivo para a parte, enquanto que o contrato pode perfeitamente tornar-se indesejável para alguém por acarretar um ônus não excessivo ou um benefício insuficiente.

Não é intenção nossa, naturalmente, desabonar a norma ou a sua louvabilíssima intenção de conter os abusos em sede de contratos de adesão, e sim indicar um caso de inflexibilidade jurídica em uma lei moderna.

A inflexibilidade no direito processual

PODEMOS DETECTAR também este fenômeno no direito processual. Neste campo a situação é assemelhada àquela antes referida sobre o aspecto ético, ainda que se diferencie a ponto de merecer um comentário separado. Assim como para as ações humanas teremos sempre uma classificação jurídica bipolar, em lícita ou ilícita, também nos processos teremos uma absolvição ou uma condenação.

Esta última afirmativa não é apenas a constatação do óbvio. O processo civil contemporâneo é rígido como o direito material justamente por ser ins-

trumento oficial deste direito e estar, digamos assim, moralmente obrigado a ser coerente com ele.

Há dois aspectos principais nas causas judiciais, a discussão sobre o direito e a discussão sobre os fatos. As melhores causas são aquelas em que os fatos são conhecidos e se pede ao juiz apenas que diga o direito aplicável - nelas é mais difícil ocorrer injustiças, além de serem mais rápidas. Já quanto às causas em que há discussão sobre os fatos, estas se dividem entre as bem instruídas e as mal instruídas; e no entanto quando a questão de direito é a mesma pode-se conseguir a mesma condenação na causa mal instruída e na bem instruída.

A prova é instrumental, e não pode afetar a essência do direito, e por isto é possível ver-se alguém que se vale de uma testemunha descompromissada conseguir a mesma condenação que um outro que provou seu direito com cinco testemunhas, laudo técnico e confissão espontânea da outra parte. Aí está a radicalidade processual: a prova da parte ou prova, e leva tudo, ou não prova, e não leva nada. Não há a possibilidade de uma gradação, em que o juiz possa considerar que o fato jurídico foi mais ou menos provado e conceda ao autor seu direito pela metade.

Não vemos como o funcionamento do processo possa ser diferente, embora tenhamos de reconhecer mais uma vez que esta radicalidade nem sempre atende à justiça do caso concreto. O juiz que hesita em decidir por uma condenação de R\$ 100.000,00 baseado em prova débil não hesitaria para condenar em R\$ 10.000,00, e o juiz que frente a uma situação obscura não tem tranquilidade para mandar o réu para a força cominar-lhe-ia sem mais reflexão dez anos de detenção. Ocorre que a justiça humana não tem como ser perfeita, e é inevitável para que gozemos das benesses do direito nos sujeitarmos às suas falhas estruturais.

A inflexibilidade na relação jurídica

O DIREITO NATURALMENTE compartimentaliza as relações jurídicas, desta maneira aceitando o risco de cometer muitas injustiças para realizar a justiça possível. Pode-se assim ganhar a causa contra Antônio e perder a outra rigorosamente igual contra Maria; pode-se ser despejado antes de ganhar na justiça os créditos atrasados, ou ser processado pelo adversário a quem se perdoou ofensas muito mais graves. O direito não vê o conjunto da pessoa, mas apenas ações suas determinadas.

Esta é certamente a maior fonte de injustiças dentre as diversas manifestações da chamada “inflexibilidade” do direito. Paralelamente, é esta inflexibilidade a mais enraizada na substância mesma do direito, a menos suscetível de mudanças. A evolução da Juris-

prudência vem caminhando sempre com maior convicção atrás de maneiras de impedir ou atenuar as injúrias materiais resultantes da inevitável aplicação deste princípio fundamental, o que se dá de diversas maneiras.

A mais importante exceção à autonomia das relações jurídicas é encontrada, a nosso ver, nas execuções coletivas, na falência comercial ou insolvência civil, e nas concordatas. Nestes institutos ocorre a rara inversão do foco da relação jurídica, que passa do direito do credor para o patrimônio do devedor, desta maneira abandonando uma perspectiva individualizadora em favor de uma perspectiva de conjunto.

Merece também destaque a doutrina da cláusula *rebus sic stantibus*, a qual se incorporaria a todos os contratos sinalagmáticos ainda na falta de vontade das partes. Esta cláusula visa a impedir que um contrato de execução prolongada ou de trato sucessivo sirva de instrumento para que uma parte se enriqueça às custas da outra ou lhe cause a ruína, pela alteração das condições fáticas que onerem demais a prestação prevista - o caso clássico é o que ocorre nos tempos de inflação, em que o dinheiro que um contratante se obriga a pagar ao outro vale cada vez menos, enquanto que as mercadorias ou serviços da contraprestação permanecem com valor constante. Com a cláusula *rebus sic stantibus* não foi preciso contrariar a regra básica do direito, pois não há desconsideração da obrigação; conseguiu-se trazer para o seio da relação jurídica considerada um elemento externo (estado das coisas) capaz de alterar-lhe os efeitos.

apenas os benefícios dos dois. E o que nos parece mais certo é que, apesar de antigas, irregulares e algo segregadoras, as escadas são de trânsito mais rápido e... mais seguro.

Conclusão

NESTE PEQUENO artigo nos valem de uma comparação singela para buscar expressar algumas idéias pessoais sobre o direito, e que como todas as comparações tem seus limites. Assim é que, se durante toda a história da humanidade as pessoas se valeram de escadas nas construções, da mesma maneira como se valeram de um direito mais ou menos igual por quinze séculos, atualmente assistem ao surgimento com caráter cada vez maior de obrigatoriedade de rampas e elevadores nos prédios e passeios públicos, bem como a transformações cada vez mais acentuadas na Jurisprudência, tudo isto em benefício de minorias que outrora as escadas e o direito excluía.

Porém ocorre que o direito tem por vocação a unicidade, pois todos são iguais perante a lei. É possível dotar uma obra de escadas e rampas, mas não dotar as pessoas de dois direitos. Tenhamos um direito-escada ou um direito-rampa, o fato é que sempre teremos um direito apenas, que padecerá dos vícios e virtudes de um destes sistemas- não há como conjugar