Volume 17 - n. 35
janeiro/junho 2012

ISSN 1415-112X

Revista da esmape

Publicação da Escola Judicial de Pernambuco

Escola Judicial de Pernambuco

ISSN 1415-112X

Revista da esmape

Publicação Científica e Semestral

Volumes 17 - n. 35
janeiro/junho 2012

© Copyright by Escola Judicial de Pernambuco

A Revista da ESMAPE divulga assuntos de interesse jurídico-pedagógico. Os artigos são de total responsabilidade dos respectivos autores, sendo resguardada a pluralidade de pensamento. Os conceitos emitidos não expressam, necessariamente, a opinião do Conselho Editorial.

A Escola Judicial do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco – Esmape cumpre, rigorosamente, a Lei do Depósito Legal (Lei nº 1.825 de 20 de dezembro de 1907), sendo a Revista da ESMAPE, preservada como patrimônio jurídico-literário na Biblioteca Nacional.

É permitida a reprodução parcial dos artigos, desde que citada a fonte.
Solicita-se permuta / Exchange disued / on demande échange

Base de dado indexadora

Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal latindex

Rede Virtual de Bibliotecas RUBI Congresso Nacional

Revisão: autores e *Profa. Esp.* Eulene Staudinger
Designer gráfico: Joselma Firmino de Souza

Tiragem: 600 exemplares

BIBLIOTECA
ESMAPE

Correspondências para:
Escola Judicial de Pernambuco – Esmape
Av. Imperador Pedro II, 221 – Santo Antonio – Recife – PE – CEP 50010-240
revistadaesmape@gmail.com

Revista da ESMAPE / Escola Judicial de Pernambuco – Esmape – Ano 1, n.1 (1996 -). – Recife : Esmape, 1996 –
v. Semestral
ISSN 1415-112X

1. Direito-Periódico. I. Escola Judicial do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco – Esmape. II ESMAPE

CDD 340.05

Impresso no Brasil - Printed in Brazil - 2014

BIBLIOTECA
ESMAPE

Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco

Mesa diretora

Biênio 2014 – 2015

Desembargador Frederico Ricardo de Almeida Neves
Presidente

Desembargador Leopoldo de Arruda Raposo
Primeiro Vice-Presidente

Desembargador Fernando Eduardo de Miranda Ferreira
Segundo Vice-Presidente

Desembargador Eduardo Augusto Paurá Peres
Corregedor Geral

Biênio 2012 – 2013

Desembargador Jovaldo Nunes Gomes
Presidente

Desembargador Fernando Eduardo de Miranda Ferreira
Vice-Presidente

Desembargador Frederico Ricardo de Almeida Neves
Corregedor-Geral

TJPE

ESCOLA JUDICIAL

PODER JUDICIÁRIO
Tribunal de Justiça de Pernambuco

Biênio 2014.2 - 2016

Diretoria Geral

Desembargador Ricardo de Oliveira Paes Barreto
Diretor Geral

Desembargador Stênio José de Souza Neiva Coêlho
Vice-Diretor

Juiz José André Machado Barbosa Pinto
Supervisor

Coordenadores

Juíza Ana Cláudia Brandão de Barros Correia Ferraz
Pós-Graduação Lato-Sensu

Juiz Sílvio Romero Beltrão
Pós-Graduação Stricto-Sensu

Juiz Breno Duarte Ribeiro de Oliveira
Formação Inicial de Magistrados

Juíza Karina Albuquerque Aragão de Amorim
Vitaliciamento de Magistrados

Juiz José Ronemberg Travassos da Silva
Aperfeiçoamento de Magistrados

Diretoria

Directors

Luís Eduardo Saraiva Câmara
Formação Inicial de Servidores

Mary Anne Briano de Britto
Aperfeiçoamento de Servidores

Juiz Alexandre Freire Pimentel
Programas Internacionais

Juiz Demócrito Ramos Reinaldo Filho
Extensão e Eventos Científicos e Culturais

Juiz André Vicente Pires Rosa
Ensino à Distância

Juiz Gabriel de Oliveira Cavalcanti Filho
Relações Institucionais

Juiz Rafael José de Menezes
Informatização Jurídica

Juiz Rafael Cavalcanti Lemos
Preparação à Magistratura e Cursos Externos

Juiz Carlos Damião Pessoa Costa Lessa
Tabelião Ivanildo Figueirêdo
Extrajudicial

Biênio 2012.2 – 2014.1

Diretoria Geral

Desembargador Fernando Cerqueira Norberto dos Santos
Diretor Geral

Desembargador Cândido José da Fonte Saraiva de Moraes
Vice-Diretor

Juiz José André Machado Barbosa Pinto
Supervisor

Coordenadores

Juíza Ana Cláudia Brandão de Barros Correia Ferraz
Pós-graduação lato sensu

Juiz Sílvio Romero Beltrão
Pós-graduação stricto-sensu

Juiz José Ronemberg Travassos da Silva
Formação Inicial de Magistrados

Juiz José Ronemberg Travassos da Silva
Vitaliciamento de Magistrados

Juiz Sérgio Paulo Ribeiro da Silva
Aperfeiçoamento de Magistrados

Luís Eduardo Saraiva Câmara
Formação Inicial de Servidores

Luís Eduardo Saraiva Câmara
Aperfeiçoamento de Servidores

Juiz Breno Duarte Ribeiro de Oliveira
Programas Internacionais

Desembargador Eurico de Barros Correia Filho
Extensão e Eventos Científicos e Culturais

Biênio 2012.2 - 2014.1

Presidente
Des. Dr. Fernando Cerqueira Norberto dos Santos

Filosofia do Direito
Prof. Dr. Fernando José Borges Correia de Araújo

Direito Civil
Prof. Msc. José André Machado Barbosa Pinto
Prof. Dr. Ruy Trezena Patu Júnior
Prof. Dr. Silvio Romero Beltrão

Direito Ambiental
Prof. Dr. Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva

Direito Processual Civil
Prof. Dr. Lúcio Grassi de Gouveia
Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira

Direito Constitucional
Prof. Dra. Dayse de Vasconcelos Mayer
Prof. Dr. Alexandre Freire Pimentel

Direito Penal
Prof. Dr. Flávio Augusto Fontes de Lima
Prof. Msc. Luiz Carlos Vieira de Figueiredo

Direito Processual Penal
Prof. Dr. Teodomiro Noronha Cardozo

Direito do Trabalho
Prof. Dr. Pedro Romano Martinez

Conselho editorial

Editorial committee

BIBLIOTECA
ESMAPE

Direito Tributário
Prof. Dr. Hélio Silvio Ourem Campos

Direito Administrativo
Prof. Msc. Sabrina Araújo Feitoza Fernandes Rocha

Coordenação Técnica, Editorial e Planejamento Gráfico
Bel. Esp. Joseane Ramos Duarte Soares

Sumário

Contents

Editorial 13
Editor's note

A independência do Poder Judiciário e o sistema de acesso à justiça
The independence of the Judiciary Power and the System of Access to justice.
Amini Haddad Campos 17

Critérios para aferição da abusividade da cobrança de juros nos contratos bancários e aplicação do princípio da boa-fé objetiva: análise de casos julgados pelo Tribunal de Justiça de Pernambuco
Criteria for gauging the abusiveness of charging interest on bank contracts and application of the principle of good faith objective: analysis of cases decided by the Court of Justice of Pernambuco
Breno Duarte Ribeiro de Oliveira
Cláudio da Cunha Cavalcanti 35

A renúncia à herança gravada com cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade
The renunciation to inheritance charged with inalienable, uncommunication, and unseizability clauses
Cláudia Maria Resende Neves Guimarães 55

A constitucionalização do direito privado
The constitutionalization of private law
Eugênio Facchini Neto 85

A inexigibilidade de conduta diversa e o crime contra a ordem tributária: uma análise jurisprudencial
The unenforceability of another conduct and the crime against tax order: an analysis jurisprudential
Gustavo Machado Tavares
Érica Babini L. do A. Machado 139

Competência em razão da matéria nos juizados Especiais cíveis: uma revisitação necessária
Competence in the matter in civil courts Special: revisiting necessary
Iure Pedroza Menezes **167**

O paradigma da entidade familiar brasileira: inclusão da relação homoafetiva
The paradigm of the entity Brazilian family: including the relationship homoafetiva
Ivaniza Leão Santana Silva da Costa **199**

A Autoexecutoriedade dos Atos Administrativos Decisórios no Direito Brasileiro
The Auto Enforceability of Administrative Acts Decision-Making in Brazilian Law court
José Júnior Florentino dos Santos Mendonça **223**

Considerações sobre algumas polêmicas acerca do pedido, da competência e das despesas processuais nos juizados especiais cíveis estaduais
Considerations some controversies about the application of skills and court costs in special courts civil state
José Raimundo dos Santos Costa **249**

O sigilo do orçamento no regime diferenciado de contratações públicas
Confidentiality of budget in differential treatment of public contracts
Pietra Alexandrina Ferreira Pires de Albuquerque Montenegro **277**

Novos rumos da terceirização na iniciativa privada e na administração pública
New directions of outsourcing in the private sector and public administration
Rogéria Gladys Sales Guerra **305**

O relator pode decidir solitariamente o mérito de recurso de apelação com base em questões predominantemente de fato? Análise à luz de precedentes do Superior Tribunal de Justiça, do CPC em vigor e do Projeto do Novo Código de Processo Civil
The Rapporteur can decide the merit of solitary appeal based predominantly on issues of fact? Analysis in the light of precedents of the Superior Court of Justice, the CPC in force and the Project of the New Code of Civil Procedure
Rosalina Freitas Martins de Sousa **323**

A abstrativização do Controle Difuso de Constitucionalidade: uma análise reflexiva acerca da separação dos Poderes estatais
The abstrativização Diffuse Control of Constitutionality: A reflective analysis about the separation of state powers
Sabrina Araújo Feitoza Fernandes Rocha **355**

Evolução da autoria na dogmática jurídico-penal
Evolution of authorship in dogmatic criminal legal
Saulo Santos
Teodomiro Noronha Cardozo **371**

Normas para publicação de trabalhos **387**

Editorial

Editor's note

Mais duas edições da *Revista da ESMAPE*, desta vez de números 35 e 36 referentes ao ano de 2012 e que celebram o compromisso da nossa gestão em dar continuidade a uma publicação já consolidada no meio jurídico nacional e internacional.

Trazendo em cada edição, uma média de quinze artigos, a Revista vem ao encontro da finalidade da Esmape, atual Escola Judicial de Pernambuco - ESMAPE, em fomentar a pesquisa, o debate e a divulgação de trabalhos que agreguem valores técnicos e científicos aos magistrados, servidores do Poder Judiciário e outros operadores do Direito. São estudos que, por hora, divulgados no formato impresso, transmitem o pensamento de cada autor para construção de uma Justiça mais eficiente e que responda aos anseios de uma sociedade sempre em mudanças.

A Escola Judicial, sintonizada com a comunidade acadêmica, não poderia deixar também de publicar trabalhos da lavra daqueles que estão em início de carreira, profissionais recém-formados, estudantes dos cursos pós-graduação oferecidos pela Escola e instituições afins porque, além de oferecer-lhes a oportunidade de terem seus trabalhos divulgados no periódico indubitável reconhecido, temos o entendimento de que precisamos de novas ideias e análises críticas dos conceitos e métodos vigentes. Porque entendemos ser através das inquietações, questionamentos e reflexões que construiremos um pensamento humanístico capaz de alterar a realidade e minimizar as injustiças sociais que tanto pautam o nosso país.

***Des.* Fernando Cerqueira Norberto dos Santos**
Diretor Geral - Biênio 2012.2 - 2014.1

Articles

Artigos

Articles

Artigos

A independência do poder judiciário e o sistema de acesso à justiça

Amini Haddad Campos
Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Mato Grosso. Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC/RJ, com Doutorado em Direitos Humanos pela Universidade Católica – UCSF. Master Business Administration - MBA em Poder Judiciário pela FGV/Rio. Especialista em Direito Civil, Processo Civil, Direito Penal, Processo Penal, Administrativo, Constitucional e Tributário. Autora e Coautora de artigos jurídicos nacionais e de vários livros. Professora Efetiva da Universidade Federal de Mato Grosso e Professora-Diretora do Núcleo de Pesquisa Vulnerabilidades, Direito e Gênero da FD/UFMT. Professora de Cursos de Pós-Graduação. Autora de Projetos Nacionais na temática de Gênero, tais como Condição da Mulher, Violência Doméstica e Lei Maria da Penha, estes inclusos, nas diversas amostras, em vídeo, em evento Internacional no PANAMÁ (março/08). Os projetos desenvolvidos pela autora do presente artigo foram indicados, em âmbito nacional, pela Secretaria de Políticas para Mulheres do Governo Federal, como modelo-orientação no Brasil.

Resumo

A imprescindibilidade da independência judicial, em suas diversas vertentes, é instrumental absolutamente necessário à concreção dos Direitos Humanos e de um efetivo Direito de acesso à Justiça. Isso leva-nos a uma conclusão inadiável: **os direitos e garantias fundamentais não podem ser simples decisão política**. As garantias procedimentais ou processuais, bem como diretrizes materiais ou substantivas prescritas e alicerçadas na ordem constitucional são elementares à estrutura da cidadania e da própria viabilidade da coexistência humana. Em outra análise, a obrigação jurídica assumida pelo Brasil perante os organismos internacionais, quanto às prerrogativas da magistratura e suas decorrentes garantias judiciais não podem ser esvaziadas. Destarte, resta-nos a evidência da inconstitucionalidade nas PECS 33 e 37. Afinal, pelas normativas inseridas nesses Projetos de Emenda à Constitucional é atingir, diretamente, o acesso à Justiça. Este, contudo, é a maior garantia de direitos humanos reconhecida mundialmente, desde a Declaração de 1948 até os nossos dias.
Sejamos, então, capazes de compreender todas as dimensões concernentes à Independência Judicial, com a devida manutenção das prerrogativas constitucionais da Magistratura nos estritos limites das Declarações Internacionais de Direitos Humanos e da própria funcionalidade prescrita aos Poderes de Estado.

Palavras-chave: Independência Judicial. Prerrogativas da Magistratura. Garantias de Direitos Humanos e de cidadania. Projetos de Emenda à Constituição brasileira (PECS 33 e 37). Acesso à Justiça.

1 Considerações Iniciais

A presente construção, em artigo, detém um objetivo primordial e basilar: sensibilizar as mentes para uma devida funcionalidade do Poder Judiciário, sua estrutura e realidade, com comparativos hábeis à constatação da imprescindibilidade da independência, em suas diversas vertentes, como instrumental absolutamente necessário à concreção dos Direitos Humanos e de um efetivo Direito de acesso à Justiça, tanto na perspectiva interna como externa do Poder.

2 A independência do Poder Judiciário como instrumento à concreção dos direitos humanos. Acessibilidade

A intangibilidade dos direitos e garantias fundamentais é determinada pela própria Constituição que, inclusive, proíbe, expressamente, até mesmo qualquer emenda tendente a aboli-los (Art. 60 da CF).

De igual forma, a divisão dos Poderes é elementar impassível de modificação constitucional.

Teoricamente, pois, se expõem limites. Na prática, vemos, a cada dia, uma diminuição exacerbada da independência do Poder Judiciário, condicionando-o às estruturas controladas mediante atuação política, com desrespeito aos princípios da independência, da constitucionalidade das prerrogativas da Magistratura, da legalidade, do federalismo e das garantias fundamentais de todo e qualquer cidadão. O exemplo mais recente disso é a própria PEC 33, de autoria do Deputado Federal/PT-PI, Nazareno Fonteneles. É bom frisar que a própria Comissão de Constituição e Justiça (a mais importante da Casa) consi-

derou constitucional uma PEC que submete decisões do Judiciário sobre Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e súmulas vinculantes ao Congresso. No primeiro caso, prevê, se for o caso, um plebiscito.

Isso, pois, demonstra a gravidade da questão posta.

Afinal, estamos falando de uma ordem constitucional de garantias.

As palavras inseridas em entrevista pelo Deputado já nos demonstra a situação bazofiada, quando afirma que o STF não poderia ser a última voz ao dizer o direito quando, em realidade, essa diretriz é a função mor do referido Poder. Fez afirmar, ainda, o Deputado proponente, que o STF não representa o Povo brasileiro e que todo o poder tem que emanar deste. Isso nos ressalta a incongruência do discurso. Afinal, o STF é formado por pessoas comuns que estudaram em uma faculdade e buscaram se qualificar, como é dado e possível a qualquer do povo. Basta olharmos a história de vida dos que compõem o Supremo. Isso é a base do sistema de representação de Poder inserido na Constituição (forma direta e indireta). Assim, a formação do STF está alicerçada, sim, na sociedade, adicionando-se, pois, a qualificação hábil à desenvoltura do cargo. Isso, pois, é decorrência lógica de uma ordem exigida e prescrita, em virtude da própria função de emanar a Justiça, em último grau. Essa representação é diretamente vinculada à realidade social. Ainda, os membros do STF são avaliados e votados, conforme escolha e indicação política, o que nos evidencia a representatividade indireta, mediante manifestações das forças públicas existentes (participação do Executivo e do Congresso Nacional).

Portanto, precisamos estar acordados para essas manifestações prejudiciais à realidade do sistema. Ainda, devemos deter em mente que, mesmo havendo indicações públicas e avaliações decorrentes junto ao Congresso, para fins da composição do STF, **o direito não pode ser uma decisão política**. As garantias procedimentais ou

processuais e diretrizes materiais ou substantivas prescritas e alicerçadas na ordem constitucional não podem ser amputadas da sociedade. Aliás, a realização da Justiça detém relevância na própria atividade desenvolvida, visto que diretamente voltada aos maiores anseios da população.

Contudo, tivemos a publicação da entrevista, por parte do Deputado proponente da PEC 33, afirmando que o Judiciário não teria a palavra final, bem como afirmando que a *Constituição diz que o poder emana do povo, o STF está "abaixo" dos parlamentares. "O Supremo não é eleito e nem é o povo"*, critica o Deputado. A integra poderá ser ouvida no site http://www.4shared.com/mp3/uozPFiOs/nazareno02.html.

Vale-nos a consciência de toda essa realidade...

Pois bem. A Convenção Americana sobre Proteção dos Direitos Humanos, no seu artigo 8º, estabelece uma enunciação de garantias judiciais, complementando que toda a tutela judicial deverá ser prestada por um Juiz INDEPENDENTE e IMPARCIAL, que deverá se pronunciar sobre o caso. As mesmas garantias podem ser vistas no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, em seu artigo 14. Para que isso seja realidade, é necessário que o Poder Judiciário, no exercício da atividade de seus magistrados, não esteja condicionado às inconstâncias de decisões políticas tendentes a impingir-lhe descrédito ou insignificância porque, caso isso ocorra, a independência, de fato, não se efetiva.

Teremos, isso sim, ao final, assim como uma saúde falida, uma educação abandonada e uma segurança ineficiente, uma Justiça extirpada de seu conceito, externando-se, pois, ilegítima, sem Juízes de fato e de direito. Porque a difícil missão de julgar a efetividade de uma Lei e sua legitimidade frente à Constituição, bem como a vida e as situações humanas, nas mais diversas e caóticas repercussões, requer um Magistrado preparado e capaz, com estrutura funcional e condição hábil sistêmica tornando, efetivamente, possível a intangibilidade dos direitos e garan-

tias individuais, então assegurados pela própria Constituição. Destaca-se, ainda, pois, o fato de o Brasil ser signatário de diplomas internacionais de direitos humanos.

É bom frisarmos que a prestação da Justiça requer adjetivos, então denominados constitucionalmente e por diplomas internacionais de prerrogativas da Magistratura, visto que a mesma não poderá estar condicionada a qualquer jogo de interesses, vícios ou ingerências capazes de colocar em xeque a imparcialidade e o efetivo exercício do verdadeiro ativismo judicial. Este sim, pois, apropriado ao alcançar os anseios de uma sociedade que clama por higidez moral.

Trabalhar, contrariamente, aos interesses econômicos e políticos quando estes são contrários aos interesses da coletividade não é tarefa fácil.

O que temos assistido nos últimos tempos?

Uma Justiça estrangulada pela falta de estrutura, inconstância e desrespeito aos limites constitucionais da federação, buscando-se a exposição das mazelas internas, apesar de mínimas, como "realidade" comum e geral, ridicularizando o Poder, sem mostrar, de outro lado, uma absoluta maioria e quase unanimidade de Magistrados preparados e estudiosos, que honram a toga, trabalhando diuturnamente, ainda que com dificuldades desmedidas, sendo estes, pois, verdadeiramente comprometidos com a realização dos Direitos Humanos do cidadão e não, com os interesses escusos daqueles que detêm Poder Econômico ou pressão política. Essa conduta e tentativas de minimizar a própria função do julgador, indubitavelmente, é um total desrespeito ao princípio norteador da mais precisa e importante garantia fundamental da sociedade brasileira: a JUSTIÇA.

Afinal, a JUSTIÇA é um valor supremo. Alicerce, pois, da própria democracia e do Estado de Direito (preâmbulo da Constituição Federal).

A contemporaneidade demonstra magistrados deste imenso país isolados (ameaças e atentados às suas vidas e de seus familiares) e prejudicados, diante de uma realidade cada vez mais distorcida por interesses de amoldamentos externos.

O que se pretende com essa PEC 33? O que se pretende, concentrando a investigação nos órgãos falidos da polícia (PEC 37 – proposta pelo Deputado delegado Lourival Mendes – PTdoB-MA)?

O que, de fato, se encontra mascarado por discursos inflamados, bem como retóricas de uma total falta de compromisso com a República Federativa do Brasil, construída na diretriz do Poder Constituinte de 1988?

Afinal, retirar a possibilidade de termos a oxigenação sistêmica dos órgãos em promover a Justiça (ex.: Ministério Público) e agentes autônomos (ex.: jornalistas) em ações investigativas, instruindo, pois, mecanismos à denúncia hábil, diante da própria imprescindibilidade de verdadeiro e irrestrito acesso ao Judiciário, conforme constitucionalmente prescrito (art. 5º, inciso XXXV da CF) é, simplesmente, negar a própria eficácia da Constituição Republicana.

Sabemos que a Polícia não está dando conta sequer de 10% de todas as ocorrências criminais. Assim, centralizar o serviço de investigação em suas desestruturas inviabilizará o próprio trabalho, este, pois, já desmedido do que é possível fazer diante de suas realidades precárias. Isso é prejudicial, ao final, a todo o sistema, visto que é evidente a incapacidade de seu número reduzido de pessoal (delegados e agentes) atuar e estar presente em todas as ocorrências humanas ilícitas.

Portanto, precisamos repensar os enfoques de novas pretensas ordens que, ao final, intitulam desordens.

Não podemos deixar de prescrever a receita constitucionalmente prevista:

"Não se excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito." (art. 5º, inciso XXXV da CF).

Se essa lesão erradicada pelo Judiciário, em decisão colegiada de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), puder ser novamente estabelecida, conforme prescrito pela PEC 33, ou seja, por decisão política do Congresso, não respeitando, pois, a própria função Judicial estabelecida pela Carta Magna, **todos estaremos, indistintamente, jungidos a uma ordem política que não podemos prever. Não haverá mais direito. Não haverá mais Justiça.**

De nada adiantará a Constituição e as garantias prescritas, pelas ordens interna e externa, nos diplomas de direitos humanos.

Lembremos que a lesão pode estar evidente em uma normativa inserida (Lei), de necessária declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, bem como pelos órgãos do Poder Judiciário (incidental).

Essa lesão poderá decorrer, também, das diversas instâncias de poder (Executivo: Municipal, Estadual ou Federal), de setores de atendimento público, de organismos inseridos na comunidade ou, ainda, em lares socialmente abalados e que necessitam da maior e irrestrita viabilidade investigatória ao restabelecimento da ordem de direitos previamente instituídos.

Portanto, as PECS (33 e 37) são contrárias à cidadania e aos verdadeiros anseios de um Estado Democrático de Direito.

3 Da razão do Judiciário

Percebemos, ao final, que na história de cada Juiz ou Juíza temos anos e anos de estudo, para aprovação em concurso público de provas e títulos (acesso a todos do povo que possuírem formação específica),

contando e almejando o desenvolvimento dessa atividade elencada, até então, como de grande mérito e honra dentro das estruturas legítimas de Poder de Estado. Temos o dever de aplicar a Justiça e alcançá-la para o benefício da sociedade.

A segurança jurídica, outrora sentida, daquilo que ao longo dos anos alcançamos, constitucionalmente, já simboliza uma insegurança na atualidade, diante desses percalços investidos. Afinal, a dignidade da função e sua relevância social foram atrativos para muitos estudantes idealistas que, atualmente, observam outras estruturas de órgãos (mesmo sem representatividade de Poder), detendo maiores direitos e melhores condições, com estabilidade alcançada em decorrência de lutas no sentido de equiparação remuneratória (ex. da Defensoria Pública, Procuradorias de Estado e Ministério Público) ou das garantias e benefícios usufruídos pelo Legislativo (auxílios diversos, inclusive de gabinete) e Executivo (inúmeras estruturas de assistência, inclusive gastos pessoais, familiares, cartão corporativo etc). Não bastasse isso, atualmente, **o Judiciário se vê tremendamente desvalorizado e com propostas absurdas de esvaziamento de sua própria função.**

Lutamos, incansavelmente, por um Judiciário que alcançasse os anseios sociais... A sociedade aguardou tanto essa possibilidade dos deveres e dos direitos atingirem a todos, sem distinção, sem mescla de coronelismo ou interesses políticos escusos.

Contudo, percebemos que o Judiciário, nesta contemporaneidade, vem CLAMAR PELA EFETIVA JUSTIÇA, preservando-se o próprio valor desta, visto que, constitucionalmente, assegurada, inclusive em diplomas internacionais normativos.

Devemos, pois, estar atentos às diretrizes que se amoldam nos horizontes próximos, para que não tenhamos a surpresa de sermos calados, evidentemente amordaçados, em nossa única e mais efetiva função: di-

zer o direito, em seu último grau inclusive, declarando a regularidade ou irregularidade de atos ou procedimentos que inviabilizem as garantias secularmente almejadas.

Aliás, declarar a inconstitucionalidade de qualquer ordem normativa prejudicial à Constituição é dever máximo da atividade judicial. É a função de cada Magistrado do Poder Judiciário: sermos Juízes, mesmo diante dos mais fortes econômica ou politicamente.

Esse é o sentido da inafastabilidade tão almejada. Vejamos, ainda, os passos mais recentes dessa ordem exigida:

> Declaração de Campeche (Abril de 2008):
> 1 – Os direitos fundamentais e as liberdades dos indivíduos reconhecem, como garantia de proteção, o direito à tutela judicial efetiva, a cargo de juízes independentes e imparciais, pertencentes aos poderes judiciais igualmente independentes, que contem com as condições que lhes permitam garantir aos magistrados aqueles pressupostos objetivos para o exercício da jurisdição com as qualidades indicadas. Os Estados signatários comprometem-se a garantir de modo permanente o respaldo dos poderes políticos do Estado para a consolidação da independência dos poderes judiciais e dos juízes, evitando toda ação ou decisão que possa condicionar política, econômica, social ou funcionalmente a independência do poder judicial como poder do Estado, ou, a dos juízes. Além disso, assumem o compromisso de adotar as decisões e ações que melhor contribuam com os propósitos indicados, garantindo condições favoráveis para o melhor exercício da magistratura independente e imparcial, sujeita apenas à Constituição e à lei, com estrito respeito ao princípio de hierarquia normativa e livre de toda pressão, condicionamento ou ingerência indevida externa.
> 2.- Sendo a independência e a imparcialidade do juiz específico indispensável para o exercício da função jurisdicional, estas qualidades devem ser preservadas no âmbito interno dos Poderes Judiciais, de modo a não resultarem direta ou indiretamente afetadas pelo exercício de atividades disciplinares, de ajuizamento ou de governo do próprio poder. Deve-se assegurar aos juízes que pela sua atividade

jurisdicional, conforme suas decisões para os casos a eles destinados, esses não serão premiados ou punidos, estando estas decisões sujeitas apenas à revisão dos tribunais superiores conforme indicado pelo respectivo direito interno.

O nosso silêncio não nos permite dias melhores. É necessária uma manifestação coesa e uníssona, com o objetivo imprescindível à manutenção dos direitos fundamentais concernentes à independência judicial e do conceito primordial e amplo do princípio de acesso à justiça por todos, incluindo os próprios membros do Poder Judiciário.

Afinal, somos chamados a dizer o direito e a Justiça prevalecente a cada dia. São centenas de processos distribuídos para apreciação: liminares, despachos, sentenças, audiências. Mas, não mais basta somente isso. **Devemos, concomitantemente, lutar pela efetividade da nossa função de declarar o Direito ao alcance da Justiça constitucionalmente prescrita.**

Todos perderão diante desse caos pretendido.

Ao final, a tentativa de esvaziamento é uma forma de fechar as portas do Judiciário, em sua razão e funcionalidade. Os Ministros, corajosamente, enfrentaram a situação posta diante dos horizontes prescritos. Afinal, não lutam por uma questão pessoal ou pontos de vista processuais, antecipando um julgamento. Manifestam-se em dever de Estado, pela afronta à Constituição Republicana de 88.

É a própria existência do Poder Judiciário que se encontra em jogo.

Compete-nos, pois, elucidar que o prejuízo maior será da sociedade, diante de um Judiciário inexistente em sua missão maior: dizer, em último grau, o direito.

Nós, Juízes, resolvemos problemas humanos, jungidos ou não a leis. Se forem inconstitucionais, estas serão afastadas, com possibilidade máxima de congruência (*erga omnis*) na Suprema Corte. Não escolhemos causas ou processos e atuamos MESMO QUANDO HÁ RISCOS ÀS NOSSAS VIDAS E À VIDA DE NOSSOS FAMILIARES. Perambulamos em longínquas cidades, distanciando-nos até das nossas bases emocionais (família). Ao contrário do médico que pode deixar de operar, o Magistrado não poderá deixar de decidir. Afinal, a independência da Magistratura é instrumento essencial para a proteção da cidadania, da dignidade humana e dos direitos fundamentais que alicerçam um Estado de Direito.

4 Do passado ao presente: A Justiça almejada

Nessa perspectiva, valemo-nos da história.

A Revolução Francesa, comandada pelos burgueses e, em seguida, por Napoleão Bonaparte, é um momento de extrema importância para a compreensão atual da realidade da Magistratura brasileira, na perspectiva de Poder: a França publicou a sua primeira Constituição em 1791, contudo, apesar da nomenclatura utilizada pelos Americanos na Constituição de 1787, os franceses não utilizam a nomenclatura Poder Judiciário e sim, AUTORIDADE JUDICIÁRIA. Isso, inclusive, foi mantido até a atualidade... É bom registrar que Napoleão Bonaparte, através de suas normativas, exigia a obrigatoriedade de os Juízes prestarem juramento de fidelidade ao Poder Executivo... Aliás, a primeira Constituição brasileira teve muito mais influência do modelo francês que do modelo americano. Podemos constatar isso diante da leitura de depoimentos da vida política ocorrida na Primeira República. Assim, encontraremos uma série de depoimentos mencionando a remoção de juízes, porque estes contrariavam interesses políticos de certos personagens ou de grupos de interesse dominante. Somente na Constituição de 1934 é que

teremos o aparecimento das garantias da magistratura, situação essa não mantida na Constituição de 46 e no golpe de 1964... Com a Constituição de 1988 voltamos a ter a esperança reconstruída à efetiva independência do Poder Judiciário, inserindo-se prerrogativas e garantias atinentes à Magistratura Nacional.

Afinal, é ponto fulcral, pois, o fato de a Segunda Guerra Mundial ter representado uma consagração da necessidade da independência do Poder Judiciário e/ou da Magistratura, conforme se assevera pela Declaração Universal de 1948. De igual forma, o Pacto dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em que o Brasil se insere como signatário, representam um ganho à nomenclatura e garantia da Independência do Poder Judiciário.

Assim, no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, então em vigor no Brasil desde 1992, nós detemos a seguinte redação: "Todas as pessoas serão iguais perante os Tribunais e as Cortes de Justiça. Toda a pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil".

Nessa direção, temos também a adesão do Brasil à Convenção Americana de Direitos Humanos, denominada Pacto de San José de Costa Rica, em que, em seu artigo oitavo podemos conferir a seguinte normativa: "Toda a pessoa tem o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial". A obrigação jurídica assumida pelo Brasil resulta no fato de que caso ocorra desrespeito à garantia de independência dos Juízes, haverá ofensa aos compromissos internacionais assumidos, PODENDO, ASSIM, O BRASIL SER QUESTIONADO INCLUSIVE NA CORTE INTERAMERICANA OU SER LEVADO À CORTE DE HAIA, diante das ingerências pretendidas pela PEC 33. De igual forma, quanto à pretensão de esvaziamento das possibilidades do efetivo acesso (inafastabilidade), caso sejam aprovadas as PECS 33 e 37.

É bom termos em mente a dimensão do aspecto concernente à independência.

Assim, temos que nos questionar: qual o sentido de se retirarem as garantias e a independência do Poder Judiciário e de toda a Magistratura deste País? Quem se beneficia com o enfraquecimento da Justiça? HÁ ALGUMA INTENÇÃO JÁ HISTORICAMENTE VIVIDA? Por que o Supremo Tribunal Federal está sendo atacado em sua missão de maior relevância? Será que podemos perceber o quão isso será custoso para toda a sociedade brasileira?

Assim, não podemos nos silenciar, impensadamente, diante de situações que retiram completamente a INDEPENDÊNCIA JUDICIAL.

Precisamos nos dar conta de que isso custa muito à sociedade e a cada cidadã e cidadão deste país. Não fazemos número ou agradamos um grupo de interesses específicos. Decidimos, sim, VIDAS!

5 Conclusão: Nós, Juízes e Juízas deste País

Nós, Juízes, fazemos parte da sociedade. Não estamos alheios a ela e somos desejosos de um Poder Judiciário verdadeiramente livre dos interesses escusos políticos. Aliás, devemos defender os valores de Direitos Humanos que nos foram atribuídos à consagração da JUSTIÇA.

Pergunta-se, comumente, diante da história vivida:

Quais seriam os objetivos pretendidos e os horizontes ideológicos traçados?

O porquê da tentativa de mudanças dos traços discursivos inseridos na Constituição Federal Republicana?

Afinal, diante das instabilidades sociais, grandes descomedimentos foram consolidados. A ditadura e o totalitarismo são exemplos temporais revelados. Exatamente por isso, devemos estar atentos às pretensões maliciosas do discurso.

Pretendemos, pois, fazer que o magistrado decida sempre conforme a lei, a Constituição e as normas internacionais de Direitos Humanos, não por atender a interesses outros de autoridades x e/ou y, com grande poder e influência.

Mas, seria legítimo isso ocorrer, posteriormente, como ato político do Congresso?

A problemática dos valores morais e éticos que permeiam as estruturas de Estado é mais uma aterrorizante tarefa para os magistrados independentes. Afinal, não há segurança, não há proteção, não há qualquer mecanismo eficaz de assistência ao juiz para a sua função maior de julgar.

Mas, nem por isso deixamos de prestar a nossa missão: o juramento de cumprir a Constituição e as leis, servindo à nação.

Os corruptos, desonestos ou sádicos sociais temem o juiz independente, aprovado, em concurso público, pelos seus méritos: estudo, capacidade, dedicação, inteligência, honradez e ficha totalmente limpa (o magistrado não pode ter condenações para assumir o cargo).

A independência do Poder Judiciário simboliza a verdadeira dimensão da democracia. O acesso à Justiça é a maior garantia de direitos humanos, esta, pois, reconhecida mundialmente, desde a Declaração de 1948 até os nossos dias. Sejamos, então, capazes de compreender TODAS as dimensões concernentes à Independência Judicial, com a devida manutenção das prerrogativas constitucionais nos estritos limites das Declarações Internacionais de Direitos Humanos e da própria funcionalidade prescrita aos Poderes de Estado.

The independence of the Judiciary Power and the System of Access to justice

Abstract

The indispensability of judicial independence, in its various forms, is absolutely necessary for instrumental concretion of human rights and an effective right of access to justice. This leads us to a real conclusion: the fundamental rights and guarantees may not be simple political decision. The procedural guarantees or due of process of law as well as substantive or material guidelines prescribed and grounded in the constitutional order are elementary structure of citizenship and viability of human coexistence. In another analysis, the legal obligation assumed by Brazil to international organizations, regarding the prerogatives of the judiciary and its resulting fair trial can not be emptied. Thus, we are left with the evidence of unconstitutionality in emends projects (PECS 33 and 37). After all, the normative in these projects is to empty the Constitution in the theme of the justice access. However, the justice access is the best guarantee of human rights globally recognized since the '1948 Declaration' to the present day.

Be all attention to understand the aspects pertaining to Judicial Independence, with proper maintenance of the constitutional prerogatives of the judiciary within the strict limits of the International Order on Human Rights and the competence itself prescribed in the Powers of State.

Keywords: Judicial Independence. Prerogatives of the Magistrate. Garantees of the Human Rights and citizenship. Projects of emend of the Brazilian Constitution (PECFS 33 e 37). Justice Access.

Referência

ARENDT, HANNAH. **A condição humana**. 6. Edição Revista. Editora Forense Universitária. Rio de Janeiro. 1993.

- **A vida do Espírito. O pensar. O querer. O julgar.** 2. Edição Revista. Editora Relume Dumará. 1993. Rio de Janeiro.

- **Homens em Tempos Sombrios**. Lisboa: Antropos. 1991.

- **Origens do Totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

ASSIER-ANDRIEU, LOUIS. **O Direito nas Sociedades Humanas**. Editora Martins Fontes. São Paulo. 2000.

BOBBIO, NORBERTO. **Liberalismo e Democracia**. Editora brasiliense. São Paulo. 1997.

CANDAU, V. **Educação em Direitos Humanos: uma proposta de trabalho**. In: Candau, V. e Zenaide, M. (org). Oficinas: Aprendendo e ensinando Direitos Humanos. João Pessoa: CLARK, Grahame. A identidade do homem. Tradução: Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.

DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação: na idade da globalização e da exclusão**. 2. ed. Petrópolis-RJ: Editora Vozes, 2002.

ERWIN CHEMERINSKY, Federal Jurisdiction. **EUA: Little**, Brown & Co., 1989.

FLEMING, James, Jr. and GEOFFREY, C. Harzard, Jr. **Civil Procedure**, 3. ed. New York: Little, Brown & Co, 1985.

FINNIS, JOHN. **Lei Natural e Direitos Naturais**. Rio Grande do Sul: Editora Unisinos, 2007.

FOUCAULT, MICHEL. **Microfísica do Poder**. 12. Edição. Rio de Janeiro. 1996.

GALEANO, EDUARDO. **As veias abertas da América Latina**. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 32a. Edição, 1991.

HABERMAS, JÜRGEN. **Direito e Democracia entre facticidade e validade I**; tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997;

- **Direito e Democracia entre facticidade e validade**. I; tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HART, HERBERT. **O conceito de Direito**. 2. Edição. Editora Fundação Calouste Gulbenkian. Oxford. 1994.

ISRAEL, JEAN-JACQUES. **Droit des Libertés Fondamentales**. Paris: LGDJ, 1998.

Referência do texto

CAMPOS, Amini Haddad. A independência do Poder Judiciário e o sistema de acesso à justiça. Temática: Justiça e Independência Judicial. Sociedade e Direitos Humanos. Projetos de Emenda à Constituição - PEC 33 e PEC 37. **Revista da ESMAPE**, Recife, v. 17, n. 35, p. 17-34, jan./jun. 2012.

** Artigo recebido em: 25 abr. 2012. Aprovado em: 10 jun. 2012.*

Critérios para aferição da abusividade da cobrança de juros nos contratos bancários e aplicação do princípio da boa-fé objetiva: análise de casos julgados pelo Tribunal de Justiça de Pernambuco

Breno Duarte Ribeiro de Oliveira
Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de Pernambuco. Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP; Coordenador dos Cursos de Formação, Iniciação e Vitaliciamento de Magistrados e Programas Internacionais da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – Esmape; Professor de Direito Público da Facepe (Petrolina).

Cláudio da Cunha Cavalcanti
Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de Pernambuco;
Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – Esmape.

Resumo

O presente trabalho, trata de apreciar o os contornos argumentativos de decisões relativas a casos julgados pelo Tribunal de Justiça de Pernambuco, a fim verificar sua coerência com o plexo normativo, considerando inclusive as demais fontes do direito, como pressuposto da utilização dos referidos julgados de forma expansiva a outras lides sobre idêntica ou semelhante questão de fundo, debatida naqueles casos concretos. As decisões selecionadas referem-se ao tratamento da questão relativa à arguição de abusividade de cláusula contratual relativamente a empréstimos bancários, especificamente no que pertine à taxa de juros praticada em cada operação, utilizando como eixo analítico o princípio da boa fé objetiva, positivado no art. 421 do Código Civil Brasileiro.

Palavras-chave: Coerência argumentativa. Força expansiva da fundamentação decisória. Abusividade de juros. Boa fé objetiva.

1 Introdução

O objetivo do artigo consiste em analisar os contornos argumentativos de decisões relativas a casos julgados pelo Tribunal de Justiça de Pernambuco, a fim verificar de que modo as decisões em apreço se aplicam, para, finalmente, exportar os argumentos utilizados para outros casos com semelhantes elementos fáticos identificáveis.

As decisões selecionadas referem-se ao tratamento da questão relativa à arguição de abusividade de cláusula contratual relativamente a empréstimos bancários, especificamente no que pertine à taxa de juros praticada em cada operação.

O trabalho justifica-se pela importância do precedente judicial como fonte do direito no ordenamento nacional, elemento em franca expansão, bem como pela necessidade de exame aprofundado da técnica argumentativa utilizada e a sua coerência com o plexo normativo, considerando inclusive as demais fontes do direito, como pressuposto da utilização dos referidos julgados de forma expansiva a outras lides sobre idêntica ou semelhante questão de fundo, debatida naqueles casos concretos.

Nesse sentido importante é a observação de José Rogério Cruz e Tucci, segundo a qual:

> ... toda decisão judicial encerra uma operação complexa de raciocínio, não podendo ser considerada como um fim último, mas, sim, como um destacado elemento no processo contínuo de resolver pendências no foro do direito. O Judiciário não se presta exclusivamente para decidir conflitos concretos, mas ainda deve cuidar para que as suas decisões possam servir de orientação para casos futuros.[1]

1 José Rogério Cruz e Tucci, *Precedente judicial como fonte do direito*, São Paulo, RT, 2004, p. 25.

Para que seja, no entanto, possível atingir o objetivo, declarado, de defender a aplicabilidade ou inaplicabilidade do precedente para outros casos futuros, numa expansão argumentativa generalizadora, convém a exposição, ainda que breve, das bases teóricas utilizadas nos julgados e o confronto das teorias com o caso concreto apresentado.

A primeira das decisões apresentadas refere-se a recurso de apelação interposto perante a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Pernambuco, proposta por Maurício Carneiro em face de Fininvest Administradora de Cartões de Crédito S/A, cuja relatoria coube ao Desembargador Cândido Saraiva de Moraes.

Segundo o teor da íntegra do voto do relator, o apelante argüi em suas razões recursais "a sua hipossuficiência na relação contratual, insurgindo-se contra a cobrança exorbitante de juros disfarçados e inscrição indevida do seu nome no cadastro de inadimplentes".

De acordo, ainda, com o relatório da decisão em exame, o apelante requereu a declaração de nulidade das cláusulas contratuais por serem abusivas, com evidente relação ao percentual dos juros praticados.

Embora outras questões gerais tenham sido enfrentadas no voto do Desembargador Relator, à luz da jurisprudência amplamente predominante, como a inaplicabilidade dos limites de capitalização de juros às instituições financeiras, dentre as quais as administradoras de cartões de crédito, o argumento central da decisão cinge-se à questão da boa-fé objetiva, no âmbito das relações negociais.

Nesse sentido, vislumbra-se a necessidade de transcrição da Ementa da decisão em análise:

> APELAÇÃO. PROCESSO CIVIL. CIVIL. CDC. CARTÃO DE CRÉDITO. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. EMPRÉSTIMO. «JUROS».

> COBRANÇA EXORBITANTE. CAPITALIZAÇÃO DE «JUROS». CÓDIGO CIVIL DE 2002. LEI DE USURA. CONTRATO DE ADESÃO. CLÁUSULAS ABUSIVAS. HIPOSSUFICIÊNCIA. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. INSCRIÇÃO INDEVIDA. DANO MORAL. RECURSO IMPROVIDO. – As administradoras de cartão de crédito são espécie do gênero instituição financeira, às quais não se aplicam os limites de capitalização de «juros» estabelecidos pela lei de usura e pelo código civil de 2002; – Legalidade da cobrança de «juros» no empréstimo realizado pelo Apelante; – Não é lícito ao Apelante aduzir o desconhecimento das cláusulas contratuais quando factível o acesso ao instrumento, mesmo tratando-se de contrato de adesão; Presunção de hiposuficiência não configurada; – Princípio da boa-fé objetiva. «Abuso» de direito da fornecedora não configurado. Inexistência de ilegalidade na conduta do Apelado. Ausência de provas da cobrança disfarçada de «juros». Regularidade na cobrança dos encargos; – Incontroversa a inadimplência do Apelante. Regular a inscrição de seu nome nos órgãos de proteção ao crédito; – Recurso Improvido[2].(grifei)

A decisão em grau de recurso trata de ação ordinária em que o pleito autoral, em última análise, circunscreve-se à declaração de nulidade de cláusulas contratuais, com fundamento na hipossuficiência do contratante e abusividade da conduta do contratado.

O argumento do postulante, particular, pessoa física, que efetuou saques em dinheiro, em razão de contrato de concessão de crédito firmado com operadora de cartão, segundo o relatório, apega-se ao desconhecimento das bases contratuais e à cobrança de juros abusivos.

Os argumentos do demandante, porém, são rechaçados pelo Julgador de segundo grau, que apóia a sua decisão na doutrina da boa-fé, considerada objetivamente.

2 TJPE Ap. Cível – 2ª Câmara Cível. Apelante: Mauricio Carneiro; Apelado: Fininvest S/A Administradora de Cartões de Crédito. Rel Des. Cândido Saraiva de Moraes; Revisor: Des. Alberto Nogueira Virgínio. Acórdão n. 126949-4. Julgamento em 2/3/2009

Em suma, a fundamentação reside na impossibilidade, detectada neste caso concreto, de retroceder, alegando desconhecimento, após o benefício auferido. Ressalte-se que, nos termos do relatório, o autor efetuou saques em dinheiro e foi negativado junto aos órgãos de proteção ao crédito, após constatada a sua inadimplência.

O pedido autoral não se resumiu à declaração de nulidade das cláusulas contratuais, mas foi cumulado com pedido de danos morais, por entender, o postulante, indevida a sua inscrição, mesmo estando em débito, ante a alegada nulidade das cláusulas questionadas.

> Semelhante ao caso acima mencionado afigura-se outra decisão, desta feita relatada pelo Desembargador Eduardo Augusto Paurá Peres, nos autos da apelação cível nº 90223-03, em que figuraram como apelante Carlindo Barros Lopes e apelado Continental Banco S/A
> No segundo caso concreto, ora em apreço, o apelante pretende a reforma de sentença proferida, que culminou por indeferir o seu pedido de declaração de nulidade de cláusulas relativas a contrato de leasing de automóvel, sob a alegação de que os juros praticados na operação, em relação ao empréstimo contraído pelo particular para a aquisição do bem, não se configuravam abusivos, na medida em que ajustado o pagamento em parcelas fixas, não poderia o autor alegar desconhecimento ou ignorância de sua parte, e malícia ou ma-fé da instituição financeira, que viabilizou o empréstimo com finalidade específica.

Sem perder de vista os casos acima delineados, algumas considerações teóricas são necessárias. Estas considerações basicamente se circunscrevem a aspectos doutrinários, que direta ou indiretamente foram suscitados nos fundamentos das decisões em exame.

3 TJPE Ap. Cível – 6ª Câmara Cível. Apelante: Carlindo Barros Lopes e Apelado: Continental Banco. Rel Des. Eduardo Augusto Paurá Peres. Acórdão n. 90223-0. Julgamento em 22/7/2008.

2 Boa fé objetiva e boa-fé subjetiva

Nos termos do art.421 do Código Civil: "Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé".

> A doutrina tradicional costuma dissecar o elemento legal acima, em boa-fé objetiva e boa-fé subjetiva. Nesse sentido, enquanto a primeira figura cinge-se basicamente ao modo de interpretar negócios jurídicos e como limitação ao exercício do direito subjetivo em sentido amplo, a face subjetiva da boa-fé identifica-se com o desconhecimento individual por parte do agente quanto à existência de circunstância, diante da qual lhe seria subtraída a legitimidade para figurar num dos pólos da relação contratual. No aspecto subjetivo a boa-fé, portanto, equipara-se ao erro negocial.

Exemplo claro de violação da boa-fé objetiva é o da prática de algumas instituições ao provocarem renovação automática de relações contratuais não previstas em lei, como nos contratos de mútuo bancário, aproveitando-se da passividade do consumidor.

> Em relação à boa-fé subjetiva, vários são os exemplos no ordenamento em que, mesmo reconhecida a ilegitimidade do agente, reconhece-se, no entanto, a produção de efeitos jurídicos que lhes são favoráveis, como no emblemático direito de retenção, como garantia de indenização por benfeitorias e acessões realizadas no imóvel (CC 1219).
>
> Dentre os papéis desempenhados pela boa-fé objetiva no âmbito do ordenamento nacional, cumpre destacar aquele consistente em imputar a responsabilidade extra-contratual, diante da ruptura imotivada de negociações, bem como a função de garantir o equilíbrio na base do negócio jurídico, fixando a recomposição da paridade perdida em determinada circunstância. Ressalte-se que, diante da incidência genérica do preceito positivado da boa-fé, as partes negociais se obrigam, mesmo na ausência de emissão volitiva específica e ainda contra disposição expressa delas próprias.

Em geral, decisões de nossos tribunais são relativamente tímidas a respeito da concretização da aplicação do princípio da boa-fé objetiva, havendo, entretanto, proeminentes exceções, dentre as quais as decisões objeto deste estudo, que através de menção expressa ou implícita, aplicam com ousadia a cláusula geral.

Ressalte-se que nas relações negociais em apreço, deve haver o devido cotejo como os princípios norteadores das relações de consumo. Tal questão, porém, não interfere na necessidade de aferição da boa-fé objetiva, inclusive com precedência em relação à boa-fé subjetiva. Nesse sentido é a afirmativa de Silvio de Salvo Venosa segundo a qual não se deve "esquecer, contudo, de que haverá uma proeminência da boa-fé objetiva na hermenêutica, tendo em vista o vigente descortínio social que o presente código assume"[4].

A simples alegação de hipossuficiência e abusividade, como é a prática corrente nas ações revisionais de cláusulas contratuais de cunho consumerista, não possui o condão de obscurecer a necessidade de valorização da incidência da cláusula geral, mantidas as assertivas de prevalência da boa-fé objetiva, mesmo nas relações regidas pelo Código de Defesa do Consumidor.

Conforme assevera Luciano de Camargo Penteado, "contrato e sinalagma são conceitos que devem ser coextensivos, a tal ponto que se quer sustentar no direito atual a existência mesma de um *princípio do sinalagma*. Este princípio não se resume ao puro e simples equilíbrio econômico do contrato, vai além para abraçar a necessidade de equilíbrio entre os direitos e deveres que dele derivam."[5]

4 Silvio de Salvo Venosa, *Direito civil - Parte geral*, 5ª ed., São Paulo, Atlas, 2005, p. 410

5 Luciano de Camargo Penteado, *Doação com encargo e causa contratual*, Campinas, Millennium, 2004, p. 93.

3 Análise dos argumentos dos julgados

Fundamental nesse item é a transcrição literal do eixo argumentativo da primeira decisão analisada[6]:

> Inicialmente cabe ressaltar que a presente demanda é de cunho consumerista e o contrato objeto da lide é de fato de adesão. Contudo, uma cláusula não poderá ser considerada abusiva unicamente pelo fato de ser de adesão. A análise dependerá do caso concreto, cabendo ao julgador interpretar, com as devidas ponderações, se foi respeitado o princípio da boa-fé objetiva, no momento da elaboração do instrumento pela fornecedora, protegendo assim os interesses econômicos do consumidor em face da presunção legal de vulnerabilidade.
>
> O princípio da boa-fé objetiva, corolário do direito contratual não é ônus exclusivo do fornecedor. É fato que a lei estabelece em seu favor uma presunção de hipossuficiência com o objetivo de garanti-lo da má-fé e malícia do fornecedor, contudo, in casu tal fato não se vislumbra.

Do texto extraem-se questões que se apresentam como relevantes para o relator. O primeiro deles seria a celebração de contrato de cartão de crédito, inclusive com saques em dinheiro, e agora o pedido com vistas à declaração de nulidade de cláusulas, que compõem o cerne da modalidade pactuada, com fundamento na hipossuficiência e vulnerabilidade do contratante/autor de um lado, e abusividade do contratado por outro lado. Estes os eixos ao sobre os quais são estruturados os pilares argumentativos.

Observe-se que a decisão trata de deixar clara a prevalência da cláusula geral, ainda que a lide seja claramente regida, de modo específico, pelo conjunto de normas atinentes às relações de consumo.

6 TJPE Ap. Cível – 2ª Câmara Cível. Apelante: Maurício Carneiro; Apelado: Fininvest S/A Administradora de Cartões de Crédito. Rel Des. Cândido Saraiva de Moraes; Revisor: Des. Alberto Nogueira Virgínio. Acórdão n. 126949-4. Julgamento em 2/3/2009

A cláusula geral da boa-fé foi aplicada adequadamente pela decisão, na medida em que a construção dos fundamentos de decidir obedeceu aos elementos de abrangência anteriormente descritos. A hipossuficiência e a vulnerabilidade não sobrevivem descoladas da boa-fé, a ser examinada de forma bilateral. Nesse sentido ganha força argumentativa a construção frasal: "O princípio da boa-fé objetiva, corolário do direito contratual não é ônus exclusivo do fornecedor".

Convém, nesta passagem, a reprodução das palavras de Ranieri a propósito da boa-fé objetiva: "Faz-se apelo à boa-fé objetiva como critério capaz de fixar a medida do conteúdo da relação jurídica e o limite do direito de crédito".[7]

A questão torna-se cristalina, também no voto de revisão proferido nos mesmos autos, pelo Des. Alberto Nogueira Virgínio:

> Entendo que utilizando-se da vulnerabilidade atribuída ao consumidor, o apelante desrespeitou o princípio da boa-fé objetiva, aproveitando as possíveis vantagens do crédito fácil para, a posteriori, recorrer ao judiciário para discutir cláusulas contratuais.

A boa-fé suscitada na decisão assume, então, claro contorno de responsabilidade pelos próprios atos, não se podendo neste sentido, após ser beneficiado pela execução do contrato pela parte adversa, pleitear a nulidade de cláusulas, que como cerne do negócio jurídico, proporcionaram vantagem (*in casu*, saques em dinheiro) ao contratante, que justamente vem pleitear a intervenção judicial, a fim de reduzir o encargo pactuado.

7 Filippo Ranieri, *Rinuncia tacita e Verwirkung*, Padova, CEDAM, 1971, p. 5

No segundo julgado mencionado[8], embora não haja referência explícita à cláusula geral de boa-fé, a análise da lógica do discurso demonstra claramente a sua utilização.Observem-se os termos selecionados na construção:

> "Ocorre que os juros que vêm sendo praticados na execução contratual não são de modo algum, extorsivos ou capitalizados, com efeito, deve ser salientado que a pactuação dos juros remuneratórios é livre quanto à celebração do contrato e, ademais, tendo o negócio jurídico **sido formalizado para a cobrança através de parcelas periódicas fixas,** não há como se reconhecer a configuração de anatocismo ou cobrança de juros capitalizados..."[9](grifei)

Em complemento ao texto acima, e para a sua melhor compreensão, deve-se retornar à descrição dos elementos fáticos do caso em apreço, em especial à questão de que somente após o pagamento de 15(quinze) **prestações fixas**, o autor se insurge contra a abusividade dos juros praticados.

Restou claro, portanto, para o relator, que sendo do conhecimento antecipado do autor todo o montante a ser pago, posto que a fixação das prestações em parcelas antecipadamente quantificadas permite a plena consciência do valor devolvido, não poderia este, após o pagamento de várias prestações, se furtar de complementar a prestação de sua parcela no pacto estabelecido em bases claras, sob pena de patrocinar-se anteparo á incidência da cláusula geral da boa-fé.

8 TJPE Ap. Cível – 6ª Câmara Cível. Apelante: Carlindo Barros Lopes e Apelado: Continental Banco. Rel Des. Eduardo Augusto Paurá Peres. Acórdão n. 90223-0. Julgamento em 22/7/2008.

9 Nos autos a alegação central é de abusividade na cobrança dos juros e a decisão repete os termos utilizados pelo autor, que não se refere de forma técnica ao anatocismo ou capitalização dos juros, mas à suposta abusividade do percentual praticado.De qualquer forma, o raciocínio não seria obviamente alterado, posto que a razão de decidir fixou-se, para além da possibilidade notória de capitalização dos juros, na boa-fé, como cláusula geral de regência das relações contratuais.

Assim, também houve coerência da decisão ora em análise, na aplicação dos preceitos relativos à boa-fé objetiva, segundo as bases teóricas anteriormente mencionadas, ainda que não haja referência expressa.

4 Possibilidade de limitação dos juros bancários

Como visto nos acórdãos objeto de estudo, restou clara a tendência de deixar livre a pactuação da taxa de juros nos contratos bancários, tomando por base o princípio da boa-fé objetiva.

No mesmo sentido das decisões anteriores, trago à baila o seguinte julgado da Corte Pernambucana:

> EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÍVIDA DISTRIBUÍDA POR DEPENDÊNCIA DE AÇÃO CAUTELAR DE SUSTAÇÃO DE PROTESTO. CONTRATO DE EMPRÉSTIMO/FINANCIAMENTO VINCULADO À CONTA CORRENTE. LETRAS DE CÂMBIO. PROTESTO. NULIDADE. DECISÃO EXTRA PETITA. NÃO CABIMENTO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. **TAXA DE JUROS SUPERIOR A 12% AO ANO. VALIDADE.** INDENIZAÇÃO EM DANOS MORAIS. MAJORAÇÃO. HONORÁRIOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. (...) 3. Os juros pactuados em limite superior a 12% ao ano NÃO afrontam a lei; somente são considerados abusivos quando comprovado que discrepantes em relação à taxa de mercado, após vencida a obrigação. Destarte, embora incidente o diploma consumerista aos contratos bancários, preponderam, no que se refere à taxa de juros, a Lei n. 4.595/64 e a Súmula 596/STF. (REsp 400213/RS, AgRg no REsp 1008837/RS, AgRg no REsp 537686/RS). (...)[10] (grifos nossos)

10 TJPE Ap. Cível – 6ª Câmara Cível. Apelante: Unibanco e Apelado: José Guilherme Moreira da Rocha Des. Eduardo Augusto Paurá Peres. Acórdão n. 147161-0. Julgamento em 17/2/2009.

Segue-se, assim, a linha interpretativa adotada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, que, ao que parece, vem orientando os Tribunais intermediários de todo o País.

Observe-se que no acórdão supra o Tribunal deste Estado acatou a tese do banco Réu de que as taxas de juros foram livremente pactuadas entre as partes, em consonância com a legislação vigente aplicável, bem como em sintonia com as diretrizes estabelecidas pelo Banco Central do Brasil, daí não havendo qualquer abusividade, ainda que, contrariamente aos argumentos do banco, tenha reconhecido a incidência das normas do Código de Defesa do Consumidor.

A questão da limitação dos juros e da liberdade de pactuá-los, aliás, há muito é objeto de intensos debates na jurisprudência, tendo por fundo de discussão, principalmente, as disposições do art. 1.062, do CC de 1916, Decreto n. 22.626/33 (Lei da Usura), Lei 4.595/64, arts. 591 e 406 do CC de 2002, súmula 596 do STF, art. 192, §3º. da CF e EC 40 de 2003.

Inúmeros julgados se posicionaram e muitos ainda se posicionam no sentido de limitar a taxa de juros remuneratórios a 12% ao ano, alguns apoiados no art. 192, 3§º. da CF (revogado pela EC 40) e outros fundamentados na Lei de Usura e no Código de Defesa do Consumidor. Importante tecer algumas considerações a respeito destes dispositivos legais para que se possa melhor entender o aparato legislativo que circunda a matéria e a justeza ou não destas decisões.

Primeiramente, destaca-se que a discussão sobre a limitação prevista no art. 192, §3º., da Carta Magna, encontra-se de toda superada. É que, como se não bastasse a sua revogação pela EC 40, de 29.05.2003, foi editada pelo STF a Súmula vinculante n. 7 (11.06.2008) esclarecendo que a norma contida no §3º tinha sua aplicabilidade condicionada à edição de lei complementar. Como esta lei complementar nunca foi editada...!

Em relação ao Decreto n. 22.626/33 (Lei de Usura), este, em seu art. 1º., dispõe que "é vedado, e será punido nos termos desta lei, estipular em quaisquer contratos taxas superiores ao dobro da taxa legal (Código Civil, art. n. 1.062)". Considerando que a taxa legal era de 6%, ficaria, assim, respaldada a proibição de fixação de juros acima de 12% ao ano. Porém, o STF, em sessão plenária de 15.12.1976, editou a Súmula 596 declarando que "as disposições do Decreto 22.626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por **instituições públicas ou privadas, que integram o sistema financeiro nacional**".

Com efeito, vem se consolidando, de forma quase pacífica, ao menos no STJ, o entendimento de que a competência para regular e limitar os juros bancários é do Conselho Monetário Nacional, conforme disposição da Lei 4.595/64. Como inexiste norma do BACEN estabelecendo limite máximo à contratação, estaria livre a pactuação dos juros pelas instituições financeiras.

Esses pontos foram tomados como argumentação no acórdão 147.161-0, abaixo transcrito:

> (...) No que tange à taxa de juros, a jurisprudência dominante do STJ já deixou assentado que não se presumem abusivas as taxas de juros fixadas acima de 12% ao ano, devendo ser comprovado, para a caracterização da alegada abusividade, que as taxas de juros praticadas no caso em concreto são superiores àquelas normalmente contratadas pelo mercado financeiro(...)"
>
> (...) Consoante teor do aresto supra, tal posicionamento encontra embase legal na **Lei n. 4.595/1964**, criou o Sistema Financeiro Nacional, cujo inciso IX do art. 4º. estabelece a competência do **Conselho Monetário Nacional para limitar as taxas de juros praticadas pelas instituições financeiras**. Essa lei confere às instituições financeiras um tratamento especial no que se refere à cobrança de juros, frente às

> limitações da Lei da Usura (Decreto n. 22.626/1933), que restringe a fixação dos juros em 12% ao ano. Outrossim, o Supremo Tribunal Federal, tomando como referência legislativa a citada Lei n. 4.595/1964, aprovou em 15.fev.1976 a Súmula n. 596, na qual reitera o entendimento de que as disposições do decreto n. 22.626/1933 (lei da Usura) **não** se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por **instituições públicas ou provadas, que integram o sistema financeiro nacional.** Por fim, ressalte-se a Resolução n. 1.064/1985, do Banco Central do Brasil – BACEN, que igualmente preceitua não vigorar no Brasil limite máximo à contratação de juros nos empréstimos firmados no sistema financeiro nacional (...).

Assim, levando em conta a orientação posta no *decisum*, chega-se à conclusão de que a regulação dos juros remuneratórios pelo art. 591 da Lei n. 10.406, de 10.01.2002 (Novo Código Civil), não alcança as taxas praticadas pelas instituições financeiras, pois essas taxas continuariam sendo regidas pelo comando da lei especial (lei n. 4.595/64).

Desse modo, uma vez inexistindo limitação à taxa de juros, resta apreciar a possibilidade de intervenção judicial, com o fim de reduzi-la, o que será analisado no tópico seguinte.

5 Abusividade dos juros e intervenção pelo Judiciário nas lides de consumo

Indiscutível a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nos contratos bancários, em que pese a insistência, ainda, das instituições financeiras, em tentar fazer convencer do contrário.

O entendimento encontra-se consolidado, dispondo a Súmula 297 do STJ: "o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras". Não poderia ser diferente, pois o CDC limita-se a impor

regras tendentes a assegurar condições de atendimento ao público na prestação de serviços ao consumidor-cliente, como asseverou o Min. EROS GRAU no julgamento do RE n. 432.789/SC, não se referindo à estruturação do sistema financeiro nacional. E, ademais, o art. 3º. do CDC, em seu §2º., reza que "serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, **inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária**, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista".

Assim, havendo incidência das normas consumeristas, fica a pergunta: até onde pode o Judiciário atuar para interferir em taxas de juros livremente pactuadas pelas partes?

Diz o art. 51 do Código de Defesa do Consumidor:

> "Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:
>
> (...)
>
> IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;(...)"

E o art. 39:

> "Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços:
>
> (...)
>
> V – exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva; (...)"

O Ministro CÉSAR ASFOR ROCHA, do STJ, no Recurso Especial n. 213.825, manifestou o seguinte entendimento sobre o assunto:

> Todas as vezes em que a contratação dos juros remuneratórios se apresente excessivamente onerosa, em percentual caracterizadamente abusivo, por extrapolar dos padrões da conjuntura econômica pátria, à qual devemos estar atentos, pode e deve ser aplicada a norma protetora do consumidor, com o fito de coibir-se intoleráveis abusos por parte das instituições financeiras. Assim, a estipulação de aludido percentual não pode ser imposta de forma assim tão desabrida, devendo se estabelecer uma convivência harmônica entre a liberdade conferida pela Lei n. 4.595/64 e a razoabilidade extraída pelo Código de Defesa do Consumidor, para impedir a cobrança de taxas abusivas.

A dificuldade que se tem encontrado é para se definir onde começa a onerosidade excessiva, a abusividade. Na apelação cível n. 147.161-0, uma das decisões usadas neste estudo, o Relator, Des. Eduardo Paurá, afirmou que para que se considerassem abusivos os juros praticados pelas instituições financeiras deveria ficar comprovado nos autos que o percentual aplicado é discrepante em relação à taxa de mercado, ou seja, que não está em consonância com as normalmente contratadas pelo mercado financeiro. E como aferir isto?

O Banco Central do Brasil divulga através do seu *site* as taxas médias praticadas pelo Sistema Financeira Nacional nas operações de crédito, onde se observa uma heterogeneidade significativa, sendo certo que a livre concorrência é um dos princípios gerais da atividade econômica previstos no artigo 170, IV, da CF.

Tem-se entendido que se a taxa de juros for fixada acima desta média, sem motivos que justifiquem, haverá abusividade. Imprescindível será, todavia, a análise do caso concreto, das particularidades, levando em conta que diversos fatores, como o prazo e o volume da operação, bem como as garantias oferecidas, influem para a diferença entre as taxas de juros.

Assim, por exemplo, se é cobrada taxa de juros no dobro ou triplo da média de mercado divulgada pelo Banco Central, é viável que o Judiciário,

diante de provas contundentes no processo, reveja o percentual, evitando que o consumidor fique em situação extremamente desvantajosa. Mas não sendo assim, restando incomprovada a abusividade, deve ser respeitada a *pacta sunt servanda*, garantindo às instituições financeiras o lucro da atividade capitalista que desempenham. Tal se coaduna com a perspectiva da cláusula geral da boa-fé e manutenção da base objetiva do contrato.

6 Conclusão

Retomando os acórdãos objeto da análise, é preciso considerar que, concretamente, o argumento básico das decisões é focado na apreciação da boa-fé objetiva, como elemento prévio às considerações particulares dos negócios jurídicos celebrados, e apesar de cláusula geral, a sua incidência não pode ser desvinculada de elementos concretos.

Dessa maneira a hipossuficiência e vulnerabilidade do consumidor não podem ser aferidas de forma absolutamente desvinculada da boa-fé objetiva, mas devem ser apreciadas de forma suplementar.

A partir daí, abstraindo-se os argumentos apreciados se poderia afirmar que negócios jurídicos não podem ser desconstituídos nas situações em que não há segurança suficiente para afirmar a quebra da base objetiva do contrato, que passa pela estabilidade dos elementos pactuais.

Portanto, após o benefício e sem a prova da malícia ou má-fé na construção do pacto ou de modo incidental, a cargo da parte que alega, não se pode obstar o sequenciamento natural do negócio, sob pena de fragilização do sistema de direito privado com amplas repercussões sociais.

Verifica-se assim a incidência do princípio da boa-fé, como maneira específica segundo a qual conforma-se o ordenamento jurídico brasilei-

ro. Se o ordenamento não apenas admite como se sustenta no princípio, os julgados, concretizam os valores nele contidos, cumprindo o seu papel integrador.

O Judiciário pode e deve intervir quando for observado que um dos contratantes venha a adotar mais de um padrão de conduta, buscando angariar possíveis vantagens de acordo com o que cada situação possa lhe oferecer. O escopo do princípio da boa-fé objetiva não é a defesa exclusiva do contratante hipossuficiente, tal como fazem as normas do Código de Defesa do Consumidor, mas sim assegurar a prevalência do interesse que se apresenta mais vantajoso em termos sociais, equilibrando com justeza a relação contratual.

A questão dos juros bancários é exemplo de como o princípio da boa-fé objetiva pode ser aplicado. Diante de taxas que se mostrem, comprovadamente, abusivas, carreando onerosidade excessiva para o consumidor, poderá haver, de maneira indiscutível, revisão, ou adequação à média de mercado.

Por outro lado, não poderá o consumidor simplesmente fazer alegações genéricas, sem substrato probatório algum, tentando reduzir taxas por ele pactuadas livremente com o banco, quando não houver sinais do abuso, sob pena de quebra da boa-fé e interferência indevida do Judiciário nas relações privadas.

Deste modo os julgados assumem o papel de decisões judiciais paradigmáticas, cujos fundamentos argumentativos podem servir como elementos conceituais a orientar outras decisões sobre questões análogas ou similares.

Criteria for gauging the abusiveness of charging interest on bank contracts and application of the principle of good faith objective: analysis of cases decided by the Court of Justice of Pernambuco

Abstract

This work comes to appreciate the contours of argumentative decisions on cases decided by the Court of Justice of Pernambuco, in order to verify its consistency with the legal sistem, also considering other sources of law, as a condition of use of those judged expansive manner to other similar cases. The selected decisions refer to the treatment of the issue concerning the claim of abusiveness of contractual relation to bank loans, specifically as it pertains to the interest rate used in each transaction, using analytical axis the principle of good faith objective positivised in article. 421 of the Civil Code.

Keywords: Consistency argumentative. Expansive force of the reasoning decisions. Abusiveness interest. Objective good faith.

Referências

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do direito.** São Paulo, RT, 2004.

FILIPPO RANIERI. *Rinuncia tacita e* Verwirkung, Padova, CEDAM, 1971, p. 5 Penteado, Luciano de Camargo – **Doação com encargo e causa contratual.** Campinas, Millennium, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo – **Direito civil – Parte geral,** 5. ed. São Paulo, Atlas, 2005.

FREITAS, Newton. **Teoria Geral do Crédito Bancário**, *in* http://www.newton.freitas.nom.br/artigos.asp?cod=203.

NEIVA, Gerivaldo Alves. **O que é taxa média de mercado?**, *in* http://jusbrasil.com.br/noticias/1379329/o-que-e-taxa-media-de-mercado.

TARTUCE, Flávio. **A Função Social dos Contratos, a Boa-Fé Objetiva e as recentes Súmulas do Superior Tribunal de Justiça**, *in* http://www.flaviotartuce.adv.br/.

NUNES, Gustavo Henrique Schneider. **O Princípio da Boa-Fé Objetiva**, in http://www.flaviotartuce.adv.br/.

Referência deste artigo

OLIVEIRA, Breno Duarte Ribeiro de. CAVALCANTI, Cláudio da Cunha. Critérios para aferição da abusividade da cobrança de juros nos contratos bancários e aplicação do princípio da boa-fé objetiva: análise de casos julgados pelo Tribunal de Justiça de Pernambuco. **Revista da ESMAPE**, Recife, v. 17, n. 35, p. 35-54, jan./jun. 2012.

** Artigo recebido em: 25 abr. 2011. Aprovado em: 10 jun. 2012.*

A renúncia à herança gravada com cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade

Cláudia Maria Resende Neves Guimarães
Graduada em Direito e em Administração de Empresas pela UFMG.
Especialista em Direito Processual Público pela UFF/RJ.
Juíza Federal em Belo Horizonte.

Resumo

As cláusulas de inalienabilidade, de impenhorabilidade e de incomunicabilidade são limitações voluntárias ao direito de propriedade impostas por ato de liberalidade, testamento ou doação que, até a promulgação do Código Civil de 2002, podiam ser impostas livremente pelo testador ou doador. A partir da vigência do novo codex civil, o art. 1.848/CC2002 autoriza a imposição das cláusulas restritivas sobre a legítima, desde que seja declinada expressamente a justa causa pelo testador. O presente trabalho, através de uma análise doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, além de discutir o significado do termo justa causa, pretende analisar a possibilidade da renúncia à herança nestas condições, bem como os efeitos de tal ato.

Palavras-chaves: Direito civil sucessório. Cláusulas restritivas. Justa causa. Renúncia.

Introdução

O Código Civil Brasileiro não define o que seja propriedade, mas apenas enuncia os poderes do proprietário: 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.[1]

Quando todos os atributos da propriedade encontram-se reunidos em um só indivíduo, tem-se que a propriedade é plena, mas é possível o seu desmembramento, a exemplo do direito real de usufruto, quando o *jus fruendi* é extirpado, e também no caso do bem gravado com cláusula de inalienabilidade, quando o proprietário não tem a faculdade de dispor da coisa. Consequentemente, proprietário não é apenas a pessoa que detém todas as faculdades acima listadas. É possível o proprietário deixar de ter um dos atributos. Assim, embora garantida constitucionalmente[2], a propriedade pode sofrer limitações e restrições.

As posições doutrinárias contrárias à clausulação de bens são expressivas e com argumentos de peso. Basicamente, alegam os opositores que os gravames são fontes de insegurança, haja vista que a figuração de um bem no patrimônio de quem quer que seja, gravado com inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade, representa prejuízo para eventual credor, bem como que tais cláusulas existem em detrimento da sociedade, pois visam proteger o inepto, que, por seu próprio desatino e imprudência, se conduz à ruína. Quanto aos doutrinadores favoráveis à instituição das cláusulas restritivas, Mauro Antonini discorda quanto à sua inconstitucionalidade por afronta ao direito à herança e à propriedade privada, porquanto tais direitos não são absolutos e podem sofrer limitações pela legislação infraconstitucional, como ocorre, por exemplo, pela previsão da legítima metade indisponível por testamento, o que limita o direito de propriedade.[3]

1 Art. 1.228 do Código Civil de 2002

2 Inciso XXII do art. 5º Constituição Federal

Entendemos que as cláusulas de inalienabilidade, de incomunicabilidade e de impenhorabilidade têm papel essencial na proteção da família. O legislador, ao positivar estas cláusulas na lei civil, o fez com o intuito de preservar os clausulados, sendo a tradução do respeito pela construção de um patrimônio, muitas vezes, de forma extremamente penosa pelos testadores e doadores. Todavia, certo é que, em situações excepcionais, a restrição imposta pode não só inviabilizar todo e qualquer proveito econômico do bem, como impor um ônus que não pode ser suportado pelo beneficiário. Neste caso, o sucessor deve avaliar quais são as opções jurídicas disponíveis para tratar da questão, que pode variar desde a renúncia à herança; uma ação judicial de levantamento das cláusulas com ou sem sub-rogação ou, ainda, a impugnação em juízo da justa causa prevista no art. 1.848 do Código Civil.

Sem a pretensão de esgotar o assunto, o objetivo do presente trabalho é tecer algumas considerações a respeito da justa causa introduzida pelo art. 1.848 do Código Civil de 2002, que limitou o poder do testador de impor livremente cláusulas restritivas sobre a legítima; a possibilidade de renúncia à herança gravada com cláusulas de incomunicabilidade, de impenhorabilidade e de inalienabilidade e quais os efeitos desta renúncia.

1 Origens e finalidade

No direito romano era conferida ampla liberdade de testar ao *pater familias*, o qual podia dispor de seus bens livremente. A cláusula de inalienabilidade não lhe era estranha e sua prática justificava-se pela defesa da família.

3 ANTONINI, Mauro in "Código Civil Comentado". Coord. Cezar Peluso, Manole, 3ª Ed., São Paulo, 2009, p. 2227

Em nosso direito pré-codificado, a legítima era uma quota de herança reservada aos herdeiros necessários sem qualquer limitação. Não poderia ser onerada por condições, encargos ou legados, nem pela designação de certos bens. Todavia, o Decreto nº 1839, de 31 de dezembro de 1907, denominado LEI FELICIANO PENNA, passou a permitir que o autor da herança impusesse, por meio de cláusulas testamentárias, restrições aos direitos de seus sucessores, prescrevendo inalienabilidade ou incomunicabilidade dos bens que comporiam, depois de sua morte, a legítima que lhes era assegurada.[4]

Assim, até 31 de dezembro do ano de 1907, quando entrou em vigor o Dec.1839/07, denominado Lei Feliciano Pena, a cláusula de inalienabilidade absoluta era defesa em nosso ordenamento jurídico, no pressuposto de que encerrava condição ou encargo impossível e ilícito. Admitia-se, apenas, a inalienabilidade relativa (Ordenações, Livro 4o, Título 11), ou seja, com a declaração de uma causa *vestita*.[5]

Feliciano Pena, ao justificar a norma, ponderou que se tratava de providência a que os testadores recorreriam nos casos em que, dado o conhecimento profundo que tinham das condições dos seus herdeiros, se fizesse necessária ou conveniente a adoção de tais restrições.[6]

O art. 1.723 do Código Civil de 1916, mantendo a orientação do Decreto 1.939/1907, não obstante assegurasse aos herdeiros necessários o direito à legítima, permitia livremente ao testador, no interesse do herdeiro e de sua família, determinar a conversão dos bens que a compõem em outras espécies; prescrever-lhes a incomunicabilidade; confiá-los à livre administração da mulher herdeira, excluindo da gestão o marido; estabelecer-lhes condições de inalienabilidade temporária ou vitalícia.[7]

4 GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 7; direito das sucessões, 6ª. Ed. São Paulo : Saraiva, 2012. p. 210.

5 GOMES, Orlando. Sucessões, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.158.

6 FIORANELLI, Ademar. Direito Registral Imobiliário. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor. 2001, p.155.

7 GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 7: direito das sucessões / Carlos Roberto Gonçalves. – 6. Ed. São Paulo : Saraiva, 2012, p. 211

Todavia, quando da Lei Feliciano Pena, em 1907, já se discutia sobre a motivação na instituição das cláusulas restritivas, José Ulpiano entendia necessária a justificativa para a imposição do gravame da inalienabilidade. No seu sentir, a validade e a eficácia das cláusulas dependiam da declaração do testador quanto às causas e às condições que motivaram o ato, conforme noticia Ademar Fioranelli.[8] Tal entendimento, entretanto, jamais encontrou eco na jurisprudência até a entrada em vigência do novo Código Civil.[9]

O art. 1.848 do atual diploma civil autoriza a imposição de cláusulas restritivas sobre a legítima, mas exige que seja declinada, expressamente, a justa causa pelo testador. Trata-se de uma forma de proteger o herdeiro necessário que, no Código anterior, recebia sua cota parte gravada livremente pelo testador com cláusulas de inalienabilidade, de incomunicabilidade e de impenhorabilidade, sem que houvesse oportunidade de conhecermos as intenções e os motivos do autor da herança ou da liberalidade.

2 A justa causa necessária para instituição de cláusulas restritivas de direitos sobre a legítima

O art. 1.848 do CC dispõe:

> "Salvo se houver justa causa, declarada no testamento, não pode o testador estabelecer cláusula de inalienabilidade, de impenhorabilidade e de incomunicabilidade sobre os bens da legítima."

O testador pode, portanto, gravar todos ou alguns bens da herança com as cláusulas restritivas de inalienabilidade, impenhorabilidade e in-

8 FIONARELLI, Ademar. Direito Registral Imobiliário. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor. 2001, p.157.

9 TJMG – AP 10378060195682001 1 MG 1.0378.06.019568-2/001, Relator: MOREIRA DINIZ, Data de Julgamento: 25/10/2007, Data de Publicação: 20/11/2007

comunicabilidade. Também é possível que o autor delegue ao próprio herdeiro a escolha do bem sobre o qual vai recair o gravame.[10]

Como visto na evolução histórica das cláusulas restritivas, o legislador optou pela solução intermediária entre a do Código Civil de 1916, que permitia a livre imposição das cláusulas para a legítima, e adotou que para os bens que integram a legítima terá o testador que declarar a justa causa para tanto. Se for um mero capricho, sem qualquer razão plausível, ao menos para a cláusula de inalienabilidade, não será possível persistir tal restrição. Se não for justa a causa que levou à instituição, abre-se campo para a anulação do gravame.

O fato é que a nova regra, exigência de declaração de justa causa, acabou por conceder aos herdeiros necessários o direito de conhecer as razões e os motivos que permitiram ao testador concluir pela necessidade de imposição das cláusulas restritivas e, até mesmo, se o caso, questioná-las judicialmente.

Se não houver herdeiros necessários, desnecessária a indicação da causa. Havendo herdeiros necessários e ultrapassando a metade disponível, a justa causa deverá ser indicada no testamento, de forma precisa e fundamentada, a fim de possibilitar sua apreciação pelo Poder Judiciário, sob pena de a previsão legal ser totalmente inócua. Vale salientar que a discussão sobre a justeza da causa ocorrerá somente após a abertura da sucessão, porque só a partir dela o testamento adquire eficácia (art. 1.858, c/c).

Para Guilherme Calmon Nogueira da GAMA, a necessidade da indicação da justa causa tem como finalidade não fazer predominar o interesse egoístico do testador: "Nesse sentido, com base nos valores atuais voltados ao solidarismo, ao humanismo, à cidadania, à repersonalização, à dignidade da pessoa humana, à efetividade dos direitos humanos nas

10 DIAS, Maria Berenice. Manual das Sucessões, 2ª. Edição revista, atualizada e ampliada, Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2011. p. 286

relações intersubjetivas, entre outros, não se pode mais reconhecer ao testador poderes arbitrários, quase absolutos, de regulamentar como melhor lhe convier sua sucessão, apenas e tão somente para atender a seus interesses egoísticos. Assim, a justificação acerca da vontade presumida do autor da sucessão na sucessão *ab intestato* deve ser reconhecida como ultrapassada e equivocada no sistema jurídico contemporâneo."[11]

Maria Berenice Dias, que vê nas cláusulas restritivas ao direito de propriedade do herdeiro necessário uma afronta à garantia constitucional do direito à herança, pondera que a exigência de o testador justificar a medida atenua os efeitos da limitação e que, ao fazer o legislador uso de "moderna técnica legislativa de abertura das normas" e ao trazer um conceito jurídico indeterminado, sem conteúdo definido, permite sua livre valoração pelo juiz.

Arnaldo Rizzardo entende que são razões suficientes a existência de filhos ou descendentes menores, o aparecimento de obrigações contraídas pelos herdeiros, a vida perdulária a que estão habituados, o envolvimento em constantes jogatinas, o desinteresse na exploração econômica dos bens, a má administração, a entrega a vícios e o relacionamento com pessoas puramente interesseiras; e que tais situações são eventos possíveis, que aconteciam na Antiguidade e que continuam a se repetir, pois a pessoa humana é sempre a mesma, não mudando significativamente os hábitos e perdurando as fraquezas e vicissitudes do gênero humano.[12]

Para Silvio Venosa, não se pode estabelecer *a priori* um rol de justas causas, mas a imposição pura e simples dessas cláusulas sem sua motivação declarada no testamento será ineficaz no atual sistema. Alerta, ainda, que essa motivação poderá ser discutida posteriormente à abertura da sucessão pelos interessados, em processo judicial, que certamente

11 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da.Concorrência Sucessória à luz dos Princípios Norteadores do Código Civil de 2002. In: Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 1, n. 1, abr.-jun./1999. Publicação Periódica/bimestral, v. 7. n.º 29, abr.-maio/2005, p. 11-25.

12 RIZZARDO, Arnaldo, 1942 – Direito das sucessões: Lei 10.406, de 10.01.2002, Rio de Janeiro : Forense, 2008, p. 56

paralisará o inventário no tocante à porção litigiosa, cabendo à jurisprudência analisar no futuro o que se entende por justa causa declinada pelo testador.[13]

Silvio Rodrigues preleciona: "Não basta que o testador aponte a causa. Ela precisa ser justa, podendo-se imaginar a pletora de questões que essa exigência vai gerar, tumultuando os processos de inventário, dado o subjetivismo da questão. Se o testador explicou que impõe a incomunicabilidade sobre a legítima do filho porque a mulher dele não é confiável, agindo como caçadora de dotes; ou se declarou que grava a legítima da filha de inalienabilidade porque esta descendente é uma gastadora compulsiva, viciada no jogo e, provavelmente, vai dissipar os bens, será constrangedor e, não raro, impossível concluir se a causa apontada é justa ou injusta."[14]

Não serão válidas indicações genéricas, sem singularidade, em face do herdeiro que sofrerá a restrição nem puramente subjetivas que impeçam a referida apreciação posterior. Isso significa, por exemplo, que não atenderá ao requisito da explicitação da justa causa a imposição de inalienabilidade mediante simples afirmação de que visa à proteção do herdeiro, pois essa é a finalidade genérica da cláusula, sem nenhuma especificidade em face de um determinado testamento. Ainda exemplificando, também será insuficiente a alegação de que o cônjuge herdeiro, na cláusula de incomunicabilidade, não é pessoa confiável, sem indicação de algum aspecto passível de apreciação objetiva[15].

Importante, ainda, mencionar José Fernando Simão a respeito do *caput* do art. 1.848. "[...] o coautor Flávio Tartuce até via com bons olhos a necessidade de justificativa para as cláusulas. Entretanto, como

13 http://www.silviovenosa.com.br/artigo/inalienabilidade-impenhorabilidade-e-incomunicabilidade, artigo de 19 de agosto de 2009 10:39, acesso em: 11/09/2012

14 RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: direito das sucessões, volume 7/ Silvio Rodrigues. – 26ª edição revista e atualizada por Zeno Veloso: de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). – São Paulo : Saraiva, 2003, p. 127

15 ANTONINI, Mauro in "Código Civil Comentado". Coord. Cezar Peluso. Manole, 3ª Ed., São Paulo, 2009, p. 2.226.

interroga Zeno Veloso, 'por que impor ao testador o constrangimento de afirmar, justamente no ato de disposição de sua última vontade, que estabelece a inalienabilidade porque seu filho é um gastador, um perdulário e que, provavelmente, vai arruinar ou dilapidar o patrimônio que receberá, ficando na miséria? Ou que ordena a impenhorabilidade porque o herdeiro é viciado em jogo, em bebidas, ou em tóxicos, e vai assumir dívidas, comprometendo os bens de sua legítima? Ou que determina a incomunicabilidade porque seu filho casou-se com uma aventureira, que só do marido apaixonado e lerdo consegue esconder o objetivo de enriquecer, dando o golpe do baú?'" (Novo Código Civil..., 2006, p. 1.544). Os ensinamentos do professor paraense fizeram Flávio Tartuce mudar seu entendimento, pois, muitas vezes, a justificativa da cláusula pode até se revelar violadora da dignidade humana, como nos exemplos citados.[16]

Citamos um exemplo de justa causa feito por uma testadora que gravou com inalienabilidade vitalícia todos os bens da legítima do filho: agravo de instrumento 0140249-21.2011.8.26.0000, 6ª Câmara de Direito Privado do TJSP, relator Vito Guglielmi, julgamento em 20.10.2011, com a ementa assim redigida:

> Inventário. Imóvel. Pretendida venda de bem gravado com cláusula de inalienabilidade em testamento público. Inadmissibilidade. Cancelamento do gravame que só é admitido em hipóteses excepcionais. Caso em que deve ser observada a vontade da testadora. Decisão mantida. Improvido.

A justa causa, constante da íntegra do acórdão, foi tida como satisfatória e, portanto, apta para gravar a legítima do herdeiro. A saber:

16 TARTUCE, Flávio. Direito civil, v.6: direito das sucessões / Flávio Tartuce, José Fernando Simão ; prefácio Zeno Veloso. – 4. Ed. – Rio de Janeiro : Forense; São Paulo : MÉTODO, 2011, p. 363

> [...] o árduo trabalho desenvolvido durante toda a sua vida profissional que possibilitou a aquisição de seus bens. Deseja proteger seu tronco familiar, vez que seu filho e netos poderão ser induzidos a relações ou negócios que dilapidem o patrimônio tão arduamente construído.

O fato é que os operadores do direito, em especial os notários, devem alertar as partes sobre a imperiosa necessidade de se motivar a clausulação da legítima, especialmente sobre a questão de ser justa a causa para a respectiva imposição, para que não haja o risco de ser alterada a vontade do autor da herança por ocasião do inventário. É preciso que as partes saibam que os motivos e as causas para justificar a imposição das cláusulas restritivas devem ser sérios, ainda que de certo modo constrangedor para os envolvidos. É o instituidor quem deve avaliar se a imposição das cláusulas valerá o eventual estremecimento nas relações com os instituídos. E deverá, ainda, estar ciente de que o não atendimento do requisito legal da justa causa poderá acarretar alteração em sua vontade.[17] Aconselha-se, na prática, que o testador não meça palavras no momento da justificativa para que se evite a futura alegação de nulidade da cláusula.

Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza, titular do Serviço Registral e Notarial do 2º Ofício de Teresópolis, esclarece que ao registrador cabe apenas verificar se o testador ou o doador declararam a justa causa. Se causa se justifica ou não, cabe ao Poder Judiciário apreciar[18]. A propósito:

> Indicada a justificativa, os atos serão praticados no registro imobiliário, não devendo constar a justificativa do ato de averbação da cláusula (seja de inalienabilidade, ou apenas de incomunicabilidade e/ou impenhorabilidade). Dessa forma, registra-se o ato referente à transmissão da propriedade decorrente da sucessão – carta ou escritura de adjudicação, formal ou escritura de partilha; ou decorrente da doação e averba-se o gravame decorrente da cláusula ou das cláusulas, sem indicação da motivação da imposição pelo instituidor. A justificativa é requisito de validade da cláusula, mas não diz respeito ao registro imobiliário, não deve ser abarcada pela publicidade registral, até mesmo porque, muitas vezes ou na maioria das vezes, diz respeito a questões relativas à intimidade, à vida privada das partes, sem qualquer relevância para a esfera do registro imobiliário. Averbado o gravame, enquanto não cancelado (por qualquer motivo, até mesmo por decisão judicial entendendo que não havia justa causa), produzirá todos os seus efeitos, irradiando-se *erga omnes*.

17 CLÁPIS, Alexandre Laizo, do 13º Registro de Imóveis de São Paulo, in http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI15643,41046 - Clausulacao+da+legitima+e+a+justa+causa+do+art+1848+do+Codigo+Civil

18 SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de. As restrições voluntárias na transmissão de bens imóveis: Cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade/Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza – São Paulo: Quinta Editorial, 2012. p.58

Sobre o tema, impende ainda transcrever a opinião do oficial de registro Júnior Soares Neto a respeito da justa causa. A saber:

> Trata-se de cláusula geral a ser integrada pelo magistrado, pois não há parâmetros para se saber o que é justo ou não. Se a mãe clausula a legítima do filho alcoólatra por temer que este torre o imóvel em bebida, tal ato é razoável; mas se o filho tornar-se crente e abstêmio, deverá o juiz desconsiderar o gravame, a meu viso. [19]

Entretanto, para José Fernando Simão e Flávio Tartuce essas palavras lançadas para justificar a imposição das cláusulas restritivas encontram limites na proteção máxima da pessoa, particularmente no princípio da dignidade humana.[20]

Por fim, alerta Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza[21]:

19 http://www.irib.org.br/html/boletim/boletim-iframe.php?be=2638, acesso em 09.10.2012.

20 TARTUCE, Flávio. Direito civil, v.6: direito das sucessões / Flávio Tartuce, José Fernando Simão; prefácio Zeno Veloso. – 4. Ed. – Rio de Janeiro : Forense; São Paulo : MÉTODO, 2011, p. 363

21 SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de. As restrições voluntárias na transmissão de bens imóveis: Cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade/Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza – São Paulo: Quinta Editorial, 2012. p.62

O registrador deve qualificar negativamente os títulos judiciais (formais de partilha, cartas de adjudicação nos quais há imposição de cláusulas sobre a legítima sem a declaração de justa causa). Sendo indiscutível que os títulos judiciais estão sujeitos à qualificação, e sendo a regra de ordem pública, devem os oficiais de registro de imóveis formular exigência quando a determinação legal tiver sido olvidada. Não se trata de examinar o mérito da decisão, mas verificar o cumprimento de uma regra de ordem pública. Deve o registrador analisar, ainda, se o testamento foi aditado na hipótese do art. 2.042 do Código Civil. Escapará à qualificação negativa, no entanto, o título no qual tenha havido expressa decisão sobre a desnecessidade da declaração da justa causa ou do adiantamento do testamento, no caso do mencionado art. 2.042, pois, havendo decisão expressa, descabe ao registrador analisar seu mérito. A qualificação, mais relevante função do registrador imobiliário, deve manter a higidez do sistema, garantir segurança jurídica, velando pelo cumprimento da legislação. Dessa forma, deve abarcar não somente os aspectos formais dos títulos, mas também as questões de fundo, como profissionais do direito que são. À evidência, a qualificação dos títulos judiciais é mais restrita, mas não tão restrita como pretendem alguns doutrinadores.

3 Conceito indeterminado do termo "justa causa"

Entendemos que o termo "justa causa" previsto no *caput* art. 1.848 é de conceito aberto ou indeterminado, que deve ser preenchido pelo juiz no caso concreto, sempre *a posteriori* e nunca *a priori* pelo notário. Esta questão só pode ser apreciada se levada ao Judiciário por quem se considerar prejudicado. Se mencionado no texto da escritura como cláusula expressa, o notário não pode deixar de proceder ao ato notarial, vez que a ele só incumbe o exame formal do título.

Conceitos legais indeterminados ou conceitos jurídicos indeterminados são palavras ou expressões indicadas na lei, de conteúdo e extensão vagos, imprecisos e genéricos, e por isso tais conceitos são lacunosos e abstratos, e se relacionam com a hipótese de fato posta na causa.

Consequentemente, caberá ao juiz, caso a caso, o poder-dever de preencher o conteúdo exato da questão submetida à norma, dar-lhe concreção e especificar os limites das questões essenciais. Vale registrar que, ao contrário da cláusula geral em que a atividade do juiz é mais complexa, para os conceitos indeterminados contidos nas normas o caso é de subsunção. Não haverá criação de direito pelo juiz, mas simples interpretação do dispositivo legal. O "juiz se limita a reportar ao fato concreto o elemento (vago) indicado na fattispecie (devendo, pois, individuar os confins da hipótese abstratamente posta, cujos efeitos já foram predeterminados legislativamente)."[22]

Destarte, levada a questão à apreciação do Poder Judiciário, estando clausulada a legítima, o juiz deverá verificar se atendido o requisito legal de justa motivação e se a causa manifestada é justa, séria, pertinente, etc.

4 A renúncia à herança no ordenamento jurídico pátrio

Quando ocorre a sucessão, nos termos do art. 1.784 do CC/2002, pelo princípio da *saisine*, a herança se transmite imediatamente aos herdeiros. Todavia, essa transmissão se dá em caráter provisório e assim permanecerá até que haja a aceitação da herança pelo herdeiro, quando, então, retroagirá à data da abertura da sucessão, com efeitos *ex tunc*. [23]

Esta aceitação pode se dar da forma expressa ou tácita. Flávio Tartuce e José Fernando Simão exemplificam que o pagamento de tributos relativos ao imóvel, bem como a contratação de funcionários para sua conservação por parte do herdeiro são atos que podem ser considera-

22 MARTINS-COSTA, Judith. A boa fé no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1ª edição, 2ª tiragem, 2000, p. 326.

23 Art. 1804 do Código Civil 2002.

dos como aceitação tácita[24]. Para Eduardo Oliveira Leira, o mero fato de o herdeiro outorgar procuração ao advogado para acompanhar o inventário já equivale à aceitação da herança.[25] O parágrafo 1° do art. 1.805 do CC enuncia que atos oficiosos, como o funeral do finado, os meramente conservatórios, ou os de administração e guarda provisória não exprimem a aceitação da herança. Alguns doutrinadores falam, ainda, em aceitação presumida, que é a prevista no art. 1.807 do CC/2002. Qualquer interessado (credor, eventual herdeiro, etc) pode requerer em juízo a notificação do herdeiro silente. Se em 30 dias o herdeiro não se pronunciar, presumir-se-á aceita a herança.[26]

A aceitação é ato unilaterial (exceção do art. 1.813), incondicional, indivisível e irrevogável. Contudo, é passível de anulação, como qualquer outro ato jurídico, caso seja comprovado vício de consentimento. O art. 1.809 do CC dispõe que o direito de aceitar a herança não é personalíssimo e caso o herdeiro faleça antes de ter aceitado a herança, seja da forma expressa ou tácita, este direito se transfere aos seus filhos.

Quanto à renúncia, o primeiro requisito é que seja feita de forma expressa, antes de qualquer ato que demonstre aceitação. É ato jurídico unilateral, através do qual o herdeiro declara expressamente que não aceita a herança, abrindo mão de sua titularidade. Flávio Tartuce alerta que não se trata de negócio jurídico, pois seus efeitos decorrem somente da lei e não da convenção das partes.[27] Vale ressaltar que, na renúncia propriamente dita, o renunciante não obtém em nenhum momento a titularidade. Não há transferência, transmissão ou cessão de bens ou quinhão. Essa é a razão da diferença conceitual entre a renúncia translativa,

24 TARTUCE, Flávio. Direito civil, v.6: direito das sucessões / Flávio Tartuce, José Fernando Simão ; prefácio Zeno Veloso. – 4.ed. – Rio de Janeiro : Forense; São Paulo : MÉTODO, 2011. p. 63

25 LEITE, Eduardo de Oliveira. Direito das Sucessões, volume 6. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. Editora Revista dos Tribunais Ltda. São Paulo. 2012. p. 68

26 LEITE, Eduardo de Oliveira. Direito das Sucessões, volume 6. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. Editora Revista dos Tribunais Ltda. São Paulo. 2012. p. 69

27 TARTUCE, Flávio. Direito civil, v.6: direito das sucessões / Flávio Tartuce, José Fernando Simão ; prefácio Zeno Veloso. – 4.ed. – Rio de Janeiro : Forense; São Paulo : MÉTODO, 2011. p.77

imprópria ou impura, e a abdicativa. Somente a forma abdicativa pode ser, de fato, aceita como renúncia, que irá produzir efeitos práticos, seja na incidência de ITBI e ITCD, seja na sucessão dos demais herdeiros, que receberão por cabeça e não por representação. Quando a renúncia não se dá em favor do monte, mas em favor de alguém em especial, será imprópria ou impura, o que equivale à cessão (doação) da herança, já que somente pode doar quem já é dono, que já aceitou. Neste caso incidirá tanto o imposto *causa mortis* em razão da sucessão, como *o inter vivos*, em razão da doação.

Para que fique caracterizada a renúncia abdicativa, deve ser gratuita, sem termos ou condições, e em favor do monte, ou seja, em favor de todos os herdeiros. Com a renúncia abdicativa há o afastamento do renunciante da sucessão e ele será tido como inexistente, de forma que seus sucessores não terão direito à herança. Diante da gravidade dos efeitos da renúncia abdicativa, que é irretratável[28], tem-se que a forma exigida para seu aperfeiçoamento é rigorosa e não pode ser presumida: é um ato solene, através de termo nos autos ou escritura pública.[29] Não admite outra forma e não pode ser tácita.[30] [31]

Quanto à capacidade, deve o renunciante gozar de plena capacidade civil. No entanto, há casos especiais: quando menor, deverá estar representado e com autorização judicial; em relação ao pródigo, deverá ser feita pelo curador e com autorização judicial. Se mandatário, só com poderes especiais para renúncia. Quanto ao falido, nos termos do inciso V do art. 129 da Lei 11.101/2005, não pode renunciar à herança, e caso

28 Tanto a aceitação quanto a renúncia poderão ser anuladas em razão de vícios do consentimento, independente de previsão legal expressa, em decorrência dos vícios, constantes na Parte Geral do Código Civil, nos prazos do art. 178 do diploma civil. – TARTUCE, Flávio. Direito civil, v.6: direito das sucessões / Flávio Tartuce, José Fernando Simão ; prefácio Zeno Veloso. – 4.ed. – Rio de Janeiro : Forense; São Paulo : MÉTODO, 2011.p.77

29 https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=201100227367&data=4/3/2013

30 (Superior Tribunal de Justiça – Terceira Turma/ REsp 431.695/SP/ Relator: Ministro Ari Pargendler/ Julgado em 21.05.2002/ Publicado no DJ em 05.08.2002, p. 339) (destaque nosso

31 Superior Tribunal de Justiça – Quarta Turma/ REsp 10.474/RS/ Relator: Ministro Barros Monteiro/ Julgado em 27.05.1992/ Publicado no DJ 17.08.1992, p. 12.503

o faça, terá ineficácia retroativa até dois anos antes da quebra. Por fim, quando é o caso de herdeiro insolvente, haverá suspensão temporária dos efeitos da renúncia, e os credores podem se valer do art. 1.813/CC.

No caso de insolvência do herdeiro renunciante, seus credores terão trinta dias, após tomarem conhecimento da renúncia, para habilitarem seus créditos perante o juízo do inventário, solicitando autorização judicial para aceitar a herança em nome do renunciante. A autorização será concedida se ficar evidente que a renúncia, efetivamente, prejudicou os credores, por não subsistirem outros bens no patrimônio do herdeiro renunciante suficientes para garantirem o pagamento da dívida. Não há necessidade de prova do intuito fraudulento, bastando a necessidade do quinhão hereditário para assegurar o pagamento das dívidas. O herdeiro renunciante, ou os coerdeiros que se beneficiariam com a renúncia podem se opor à habilitação, provando que o renunciante remanescerá com patrimônio suficiente para pagar a dívida.[32] [33]

Sobre a necessidade de outorga para renunciar à herança, Eduardo de Oliveira Leite aduz que:

> As posições têm se dividido em posturas diametralmente opostas, entendendo alguns que a outorga é dispensável (Washington de Barros Monteiro e Ricardo Rodrigues Gama e Wilson de Oliveira, entre outros), embora entenda a doutrina tradicional (Itabaiana de Oliveira, Caio Mário da Silva Pereira, Silvio Rodrigues e Arnoldo Wald, entre outros) que, partindo-se da premissa de que a herança é bem imóvel (art. 80,II), não pode ser alienada sem o consentimento do outro (art. 1.647). Tudo indica estar com a razão a segunda corrente doutrinária.[34]

32 ANTONINI, Mauro in "Código Civil Comentado". Coord. Cezar Peluso. Manole, 3.ed. São Paulo, 2009. p. 2180

33 Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Décima Câmara de Direito Privado/ Agravo de Instrumento Nº. 0198907-04.2012.8.26.0000/ Relator: Desembargador João Batista Vilhena/ Julgado em 09.10.2012

34 LEITE, Eduardo de Oliveira. Direito das sucessões – 2. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012 – Coleção direito civil aplicado ; v.6, p.68

Como dito, a renúncia à herança é ato jurídico formal, único e de vontade do herdeiro, e desta forma não é possível que o beneficiado venha expressar renúncia apenas em relação aos bens que não lhe interessam ou que não lhe tragam proveito econômico, sem abrir mão do direito em relação aos demais bens que compõem o monte.[35]

Formalizada a renúncia, ela passará a produzir os efeitos, retroagindo ao tempo da abertura da sucessão. Assim, o primeiro efeito produzido pela renúncia é ser o renunciante tratado como se nunca tivesse sido chamado à sucessão, não sendo, portanto, considerado para efeito do cálculo da porção disponível do extinto. Ao lado disso, frisamos que o quinhão hereditário do renunciante, em sede de sucessão legítima, será transmitido, de pleno direito, aos outros herdeiros da mesma classe, ou na inexistência destes, ou se todos da mesma classe renunciarem, os bens serão transmitidos para os herdeiros da classe seguinte. Todavia, como o renunciante vai ser tido como inexistente, seus descendentes não herdam por representação na sucessão legítima. Por exemplo, se são dois irmãos e um deles renuncia ao seu quinhão, seus filhos não poderão vir à sucessão. O quinhão em questão será direcionado ao outro irmão, da mesma classe. Lado outro, se o renunciante é o único herdeiro da classe, ou se os demais desta também repudiarem a herança, seus filhos poderão ser chamados à sucessão, por direito próprio e por cabeça.

5 Renúncia à herança com bens gravados com cláusulas de inalienabilidade, de incomunicabilidade e de impenhorabilidade

Com relação à renúncia de herança gravada com cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade, são dois os ques-

35 Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Oitava Câmara Cível/ Agravo de Instrumento Nº 70019492727/ Relator: Desembargador Rui Portanova/ Julgado em 27.04.2007

tionamentos: a) é possível renunciar nestas condições? b) em caso positivo, os demais herdeiros vão suportar os ônus impostos pelo testador, ou os bens serão transmitidos livres e desimpedidos?

Para Silvio Venosa, percebendo que a herança vem com gravame, nada obsta que o herdeiro renuncie. Não pode, contudo, renunciar em favor de determinada pessoa, uma vez que isso se considera cessão e estaria fraudada a disposição. Todavia, se há um único filho e este renuncia, os netos recebem o bem sem o ônus. Contudo, como cabem ao pai o usufruto e a administração dos bens dos filhos menores, tal renúncia será em fraude à lei, se o testador gravou também os frutos e rendimentos.[36]

Por sua vez, Maria Berenice Dias, comentando acerca do limite temporal das restrições impostas à legítima, entende que este (o limite) é a própria vida do herdeiro necessário, e que, por ocasião da sua morte, transfere aos seus herdeiros os bens herdados livres e desembaraçados. E mais, que no caso de falecimento do herdeiro, ou "renunciando ele à herança, esta se transmite aos demais sucessores, livre e desembaraçada de qualquer encargo. Claro que, no caso de renúncia, os bens podem passar aos descendentes do herdeiro renunciante. E, se os filhos forem menores, o pai é quem administra os bens, livres das cláusulas. Esta é uma forma de livrar a herança das cláusulas restritivas"[37].

Já na opinião do Oficial do Registro Imobiliário Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza[38]:

36 VENOSA, Silvio de Salvo. / Direito civil : direito das sucessões Silvio de Salvo Venosa. – 6. Ed. – 2. reimpressão – São Paulo : Atlas, 2006. _(coleção direito civil, v.7), p. 159

37 DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*, 2ª. Edição revista, atualizada e ampliada, Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2011, p. 287.

38 SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de. As restrições voluntárias na transmissão de bens imóveis – cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade, Editora Quinta, São Paulo, 2012, p. 96-97

O Código Civil prevê como uma das causas da perda do direito de propriedade a renúncia (art. 1.275, II). Por ser ato unilateral, não importa em alienação, e consiste no "[...] ato pelo qual o proprietário unilateralmente manifesta, de forma explícita, o propósito de retirar o bem de sua esfera patrimonial"[39].

O instituidor da cláusula de inalienabilidade impõe o gravame para proteção do beneficiário que, ao aceitar a doação, o legado, ou a herança, o faz recebendo o bem com a restrição imposta, ciente de que não poderá aliená-lo e que o mesmo é impenhorável e incomunicável.

A renúncia é ato frontalmente contrário à proteção do proprietário beneficiário do ato de liberalidade, eis que ao retirar o bem de sua esfera patrimonial experimenta o proprietário uma perda. Evidentemente não foi a intenção do instituidor do gravame permitir a renúncia, e sua vontade deve ser respeitada. Assim entendo inviável a renúncia ao direito de propriedade havendo cláusula de inalienabilidade, devendo o registrador qualificar negativamente escrituras de renúncia[40]92 apresentadas para averbação de cancelamento do ato aquisitivo do bem.

Caso o exercício do direito de propriedade se torne extremamente oneroso para o proprietário, de modo que não mais lhe interesse exercê-lo, deve justificar a conveniência de renunciar ao direito ou alienar o bem e requerer autorização judicial para fazê-lo. Portanto, a renúncia ou a alienação, quando autorizadas judicialmente, terão acesso ao registro imobiliário.

Não há, no entanto, como impedir o abandono do imóvel, outra causa de perda da propriedade (art. 1.275, III, do Código Civil). O proprietário de bem inalienável que o abandonar perderá a propriedade, mesmo porque nos casos de imóvel abandonado e sem satisfação dos ônus fiscais, estaríamos diante de uma das exceções à inalienabilidade: a excussão do bem em razão de obrigações *propter rem*.

39 PIRES, Paulo Henrique Gonçalves. Renúncia à propriedade**imobiliária**. in Triginelli, Wânia (coord.). Autêntica, Revista dos Notários e Registradores, edição 06. Belo Horizonte: Serjus-Anoreg/MG, Esnor, 2009.

40 Parágrafo único do art. 1.275 do Código Civil

Não compartilhamos dos mesmos entendimentos, quais sejam, que em qualquer caso a transmissão dos bens ocorra de forma livre e desimpedida – Silvio Venosa e Maria Berenice Dias –, bem como que há impedimento de renúncia quando os bens forem gravados com cláusulas de incomunicabilidade, impenhorabilidade e inalienabilidade.

A este respeito, possibilidade de renúncia de bens clausulados, o STJ já se posicionou.[41]. A propósito:

> PROCESSUAL E CIVIL – INEXISTÊNCIA DE FATO SUPERVENIENTE – NULIDADE DE RENÚNCIA E CESSÃO DE HERANÇA.
>
> I – Ocorrendo fato superveniente, no curso da ação, que atinja o direito controvertido do autor, cumpre ao juiz tomá-lo em consideração ao decidir. Inválido, porém, é o fato a esse título trazido, quando, na verdade, já era ocorrido e do conhecimento do demandante, mesmo antes do ajuizamento da ação.
>
> II – Nula é a cessão e renúncia de herança, quanto a acervo recebido em testamento clausulado de indisponibilidade vitalícia, se disfarçado de cessão e renúncia, na verdade, dissimula verdadeira doação, ilegítima porque o doador estava impedido de fazê-la. Precedentes da Corte.
>
> III – Recursos não conhecidos.
>
> (REsp 57.217/SP, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/08/1998, DJ 03/05/1999, p. 141)

Quanto aos bens serem transmitidos livres e desimpedidos no caso de renúncia, entendemos que esta não será a regra geral a ser aplicada. Ora, se doutrina e jurisprudência pátria são coincidentes e unânimes acerca do efeito da renúncia quanto ao renunciante, que será considerado estranho à herança, será tido como inexistente, temos que, em relação a ele, qualquer circunstância que lhe seja específica deve ser abstraída. Destarte, se o herdeiro renuncia de forma abdicativa à herança, é como se ele nunca tivesse existido e, partindo desta premissa, não é possível falar em limite temporal da vida do herdeiro renunciante, como faz crer Maria Berenice Dias.

41 REsp 57.217/SP, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/08/1998, DJ 03/05/1999, p. 141

Todavia, para se concluir se os bens passarão aos demais coerdeiros de forma livre e desimpedida, será necessário averiguar no testamento duas circunstâncias específicas: a) quando foi lavrado, se na vigência do Código Civil de 1916 ou na vigência do Código de 2002. Se na vigência do *codex* anterior, e a sucessão aberta na vigência do novo Código, deve ter sido observada a regra de transição do art. 2.042, com a indicação da justa causa prevista no art. 1.048 do CC/2002, caso o gravame incida sobre a legítima e b) se lavrado na vigência do novo Código de 2002, necessária a indicação da justa causa prevista no art. 1.048/CC2002, para que os bens que compõem a legítima sejam gravados, e a causa indicada deve ser justa, conforme já discorremos a respeito no item 2 supra.

Desta análise do ato de última vontade, poderemos á concluir que, com relação à parte disponível, qualquer que seja a época de lavratura do testamento, antes ou depois de 2002, os coerdeiros do renunciante, ou se o único da classe, os da classe seguinte terão que suportar os efeitos das cláusulas impostas. Entretanto, com relação à legítima, se o óbito ocorreu ainda na vigência do Código de 1916, antes da necessidade de justificativa para imposição das cláusulas restritivas, os ônus terão que ser suportados pelos sucessores. Se o óbito ocorreu na vigência do Código Civil de 2002, e respeitada a regra do art. 2.042, teremos que buscar na justa causa declinada a solução para a controvérsia.

Se a causa indicada foi individualizada na pessoa do renunciante, por exemplo, era um jogador contumaz, comprovadamente incapaz de administrar seus bens, pródigo, etc., os bens passarão aos demais sucessores

livres e desimpedidos, já que a especificidade e individualização da justa causa não poderá atingir os demais herdeiros. Lado outro, se a cláusula lançada foi genérica, como 'manter o patrimônio na família' ou 'garantir o sustento e educação dos sucessores', então a legítima estará gravada além do renunciante, já que a justa causa não é dirigida à sua pessoa, mas, sim, ao núcleo familiar. Nesta circunstância, restará aos sucessores a impugnação judicial da justa causa para levantamento dos gravames.

6 Conclusão

Buscamos, no presente trabalho, traçar algumas considerações acerca da justa causa exigida pelo art. 1.848 do CC para a clausulação da legítima e a possibilidade de renúncia à herança de bens clausulados e o respectivos efeitos deste ato. Com relação à doutrina já produzida sobre as cláusulas restritivas de inalienabilidade, de incomunicabilidade e de impenhorabilidade, não encontramos maiores dificuldades. Praticamente, todos os grandes juristas civilistas contemporâneos já externaram suas opiniões, ainda persistindo a divergência quanto a (in)constitucionalidade da imposição das cláusulas que restringem a legítima. Quanto à jurisprudência, é abundante quando é o caso de cancelamento dos vínculos, com ou sem sub-rogação, em geral com fundamento na alteração das condições que deram origem às restrições.

Já quanto à renúncia à herança gravada com cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade, o STJ já se manifestou a respeito, positivamente, sem, contudo, se pronunciar sobre os efeitos da renúncia para os demais herdeiros, se deverão ou não suportar os ônus impostos pelo testador.

O Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou sobre a necessidade de se conjugar a vontade do testador com o princípio da função

social da propriedade. O pedido de levantamento dos vínculos pode se basear na necessidade de pagamento de dívidas do próprio imóvel; no tratamento de uma doença grave; na inconveniência da localização do imóvel para o beneficiário, etc. Enfim, inúmeras causas podem ser tidas como justas para que o Poder Judiciário autorize o levantamento das cláusulas restritivas e, dependendo da causa, pode ser com ou sem sub-rogação do vínculo.

Localizamos diversos julgados em ações anulatórias de cláusulas testamentárias, julgadas procedentes, mas sem, no entanto, adentrar nas peculiaridades da justa causa propriamente dita, e menos ainda casos específicos em que ocorreu renúncia à herança como forma de driblar as restrições impostas pelo testador. Em geral, a controvérsia gira em torno de cláusulas restritivas impostas em testamentos ainda na vigência do Código Civil de 1916, sem que tenha sido feito o aditamento nos termos do art. 2.042 do CC, seja por ausência de intenção do testador de aditar ou, mesmo, o desconhecimento do prazo de 1 (um) ano para tanto. Nestes casos, impõe-se a declaração de nulidade das cláusulas restritivas.[42]

Todavia, não podemos confundir a justa causa do art. 1.848 do CC com a justa causa lançada como causa de pedir nas ações que objetivam o levantamento de cláusulas restritivas. A imposição da justa causa do art. 1.848 do CC para clausulação da legítima vige há pouco mais de 10 anos, tempo insuficiente para sinalizar, e muito menos solidificar, o que a jurisprudência pátria entende por causa justa e suficiente para limitar o direito de propriedade de herdeiros necessários e donatários, quanto mais considerando a natureza de conceito indeterminado do termo, conforme discorremos no item 3 deste trabalho.

O herdeiro que se depara com os bens que compõem a legítima, gravados com cláusulas de incomunicabilidade, de inalienabilidade e de

42 http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/index.php?option=com_content&task=view&id=4630&Itemid=323

impenhorabilidade, poderá optar pela renúncia abdicativa; pela impugnação em juízo da justa causa indicada no ato de última vontade; pelo ajuizamento de ação de desconstituição do vínculo, com ou sem sub-rogação ou, ainda, simplesmente, acatar a vontade do testador. Cada opção tem seus efeitos próprios, lembrando que, a primeira opção, renúncia, deverá ser ultimada antes de qualquer ato que importe a aceitação da herança na forma tácita.

No mais, ainda é muito cedo para conhecermos como a jurisprudência pátria vai se posicionar diante das ações de anulação de cláusulas testamentárias pela ausência ou insuficiência da justa causa do art. 1.848, em testamentos lavrados já na constância do Código Civil de 2002, bem como os efeitos da renúncia nestes casos. Temos que a próxima década será decisiva para alcançar a solidez a respeito do tema, diminuindo ou, mesmo, eliminando a insegurança jurídica, de todo dispensável no direito sucessório.

The renunciation in inheritance charged with inalienable, uncommunication, and unseizability clauses

Abstract

The clauses about inalienation, uncommunication and unseizability are voluntary limitations on property rights imposed by act of liberality, will or donation, which, until the promulgation of the Civil Code of 2002, could be freely imposed by the testator or donor. Since implementation of the new civil codex, the article 1848 authorizes the imposition of restrictive clauses on the legitimate legacy provided if is expressly disclaimed a fair cause by the tester. This work, through an analysis of doctrine and jurisprudence, will discuss the meaning of the term fair cause, aims to analyze what is the impact of the imposition of these restrictions on legacy and if is possible the renunciation of inheritance in these conditions.

Keywords: Inheritance law. Restrictive clauses. Fair cause. Renunciation.

Referências

STJ REsp 431.695/SP/ Relator: Ministro Ari Pargendler/ Julgado em 21.05.2002/ Publicado no DJ em 05.08.2002, p. 339

STJ – REsp 10.474/RS/ Relator: Ministro Barros Monteiro/ Julgado em 27.05.1992/ Publicado no DJ 17.08.1992, p. 12.503

STJ REsp 57.217/SP, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/08/1998, DJ 03/05/1999, p. 141

STJ – REsp 1049354/SP 1008/0083708-6, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgamento 18.08.2009.

TJSP APC 990100207687 SP, Relator: Luiz Antonio de Godoy, Data de Julgamento: 06/04/2010, 1ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 16/04/2010

TJSP Agravo de Instrumento Nº. 0198907-04.2012.8.26.0000/ Relator: Desembargador João Batista Vilhena/ Julgado em 09.10.2012

TJSP AG 0140249-21.2011.8.26.0000, 6ª Câmara de Direito Privado, relator Vito Guglielmi, julgamento em 20.10.2011

TJMG – AP 103780601956820011 MG 1.0378.06.019568-2/001, Relator: MOREIRA DINIZ, Data de Julgamento: 25/10/2007, Data de Publicação: 20/11/2007

TJRGS – APC 598004803, 1ª Câm. Civ., de 25.04.89, Revista de Jurisprudência do TJRGS, 139/194

TJMG – APC 79876-3, 2ª Câm. Cív. Do TJMG, de 05.12.89, Revista dos Tribunais, 650/168

Coordenadoria de Correições, Organização e Controle das Unidades Extrajudiciais Despachos/Pareceres/Decisões 77662/2007 **Acórdão DJ 776-6/2**. Data inclusão: 24/03/2009, disponível em https://www.extrajudicial.tjsp.jus.br/pexPtl/visualizarDetalhesPublicacao.do?cdTipopublicacao=5&nuSeqpublicacao=1181, acesso em 02.10.2012

https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=201100227367&data=4/3/2013, acesso em 25.04.2013

AMORIM, Agnelo filho. **Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis**, disponível em http://pt.scribd.com/doc/41015926/Agnelo-Amorim-Filho-Criterio-cientifico-para-distinguir-a-prescricao-da-decadencia-e-para-identificar-as-acoes-imprescritiveis, acesso em 06.10.2012.

ANTONINI, Mauro in "**Código Civil Comentado**". Coord. Cezar Peluso, Manole, 3.ed. São Paulo, 2009.

BRASIL. **Código Civil 2002**. Art. 1.848

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das Sucessões**. 3.ed. / Dimas Messias de Carvalho e Dimas Daniel de Carvalho. – Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

CLÁPIS, Alexandre Laizo, **Clausulação da legítima e a justa causa do art. 1.848 do Código Civil**, 29.09.2005 disponível em: http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI15643,41046-clausulacao+da+legitima+e+a+justa+causa+do+art+1848+do+Codigo+Civil

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**, 2.ed. revista, atualizada e ampliada, Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2011.

DIDIER, Fredie Jr. **Curso de Direito Processual Civil**, Salvador, Ed. Jus Podivm, volume 1, 11.ed. 2009. p. 73.

DINIZ, Maria Helena : **Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito das Sucessões**, 21.ed. São Paulo : Saraiva. 2007.

FIONARELLI, Ademar. **Direito Registral Imobiliário**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor. 2001.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da.**Concorrência sucessória à luz dos princípios norteadores do Código Civil de 2002**. In: Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 1, n. 1, abr.-jun./1999. Publicação Periódica/bimestral, v. 7. n.º 29, abr.-maio/2005

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro,** volume 7; direito das sucessões, 6.ed. São Paulo : Saraiva, 2012.

GOMES, Orlando. **Sucessões**, Rio de Janeiro: Forense, 1999

IRIB Responde: **Cláusula restritiva e a necessidade de justa causa para sua imposição,** disponível em http://www.irib.org.br/html/noticias/noticia-detalhe.php?not=760, acesso em 02.10.2012

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito das sucessões** – 2. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012 = Coleção direito civil aplicado ; v.6

MALUF, Carlos Alberto Dabus, 1947 – **Das cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade** / Carlos Alberto Dabus Maluf. – 3.ed. ampliada. – São Paulo : Saraiva, 1986.

MARTINS-COSTA, Judith.**A boa fé no**direito**privado**.São Paulo: Revista dosTribunais, 1.ed., 2ª tiragem, 2000.

NEVARES, Ana Luiza Maia. **A função promocional do testamento** – Tendência do direito sucessório / Ana Luiza Maia Nevares – Rio de Janeiro : Renovar, 2009.

PIRES, Paulo Henrique Gonçalves. **Renúncia à propriedadeimobiliária**. in Triginelli, Wânia (coord.). Autêntica, Revista dos Notários e Registradores, edição 06. Belo Horizonte: Serjus-Anoreg/MG, Esnor, 2009

RIZZARDO, Arnaldo, 1942 – **Direito das sucessões: Lei 10.406, de 10.01.2002**, Rio de Janeiro : Forense, 2008,

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: direito das sucessões**, volume 7/ Silvio Rodrigues. – 26.ed. revista e atualizada por Zeno Veloso; de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). – São Paulo : Saraiva, 2003.

ROSENVALD, Nelson : **Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência** : Lei 10.406, de 10.01.2002 : contém o Código Civil de 1916 / coordenador Cezar Peluso. – 6.ed. revista e atualizada. – Barueri, SP: Manole, 2012

SOARES, Julio Neto. **Considerações sobre a legítima**, disponível em http://www.irib.org.br/html/boletim/boletim-iframe.php?be=2638, acesso em 09.10.2012, acesso em 02.10.2012.

SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de. **As restrições voluntárias na transmissão de bens imóveis: Cláusulas de Inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade** São Paulo: Quinta Editorial, 2012.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v.6: direito das sucessões** / Flávio Tartuce, José Fernando Simão ; prefácio Zeno Veloso. – 4.ed. – Rio de Janeiro : Forense; São Paulo : MÉTODO, 2011.

VENOSA, Silvio. **Inalienabilidade – impenhorabilidade e incomunicabilidade**, disponível em http://www.silviovenosa.com.br/artigo/inalienabilidade-impenhorabilidade-e-incomunicabilidade, artigo de 19 de agosto de 2009 10:39, acesso em: 11/09/2012.

Referência do texto

GUIMARÃES, Cláudia Maria Resende Neves. A renúncia à herança gravada com cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade. **Revista da ESMAPE**, Recife, v. 17, n. 35, p. 55-84, jan./jun. 2012.

** Artigo recebido em: 22 abr. 2012. Aprovado em: 8 jun. 2012.*

A constitucionalização do direito privado

Eugênio Facchini Neto
Desembargador no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul/Brasil.
Doutor em Direito Comparado (Florença/Itália), Mestre em Direito Civil (Universidade de São Paulo). Professor dos Cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da PUC/RS. Professor e ex-diretor da Escola Superior da Magistratura/AJURIS.

Resumo

O artigo aborda a dimensão histórico-evolutiva da constitucionalização do direito privado. Analisar-se-á o surgimento da dicotomia entre o direito público e privado, sua repercussão no mundo jurídico, percorrendo a evolução histórica desta distinção, realçando os momentos em que houve o primado sobre o público, sucedido pelo primado do público pelo privado, ressaltando as ideologias desta oscilação. O estudo leva a uma discussão sobre a necessidade de proteção dos direitos fundamentais, incluindo temas típicos do direito privado.

Palavras-chave: Direito público. Direito privado. Constitucionalização.

1 Introdução

Constitui objeto do presente estudo o fenômeno usualmente denominado de 'constitucionalização do direito privado', especialmente em sua dimensão histórico-evolutiva. Esse tema, na verdade, tem imbricações com o ocaso da visão dicotômica que dividia o mundo jurídico em direito público e direito privado, aflora as questões ligadas aos fenômenos da publicização do direito privado e da privatização do direito público e relaciona-se com o esforço para tornar não só juridicamente

eficazes mas, principalmente, socialmente efetivos os direitos fundamentais também no âmbito das relações particulares.

Com essa perspectiva, analisar-se-á, num primeiro momento, o surgimento da dicotomia público/privado e sua repercussão no mundo jurídico (*direito público* v. *direito privado*) (capítulo 2), se percorrerá a evolução histórica de tal distinção, realçando os momentos em que houve o primado do privado sobre o público (capítulo 3), sucedido pelo primado do público sobre o privado (capítulo 4), destacando os pressupostos ideológicos de tal oscilação.

Em continuação, se procurará analisar a tendencial convergência do direito público e do direito privado, no sentido de uma publicização do direito privado e uma privatização do direito público (capítulo 5).

A partir desse ponto, será iniciada a discussão de uma das possíveis manifestações do fenômeno da publicização do direito privado, qual seja, a constitucionalização do direito civil (capítulo 6), analisando o sentido antigo de tal fenômeno (capítulo 7) e o seu sentido moderno (capítulo 8).

Vinculada a este fenômeno se encontra a discussão sobre a necessidade de se colocarem limites à publicização do direito privado (capítulo 9), preservando-lhe seu espaço de incidência, em virtude do princípio da exclusividade, que pode ser tido como caracterizador do direito privado contemporâneo.

O estudo se conclui com uma discussão sobre a necessidade de proteção dos direitos fundamentais, inclusive quando em discussão temas típicos do direito privado (capítulo 10).

2 As grandes divisões dicotômicas e seus reflexos no direito. Oscilações históricas

O fenômeno da constitucionalização do direito privado representa, de certa forma, a superação da perspectiva que via o universo jurídico dividido em dois mundos radicalmente diversos – o direito público, de um lado, e o direito privado de outro. Impõe-se, assim, repercorrer as razões que originaram tal distinção, sua evolução, com a análise dos motivos que levaram à contemporânea relativização de tal diferenciação.

A celebérrima distinção entre direito público e direito privado, destinada a se tornar uma das grandes dicotomias do pensamento jurídico de todos os tempos, exige se deter, inicialmente, sobre o significado da expressão *dicotomia*. Segundo Bobbio[1], fala-se em dicotomia quando se depara com uma distinção da qual se pode demonstrar a capacidade de dividir um universo em duas esferas, conjuntamente exaustivas, no sentido de que todos os entes daquele universo nelas tenham lugar, sem nenhuma exclusão, e reciprocamente exclusivas, no sentido de que um ente compreendido na primeira não pode estar, simultaneamente, compreendido na segunda. Além disso, os dois termos de uma dicotomia condicionam-se reciprocamente, mutuamente se delimitam e excluem alternativas (*tertium non datur*). Como consequência de uma tal visão, a esfera do público chega até onde começa a esfera do privado e vice-versa.

Esta distinção fez seu ingresso na história do pensamento político e social do ocidente através de duas passagens do *Corpus Juris Civilis* [*Institutiones*, I, I, 4[2]; *Digesto*, I, 1, 1, 2], que se refere ao público

1 BOBBIO, Norberto. "A grande dicotomia: público/privado". In: *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política* (*Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*). Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990 [1987], 3. ed., p. 13 e 14.

2 *Institutiones*, I, I, 4: "*Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem pertinet. Dicendum est igitur de iure privato, quod est tripertitum: collectum est enim ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus*" [extraí esse fragmento das Instituições de Justiniano, do *Breviarium Iuris Romani*, organizado por V. Arangio-Ruiz e Antonio Guarino, Milano: Dott. A. Giuffrè Ed., 1989, settima edizione, p. 212].

como *quod ad statum rei romanae spectat,* e ao privado como *quod ad singulorum utilitatem*[3].

Em outras passagens do *Digesto,* a distinção reaparece, acompanhada pela afirmação da supremacia do direito público sobre o privado: *ius publicum privatorum pactis mutari non potest* (*Digesto,* 38, 2, 14) e *privatorum conventio iuri publico non derogat* (*Digesto,* 45, 50, 17). Schienta, portanto, que a vontade das partes tem força para modificar as normas de direito privado, mas não pode derrogar normas de direito público.

É sabido, também, que a própria colocação do problema costuma vir acompanhada pela afirmação da supremacia do direito público sobre o privado. Ou seja, de uma visão supostamente descritiva da natureza das coisas, passa-se, imperceptivelmente, a uma visão prescritiva, carregada de valor ideológico.

A distinção entre *direito privado* e *direito público* costuma ser feita pelos juristas a partir de critérios variados, sempre controvertidos. Bobbio os reduz a dois principais, conforme o critério diferencial seja buscado na *forma* ou na *matéria* da relação jurídica.

> "Com base na forma da relação jurídica, distinguem-se relações de *coordenação* entre sujeitos de nível igual, e relações de *subordinação* entre sujeitos de nível diferente, dos quais um é superior e outro inferior: as relações de direito privado seriam caracterizadas pela igualdade dos sujeitos, e seriam portanto relações de coordenação[4]; as relações de direito público seriam caracterizadas pela desigualdade dos sujeitos, e seriam portanto relações de subordinação[5]. Com base na matéria, porém, que constitui o objeto da relação, distinguem-se os interesses *individuais,* que se referem a uma única pessoa, dos interesses *coletivos,* que se referem à totalidade das pessoas, à coletividade. Levando em conta esta distinção, o direito privado seria caracterizado pela proteção que oferece aos interesses privados e o direito público pela proteção oferecida aos interesses coletivos."[6]

3 O inteiro teor do preceito é o seguinte: *D.* 1. 1. 2. "São dois os temas deste estudo: o público e o privado. Direito público é o que se volta ao estado da *res Romana,* privado o que se volta à utilidade de cada um dos indivíduos, enquanto tais. Pois alguns são úteis publicamente, outros particularmente. O direito público se constitui nos sacra, sacerdotes e magistrados. O direito privado é tripartido: foi, pois, selecionado ou de preceitos naturais, ou civis, ou das gentes" (na tradução de Hélcio Maciel França Madeira, *Digesto de Justiniano, livro 1*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Osasco, SP: Centro Universitário FIEO – UNIFEO, 2000. p. 16/17.

4 O problema é que, atualmente, "cada vez mais tornam-se visíveis relações jurídicas entre privados, nas quais fatalmente as partes não se encontram em posição de igualdade, o que levou o direito a criar novos microssistemas, ou subsistemas, no sentido de proteger a parte hipossuficiente, v.g., o campo dos direitos do consumidor". Cfr. SILVEIRA, Michele Costa da. "As grandes metáforas da bipolaridade". In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 31.

5 Também aqui, porém, percebe-se cada vez mais que o Estado nem sempre se relaciona com os sujeitos privados sob a forma de subordinação, pois, percebendo sua incapacidade para atuar diretamente em todas as áreas em que modernamente passa a intervir, transfere cada vez mais à iniciativa privada, mediante concessões, autorizações, delegações, algumas das suas funções. As relações que surgem entre os entes envolvidos são presididas mais por um de coordenação que por um de subordinação.

6 BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant (Diritto e Stato nel Pensiero di Emanuele Kant).* Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1984, c1969, p. 83.

Já para Kant, como é sabido, a distinção entre direito privado e público deve ser fundamentada racionalmente e não, empiricamente. Para tanto, seria necessário indagar sobre a fonte da qual se originam os diversos direitos: derivando do poder estatal, tratar-se-ia de direito público. Ora, como o direito legislado abarca também institutos do direito privado, igualmente esse seria, na verdade, um direito público. Segundo o pensamento jusnaturalista kantiano, o único direito existente fora do direito estatal seria o *direito natural,* entendido, em seu sentido restrito, como aquele que disciplina as relações entre os homens no estado de natureza. Desta forma, o problema da distinção entre o direito privado e o direito público em Kant muda para a distinção entre direito natural e direito positivo. Aquele não reconhece outra fonte a não ser a natureza mesma das relações entre pessoa e pessoa, enquanto este deriva, ao contrário, da vontade do legislador. O primeiro é um direito permanente, racional e ideal; o segundo, voluntário e determinado historicamente.

Certamente, esta é a base sobre a qual os juristas posteriores passaram a distinguir o direito privado do público. De fato, no estado de natureza, as relações jurídicas podem ser somente relações de *coordenação,* já que os indivíduos estão todos em plano de igualdade. Com a passagem à socieda-

de civil e a constituição da autoridade do Estado, instauram-se situações de desigualdade entre aqueles que comandam e aqueles que obedecem. Desta situação de desigualdade surgem relações de *subordinação*.

3 O primado do privado sobre o público

Assentadas tais premissas, há que se reconhecer que a preponderância de um aspecto (público/privado) sobre o outro conheceu alternâncias ao longo da história. Não houve uma evolução linear, percebendo-se, ao contrário, um movimento em certo modo cíclico ou pendular.

De fato, na clássica Grécia, havia uma espécie de interpenetração do público e do privado, no sentido de que os cidadãos, reunidos na ágora, participavam intensamente das grandes decisões, envolvendo interesses da comunidade, quer votando leis (*nomoi*), quer julgando seus semelhantes em processos públicos de maior importância.

Já em Roma, ocorre uma separação mais nítida entre as duas esferas, havendo pouca participação direta dos cidadãos, enquanto tais, na esfera pública.

No período mais intenso da era medieval, embora sob outros pressupostos, houve uma espécie de absorção do público pelo privado, derivado, de certo modo, da primazia da propriedade territorial sobre os demais institutos econômico-político-jurídicos. Isto porque os senhores feudais exerciam verdadeira função pública sobre todos os habitantes de seus feudos (vassalos e servos da gleba), uma vez que estabeleciam regras obrigatórias, impunham e arrecadavam tributos, julgavam seus servos e executavam as decisões. Ou seja, pode-se quase dizer que do direito de propriedade derivava o poder político e o prestígio social.

A partir do final da Idade Média, com a formação do Estado moderno, há uma nova interpenetração entre o público e o privado, com uma funcionalização do público ao privado (pois interessava à burguesia emergente o fortalecimento da monarquia nacional, já que um governo centralizado e único tenderia a favorecer o desenvolvimento do comércio, reduzindo as barreiras alfandegárias, as múltiplas moedas, etc.), mas também com uma funcionalização do privado ao público (já que, igualmente, interessava ao monarca o fortalecimento da burguesia, de quem se cobravam tributos cada vez maiores, e de quem aquele obtinha empréstimos para financiar suas campanhas militares e outros empreendimentos régios)[7].

Por volta do século XVIII, passa-se a realçar a diferenciação entre a esfera das relações econômicas e a esfera das relações políticas, entre sociedade civil e Estado. Nesse contexto, a dicotomia *público x privado* volta a se apresentar sob a forma de distinção entre a sociedade política (o reino da desigualdade) e sociedade econômica (o império da igualdade)[8]. Cada uma dessas sociedades é caracterizada pela presença de sujeitos diversos: o *citoyen* da sociedade política, que titulariza interesses públicos, e o *bourgeois* da sociedade econômica, que cuida dos seus próprios interesses privados.

É nesse contexto histórico que se revela mais intensa a divisão dicotômica entre público e privado e suas derivações – a separação entre Estado e Sociedade, Política e Economia, Direito e Moral. Essa visão

7 Emblemático dessa convergência de interesses é o diálogo entre o Príncipe e o mercadores, imaginado por Kant, em que o monarca indagava "o que podia fazer por estes", e os mercadores respondiam: "Sir, forneça-nos boa moeda e a segurança das estradas e o resto deixe por nossa conta" – *apud* Michele Giorgianni, "Il diritto privato ed i suoi attuali confini", publicado originariamente na *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, em 1961 (há uma tradução publicada na Revista dos Tribunais, vol. 747 (1998), p. 35-55). Igualmente emblemático e ainda mais famoso teria sido o diálogo entre o Ministro das Finanças do Rei francês e os grandes comerciantes do reino, na segunda metade do séc. XVII, em que aquele referia que o Rei mandara perguntar o que podia fazer em prol dos comerciantes, ao que estes teriam respondido: "laissez-faire, laissez-passer, que le monde va de lui-même".

8 Deve ser lembrado, porém, que até o início do século XX, a Inglaterra não conhecia a dicotomia direito público X direito privado. Defendia-se a ideia de que a *common law* tradicional constituía um corpo único e indivisível de regras, no sentido de "the same body of rules applied to the government and its agents as well as to private citizens" – R. C. van Caenegem, *An Historical Introduction to Western Constitutional Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p. 3. Por outro lado, ao menos na fase mais revolucionária da implantação da sociedade soviética, que pretendeu criar um sistema de direito socialista, pretendeu-se que todo o direito teria se tornado direito público, na medida em que o direito passou a ser visto como um simples instrumento da política, a qual buscava a criação de uma sociedade inicialmente socialista, preparatória do advento da sociedade comunista.

dicotômica de mundo repercute no mundo jurídico, com a acentuação da diferença entre Direito Público e Direito Privado. O Direito Público passa a ser visto como o ramo do direito que disciplina o Estado, sua estruturação e funcionamento, ao passo que o Direito Privado é compreendido como o ramo do direito que disciplina a Sociedade civil, as relações intersubjetivas e o mundo econômico (sob o signo da liberdade). As relações privadas são estruturadas a partir de uma concepção de propriedade absoluta e de uma plena liberdade contratual (reinos esses que o Direito Público não podia atingir) em todos os Códigos civis que surgem nesse primeiro ciclo das codificações.

A novidade que ocorre no direito privado, nesse período histórico, é que o direito se torna *estatal* e *burguês*. Estatal porque, pela primeira vez na história do direito, o legislador se ocupa de forma sistemática e abrangente do direito privado, já que nos períodos históricos precedentes os governantes sempre se preocuparam em disciplinar apenas relações jurídicas que hoje seriam enquadradas no direito público (como a tributação, o direito penal, a organização administrativa), e quando estabeleciam regras sobre direito privado, o faziam de forma pontual e não sistemática[9]. O direito privado sempre fora o reino da não intervenção estatal, um setor deixado aos costumes (direito consuetudinário), ao direito canônico (casamento, família, filiação, sucessões), ou desenvolvido a partir dos pareceres e escritos doutrinários, desde os jurisconsultos romanos (que eram cidadãos particulares, dedicados profissionalmente ao estudo do direito), passando pelos glosadores e comentadores medievais (que eram professores universitários – período do denominado *mos italicus*), pelos juristas humanistas (os juristas da chamada *jurisprudência elegante* ou *culta* – período do *mos gallicus*), e pelos jusnaturalistas e jusracionalistas da era moderna (era do *mos germanicus*).

Por outro lado, a partir da ruptura simbolizada pela Revolução Francesa, que marca o ingresso na era contemporânea, o direito privado torna-se

9 Sirvam de exemplo as *Ordonnances* francesas do séc. XVIII sobre doações e testamentos.

também burguês, no sentido de que passa a espelhar a ideologia, os anseios e as necessidades da classe socioeconômica que havia conquistado o poder em praticamente todos os Estados ocidentais. Como os códigos nascem com pretensões de regular todo o espaço jurídico de uma nação, abandonando-se o intenso pluralismo jurídico que vigorava nos períodos históricos anteriores (em que a legislação régia convivia com o direito canônico, com o direito costumeiro, com a *lex mercatória*, com o direito das corporações de artes e ofícios, com o direito romano, com os direitos municipais), passa-se a regular *toda* a sociedade a partir das necessidades e ideologias de *uma* fração dessa sociedade, qual seja, a classe burguesa. Ou seja, toda a nação passa a ser convocada a espelhar-se na tábua de valores e anseios da burguesia (representados, substancialmente, pelo liberalismo econômico, tendo a propriedade territorial como valor principal e a liberdade contratual como instituto auxiliar para facilitar as transferências e a criação de riqueza).

É nesse contexto que o individualismo é visto como valor a ser prestigiado, como reação ao período estamental que caracterizou a era medieval, em que o valor do indivíduo estava ligado não às suas características e méritos pessoais, mas ao estamento social no qual se encontrava integrado. Assim contextualizado, entende-se a enfática defesa que Alexis de Tocqueville faz desse novo valor: "Individualismo é uma nova expressão, para a qual nasceu uma ideia nova. Nossos pais conheciam apenas o *egoísmo*. O egoísmo é um apaixonado e exagerado amor de si próprio (...). O individualismo, um sentimento calmo e maduro, que leva cada membro da comunidade a distinguir-se da massa de seus pares e se manter à parte com sua família e seus amigos"[10].

Refletindo essa verdadeira ruptura epistemológica, lembre-se que Benjamin Constant, em famoso discurso proferido em 1819, no Ateneu de Paris,

10 Alexis de Tocqueville, *L'Ancien Régime et la Révolution*, *apud* Maria Celina Bodin de Moraes, "Constituição e Direito Civil: tendências", *in*: *Revista dos Tribunais*, vol. 779 (set. de 2000), p. 46-63, p. 53.

comparou a liberdade dos antigos à liberdade dos modernos[11], dizendo que, naquela (seu pensamento voltava-se mais para a *pólis* grega), o cidadão era livre porque podia participar do processo de decisão política, tomando parte das assembleias populares que decidiam os assuntos mais importantes para a coletividade[12], substancialmente, elaborando normas gerais e decidindo casos concretos (em termos modernos, atividades legislativa e jurisdicional). Já a liberdade dos modernos, para ele, consistia na possibilidade de o indivíduo decidir livremente, sem qualquer intervenção estatal, todos os assuntos que lhe dizem respeito, ou seja, de tomar soberanamente todas as decisões concernentes à sua vida privada. Em outras palavras, enquanto a liberdade dos antigos permitia que o cidadão interviesse no espaço público, a liberdade dos modernos significa a livre movimentação no espaço [econômico] privado[13]. Daí o endeusamento da autonomia da vontade e do seu consectário, no campo negocial, a liberdade contratual[14].

11 Interessante comparação entre a noção de "liberdade dos modernos comparada à dos pósteros" encontra-se em N. Bobbio, *Teoria Geral da Política* (Rio de Janeiro: Campus, 2000), capítulo 5, p. 269s.
Igualmente interessante a análise da (então) nova visão de liberdade, vislumbrada pelo Presidente F. D. Roosevelt, em sua famosa mensagem ao Congresso norte-americano, de 6 de janeiro de 1941, na qual anunciava as Quatro Liberdades que todos os povos, países e governos deveriam respeitar, na "nova sociedade mundial", quais sejam, a *liberdade de palavra e de pensamento*, a *liberdade religiosa*, a *libertação das necessidades* (ideia de direitos econômicos e sociais), e a *libertação do medo* (compreendendo a necessidade de se reduzir internacionalmente os armamentos, como forma de diminuir os riscos de agressões armadas). Essa famosa mensagem, como se sabe, foi um dos fatores propulsivos que levou, posteriormente, à elaboração da Declaração Universal dos Direitos do Homem, da ONU, em 1948 – uma sucinta análise de tal mensagem presidencial encontra-se em Sabino Cassese, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*. Roma-Bari: Laterza, 1998, 3. ed., p. 27 e seguintes.

12 Segundo suas palavras: "le but des anciens était le partage du pouvoir social entre tous les citoyens d'une même patrie. C'était çà ce qu'ils nommaient liberté" – *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes*, *in*: *Cours de politique constitutionnelle*, vol. II, p. 548 – *apud* Antonio Zanfarino, *La libertà dei moderni nel costituzionalismo di Benjamin Constant*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1961, p. 114.

13 Deve ser lembrado, porém, que uma nítida separação entre espaços público e privado, sem pontos de interferência, jamais existiu, sendo este um modelo meramente ideal. Mesmo nos períodos de mais acentuado liberalismo econômico, o Estado sempre continuou a manter certa ingerência nas relações entre privados, fixando tarifas, orientando o mercado através da imposição fiscal, com barreiras alfandegárias. Continuou, também, a imiscuir-se na disciplina das relações jurídicas familiares (em concorrência com o direito canônico), manteve um certo controle das cláusulas contratuais, através de noções vagas como ordem pública e bons costumes. Além disso, desde cedo, mesmo em certos ambientes de economia liberal, o Estado disciplinou o mercado, ao preocupar-se em garantir a livre concorrência, suprimir monopólios, dificultar cartéis – é o caso da legislação anti-trust norte-americana, editada já no final do séc. XIX. Sobre alguns destes aspectos, consulte-se Guido Alpa, *Introduzione allo studio critico del diritto privato*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1994, p. 7s.

14 Deve-se contextualizar historicamente a visão ideológica de B. Constant, ao comparar a liberdade dos antigos com a dos modernos. O famoso político e publicista francês escrevia, quando já havia passado o fomento revolucionário, estando as necessidades da burguesia já contempladas na legislação napoleônica. Vivia-se o período da restauração dinástica, mas esse acontecimento político não mais tinha forças para controlar o mundo econômico, onde os interesses da burguesia eram hegemônicos. Calha, a propósito, reproduzir as palavras de Fábio K. Comparato: "A Revolução, ao suprimir a dominação social fundada na propriedade da terra, ao destruir os estamentos e abolir as corporações, acabou por reduzir a sociedade civil a uma coleção de indivíduos abs-

Dito de outra forma, é como se o *esprit de commerce* que canaliza as energias do homem burguês passasse a substituir o *esprit de conquête* que sempre caracterizou os detentores do poder político. O mercado e os interesses comerciais passaram a ser decisivos como bússola não só para as ações individuais, como também para as decisões políticas[15].

A ética que predomina nesse período é a da liberdade formal. No âmbito político, tem-se o Estado liberal e pouco intervencionista. A economia vive o período do liberalismo econômico, com pouca regulamentação estatal. No mundo jurídico, tudo isso desemboca na ética do individualismo, com o aprimoramento, pela pandectística, das figuras do sujeito de direito (como sujeito abstrato) e do direito subjetivo. Os códigos civis deste período caracterizam-se por estarem centrados na propriedade, com ênfase na propriedade imobiliária, com caráter absoluto e individualista, no voluntarismo jurídico[16], na liberdade e autono-

tratos, perfeitamente isolados em seu egoísmo. Em lugar do solidarismo desigual e forçado dos estamentos e das corporações de ofício, criou-se a liberdade individual fundada na vontade, da mesma forma que a filosofia moderna substituíra a tirania da tradição pela liberdade da razão. O regime da autonomia individual, próprio da civilização burguesa, tem seus limites fixados pela lei (...). Os 'direitos do cidadão' passaram, então, a servir de meios de proteção aos 'direitos do homem', e a vida política tornou-se mero instrumento de conservação da sociedade civil, sob a dominação da classe burguesa" – *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 128.
Como a civilização – e também o direito, que é uma ciência cultural – não evolui linearmente, mas de forma oscilante e pendular, com a progressiva extensão da titularidade de direitos percebe-se, de certa forma, um retorno à ideia de ser humano enquanto vinculado a uma classe ou agrupamento de pessoas. De fato, como sintetiza Flávia Piovesan, "há o alargamento do próprio conceito de sujeito de direito, que passou a abranger, além do indivíduo, as entidades de classe, as organizações sindicais, os grupos vulneráveis e a própria humanidade. Esse processo implicou ainda a especificação do sujeito de direito, tendo em vista que, ao lado do sujeito genérico e abstrato, delineia-se o sujeito de direito concreto, visto em sua especificidade e na concreticidade de suas diversas relações. Isto é, do ente abstrato, genérico, destituído de cor, sexo, idade, classe social, dentre outros critérios, emerge o sujeito de direito concreto, historicamente situado, com especificidades e particularidades. Daí apontar-se não mais ao indivíduo genérica e abstratamente considerado, mas ao indivíduo 'especificado', considerando-se as categorizações relativas ao gênero, idade, etnia, raça, etc." – Flávia Piovesan, *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 130.

15 A bem da verdade, não é só nesse período histórico que o Mercado passa a ditar as regras. Em obra recente, José Luis Monereo Pérez afirma que "la crisis actual es en gran medida, la consecuencia de la subordinación de la Sociedad al Mercado, esto es, a su lógica de racionalidad puramente instrumental. Por contraposición a este enfoque, deben utilizarse los instrumentos del constitucionalismo social, siendo necessário recuperar las políticas propias del constitucionalismo social tanto a nivel europeo como nacional, que evite que los costes de la crisis recaigan sobre los grupos más desfavorecidos y que permita proyectar sobre el futuro um gobierno democrático de la economía y otorgar una eficácia real a conjunto de los derechos fundamentales" – PÉREZ, José Luis Monereo. *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*. Albacete (Espanha): Editorial Bomarzo, 2009, p. 252/253.

16 Aliás, a pandectística alemã sabidamente construiu seus instrumentos dogmáticos a partir da ética do voluntarismo: o direito subjetivo, na conhecida acepção de Windscheid, é visto como emanação do poder da vontade,

"o primado do público significa o aumento da intervenção estatal na regulação coativa dos comportamentos dos indivíduos e dos grupos infraestatais, ou seja, o caminho inverso ao da emancipação da sociedade civil em relação ao Estado", emancipação essa que fora o resultado da ascensão da classe burguesa. Com o declínio dos limites à ação do Estado, foi ele aos poucos se reapropriando do espaço conquistado pela sociedade civil burguesa até absorvê-lo completamente na experiência extrema do Estado total (total no sentido de que não deixa espaço algum fora de si)"[19].

O período do constitucionalismo social dos países ocidentais, que sucede ao segundo pós-guerra, procura endereçar o Estado no sentido da promoção da igualdade substancial, mesmo que, por vezes, isso implique reduções ao espaço da liberdade econômica, embora sem sacrificá-la de um todo. No espaço público, procura-se limitar não só o Executivo – através do princípio da legalidade que já vinha do período anterior – mas o próprio Legislativo – através do controle de constitucionalidade. Visto que na trágica experiência europeia do período entre guerras o Legislativo mostrara-se presa fácil de um Executivo forte, tendo docilmente fornecido a base 'legal' aos governos nazifascistas, percebeu-se a necessidade de se sujeitar também o Legislativo à legalidade constitucional. Essa nova concepção tem um preciso sentido, qual seja, a da sujeição ao ordenamento jurídico de todos os poderes, públicos e privados[20], e na sua limitação e funcionalização à tutela dos direitos fundamentais. O Judiciário, que também está sujeito a esta concepção de legalidade, passa a ter o dever de controlar, também, a legitimidade constitucional da legislação ordinária. Assim, a notável contribuição da

19 BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade: por uma teoria geral da política (Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica)*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 25.

20 Como refere Ricardo Luis Lorenzetti, na sociedade moderna, a noção de 'poder' se expande, incluindo, não só o conflito 'Estado-cidadão', mas também aos gerados entre 'grupos econômicos e indivíduos', entre 'maiorias e minorias', e indivíduos entre si. Daí porque é necessário que os instrumentos do Direito Privado, pensados para neutralizar os avanços do Estado, se redimensionem para atender a essas novas necessidades. A tendência que se percebe no mundo contemporâneo, segundo o referido autor, é a construção de um 'piso mínimo' de direitos fundamentais, de que é titular todo o indivíduo – *in: Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 126.

Suprema Corte norte-americana, através da pena de John Marshall, em 1803, ao afirmar ser natural atribuição do Judiciário a de invalidar legislação ordinária que fosse incompatível com a Constituição, chega também à Europa, embora aqui se prefira adotar o modelo concentrado de controle de constitucionalidade, de inspiração kelseniana, ao contrário do controle difuso praticado nos Estados Unidos.

No âmbito do direito privado, esse novo período é caracterizado pelo fato de que também o poder da vontade dos particulares encontra-se limitado. Essa limitação, ao contrário do período anterior, não se dá apenas em virtude da aplicação de normas imperativas editadas em proveito de outros particulares, como é o caso das regras do direito de vizinhança. Essa nova limitação se dá, principalmente, a partir da concretização dos princípios constitucionais da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana. Ou seja, abandona-se a ética do individualismo pela ética da solidariedade; relativiza-se a tutela da autonomia da vontade e se acentua a proteção da dignidade da pessoa humana.

Diferentemente do período anterior, em que os Códigos representavam o eixo central de todo o ordenamento jurídico privado, pretendendo disciplinar a totalidade das relações jurídicas do sujeito abstrato sob a égide da autonomia da vontade, esse novo período vê parte do direito privado migrar dos códigos totalizantes em direção à legislação dita 'extravagante'. Na medida em que as novas constituições rígidas continham verdadeiros programas voltados para o futuro – pois se pretendia transformar a sociedade e não só espelhá-la, como buscavam fazer os códigos civis do período anterior – impunha-se o desenvolvimento legislativo e o detalhamento normativo de tais programas. Essa nova legislação possui um caráter promocional[21], utiliza-se, frequente-

21 Segundo N. Bobbio, diante das exigências do Estado assistencial contemporâneo, o direito não mais se limita a tutelar os atos conformes às suas normas, ou a reprimirem os atos que lhe são contrários. Sua função, portanto, não se resume apenas a proteger ou a reprimir, tornando-se também promocional. Adotam-se técnicas de estimulação e de encorajamento, visando à promoção de atos considerados socialmente úteis, ao invés de simplesmente se reprimir os atos considerados socialmente nocivos – "La funzione promozionale del diritto", *in: Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*. Milano: Edizione di Comunità, 1977, p. 13-32.

mente, de uma linguagem setorial, fixa objetivos a alcançar e, numa só lei (exemplificativamente, a Lei de locações, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor), disciplinam-se aspectos de direito material privado, de direito penal, de direito processual, de direito administrativo. Trata-se do deslocamento do monossistema simbolizado pelos códigos totalizantes, em direção ao polissistema legislativo, adotando-se microssistemas que gravitam ao lado do Código Civil. É o advento da chamada *era dos estatutos*.

5 Direito Público e Direito Privado. Convergências

Contemporaneamente, percebe-se claramente que público e privado tendem a convergir. Tal convergência, aliás, opera nas duas direções, ou seja, cada vez mais o Estado se utiliza de institutos jurídicos do direito privado, estabelecendo relações negociais com os particulares e, consequentemente, abrindo mão de instrumentos mais autoritários e impositivos[22] (trata-se do fenômeno conhecido como privatização do direito público).

Por outro lado, também o direito privado se desloca em direção ao público, como se percebe na elaboração da categoria dos interesses e direitos coletivos e difusos (metaindividuais ou supraindividuais), mas igualmente na funcionalização de inúmeros institutos típicos do direito privado, como é o caso do reconhecimento da função social da propriedade (do que se encontram traços já na Constituição de 34 e, de forma clara, a partir da Constituição de 46, embora a expressão "função social da propriedade" somente apareça na Carta de 1967), função social do contrato (incorporado, expressamente ao novo código civil – art. 421 e art. 2.035, parágrafo único), na função social da empresa (Lei

22 Sobre esse tema, consulte-se com proveito a tese de doutoramento de Maria João Estorninho, intitulada emblematicamente de *A fuga para o direito privado – Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública* (Coimbra: Livraria Almedina, 1999).

nº 6.404/76 – Lei das S.A. –, art. 116, parágrafo único, e art. 154), na função social da família (que passa a ser disciplinada não mais como simples instituição – a "menor célula da sociedade" – mas como espaço em que cada um de seus componentes, vistos como sujeitos de direitos, deve ter condições para desenvolver livremente a sua personalidade e todas as suas potencialidades; a família vista como "ninho" e não como simples "nó", na evocativa imagem da historiadora francesa Michelle Perrot[23]), na percepção da existência de uma função social até na responsabilidade civil (quanto mais débeis e pouco protetoras forem as instituições previdenciárias de um Estado, mais importantes tendem a ser os mecanismos da responsabilidade civil para a proteção dos interesses dos indivíduos atingidos por danos pessoais).

Perceptível, também, outra indicação desse movimento de intervenção pública na esfera privada, reduzindo o campo da autonomia privada, na determinação imperativa do conteúdo de negócios jurídicos e na obrigação legal de contratar (hipótese, por exemplo, do art. 39, inc. IX, do Código de Defesa do Consumidor, do direito à renovação do contrato de locação comercial, do direito de preferência para aquisição do imóvel urbano locado ou do imóvel rural arrendado). Relativamente a todos esses fenômenos, costuma-se denominá-los de *publicização do direito privado*.

Isso decorre do fato de que, no Estado Social, as autoridades públicas não se preocupam apenas com a defesa das fronteiras, segurança externa e ordem interna, mas passam a intervir de forma penetrante no processo econômico, quer de forma direta, assumindo a gestão de determinados serviços sociais (transportes, serviços médicos, assistência

23 Michelle Perrot, Revista Veja: Reflexões para o futuro – 1993: "Não é a família em si que nossos contemporâneos recusam, mas o modelo excessivamente rígido e normativo que assumiu no século XIX. Eles rejeitam o nó, não o ninho. A casa é, cada vez mais, o centro da existência. O lar oferece, num mundo duro, um abrigo, uma proteção, um pouco de calor humano. O que eles desejam é conciliar as vantagens da solidariedade familiar e as da liberdade individual. Tateando, esboçam novos modelos de famílias, mais igualitárias nas relações de sexos e de idades, mais flexíveis em suas temporalidades e em seus componentes, menos sujeitas às regras e mais ao desejo. O que se gostaria de conservar da família, no terceiro milênio, são seus aspectos positivos: a solidariedade, a fraternidade, a ajuda mútua, os laços de afeto e o amor. Belo sonho."

mente, de uma linguagem setorial, fixa objetivos a alcançar e, numa só lei (exemplificativamente, a Lei de locações, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor), disciplinam-se aspectos de direito material privado, de direito penal, de direito processual, de direito administrativo. Trata-se do deslocamento do monossistema simbolizado pelos códigos totalizantes, em direção ao polissistema legislativo, adotando-se microssistemas que gravitam ao lado do Código Civil. É o advento da chamada *era dos estatutos*.

5 Direito Público e Direito Privado. Convergências

Contemporaneamente, percebe-se claramente que público e privado tendem a convergir. Tal convergência, aliás, opera nas duas direções, ou seja, cada vez mais o Estado se utiliza de institutos jurídicos do direito privado, estabelecendo relações negociais com os particulares e, consequentemente, abrindo mão de instrumentos mais autoritários e impositivos[22] (trata-se do fenômeno conhecido como privatização do direito público).

Por outro lado, também o direito privado se desloca em direção ao público, como se percebe na elaboração da categoria dos interesses e direitos coletivos e difusos (metaindividuais ou supraindividuais), mas igualmente na funcionalização de inúmeros institutos típicos do direito privado, como é o caso do reconhecimento da função social da propriedade (do que se encontram traços já na Constituição de 34 e, de forma clara, a partir da Constituição de 46, embora a expressão "função social da propriedade" somente apareça na Carta de 1967), função social do contrato (incorporado, expressamente ao novo código civil – art. 421 e art. 2.035, parágrafo único), na função social da empresa (Lei

22 Sobre esse tema, consulte-se com proveito a tese de doutoramento de Maria João Estorninho, intitulada emblematicamente de *A fuga para o direito privado – Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública* (Coimbra: Livraria Almedina, 1999).

nº 6.404/76 – Lei das S.A. –, art. 116, parágrafo único, e art. 154), na função social da família (que passa a ser disciplinada não mais como simples instituição – a "menor célula da sociedade" – mas como espaço em que cada um de seus componentes, vistos como sujeitos de direitos, deve ter condições para desenvolver livremente a sua personalidade e todas as suas potencialidades; a família vista como "ninho" e não como simples "nó", na evocativa imagem da historiadora francesa Michelle Perrot[23]), na percepção da existência de uma função social até na responsabilidade civil (quanto mais débeis e pouco protetoras forem as instituições previdenciárias de um Estado, mais importantes tendem a ser os mecanismos da responsabilidade civil para a proteção dos interesses dos indivíduos atingidos por danos pessoais).

Perceptível, também, outra indicação desse movimento de intervenção pública na esfera privada, reduzindo o campo da autonomia privada, na determinação imperativa do conteúdo de negócios jurídicos e na obrigação legal de contratar (hipótese, por exemplo, do art. 39, inc. IX, do Código de Defesa do Consumidor, do direito à renovação do contrato de locação comercial, do direito de preferência para aquisição do imóvel urbano locado ou do imóvel rural arrendado). Relativamente a todos esses fenômenos, costuma-se denominá-los de *publicização do direito privado*.

Isso decorre do fato de que, no Estado Social, as autoridades públicas não se preocupam apenas com a defesa das fronteiras, segurança externa e ordem interna, mas passam a intervir de forma penetrante no processo econômico, quer de forma direta, assumindo a gestão de determinados serviços sociais (transportes, serviços médicos, assistência

23 Michelle Perrot, Revista Veja: Reflexões para o futuro – 1993: "Não é a família em si que nossos contemporâneos recusam, mas o modelo excessivamente rígido e normativo que assumiu no século XIX. Eles rejeitam o nó, não o ninho. A casa é, cada vez mais, o centro da existência. O lar oferece, num mundo duro, um abrigo, uma proteção, um pouco de calor humano. O que eles desejam é conciliar as vantagens da solidariedade familiar e as da liberdade individual. Tateando, esboçam novos modelos de famílias, mais igualitárias nas relações de sexos e de idades, mais flexíveis em suas temporalidades e em seus componentes, menos sujeitas às regras e mais ao desejo. O que se gostaria de conservar da família, no terceiro milênio, são seus aspectos positivos: a solidariedade, a fraternidade, a ajuda mútua, os laços de afeto e o amor. Belo sonho."

social, educação, etc.), quer de forma indireta, através da disciplina de relações privadas relacionadas ao comércio (*e.g.*, disciplina dos preços, do crédito, do setor de seguros, das atividades bancárias, etc.), além de outras relações intersubjetivas que uma vez eram deixadas à autonomia privada (como a disciplina dos aluguéis, seus reajustes, renovação dos contratos, relações de consumo, etc.).

Trata-se, em outras palavras, de estabelecer

> "novos parâmetros para a definição de ordem pública, relendo o direito civil à luz da Constituição, de maneira a privilegiar, insista-se ainda uma vez, os valores não patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento deve se voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais"[24].

Sob outro enfoque, poder-se-ia dizer que depois do suposto movimento "do *status* ao contrato", com que H. Sumner Maine[25] tentou resumir toda a evolução da sociedade, a parábola se inverte, percorrendo-se o caminho inverso – "do contrato ao *status*" –, não porque a condição social originária da pessoa passe a dominar toda sua vida e o

24 Gustavo Tepedino, "Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil", ensaio inserido em obra do mesmo autor, denominada *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 22.

25 *Ancient Law (1861)*, trad. it. *Diritto Antico*, Milano: Giuffrè, 1998. Segundo Maine, como se sabe, a humanidade teria evoluído do *status ao contrato* no sentido de que, antigamente, os direitos e os deveres de uma pessoa estavam diretamente vinculados à classe social à qual ela pertencia. Assim, por exemplo, na antiguidade, patrícios ou plebeus, homens livres ou escravos, romanos ou estrangeiros possuíam certos direitos e deveres em razão da sua condição social, direitos e deveres esses que eram distintos conforme a classe social em que estava inserido. O mesmo ocorre nas demais épocas históricas, como no período medieval, em que a condição de senhor feudal ou de servo da gleba, ou de clérigo, significava possuir certo estatuto jurídico distinto do dos membros das demais classes. Esse estatuto jurídico que se adquiria por nascimento, por outro lado, era praticamente imutável durante a vida do indivíduo. De acordo com Maine, esse estado de coisas muda com a modernidade, pois diante do princípio da autonomia da vontade e de seu reflexo, a liberdade contratual, o destino dos indivíduos dependia deles próprios, da sua maior ou menor capacidade negocial, não sendo algo inexorável e ligado apenas à classe de origem. Assim, mediante a liberdade contratual, os homens podiam criar riquezas, enriquecer, melhorar suas condições de vida, em suma, conduzir seus próprios destinos, independentemente, da classe social na qual nasceram. O que Maine não percebeu é que os condicionamentos que hoje subsistem são de ordem econômica, pois quem nasce na condição de membro de segmentos sociais excluídos, só excepcionalmente consegue superar as barreiras sociais e econômicas que o impedem de ter acesso e gozar plenamente todos os direitos que são concedidos naturalmente a quem tem a sorte de vir à luz no seio de uma família abastada – e cujo lugar ao sol está praticamente garantido.

seu destino, mas pelo fato de que o retorno ao *status* passa a ser concebido no sentido de que os contratos recebem uma regulamentação jurídica particularizada, buscando espelhar a posição socioeconômica das partes envolvidas numa concreta relação jurídica (relação de locação, relação de consumo, arrendamentos e parcerias rurais, etc.). O sujeito abstrato das codificações oitocentistas cede espaço ao sujeito visto em sua concretude, como locatário, consumidor, arrendatário, empregado, percebendo-se que as peculiaridades de cada uma dessas situações devem acarretar um tratamento jurídico próprio, de forma a compensar, juridicamente, o desequilíbrio econômico que se percebe existente em tais relações. Deste modo, identifica-se no contrato um instrumento no qual se exprime a política econômica do Estado.

Destarte, onde mais agudamente percebe a necessidade de se estabelecerem relações sociais justas, o legislador intervém mais incisivamente, limitando a liberdade contratual e impondo uma orientação relativamente rígida ao programa contratual das partes. Assim, "no sistema econômico do capitalismo mais maduro, a plenitude da liberdade contratual funciona apenas numa área bastante reduzida, no vértice, onde se encontram pessoas e grupos dotados de grande poder econômico"[26].

A razão da relativização do valor da autonomia privada é dada por Konrad Hesse, nos seguintes termos:

> "La autonomía privada y su manifestación más importante, la libertad contractual, encuentran su fundamento y sus límites en la idea de la configuración bajo propia responsabilidad de la vida y de la personalidad. Presuponen una situación jurídica y fáctica aproximadamente igual de los interesados. Donde falta tal presupuesto, y la autonomía privada de uno conduce a la falta de libertad del otro, desaparece todo fundamento y se traspasa todo límite; el indispensable equilibrio debe entonces ser encontrado por otra vía, la de la regulación

26 Guido Alpa, "Libertà contrattuale e tutela costituzionale", in: *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1995, p. 35-54, p. 46/47.

> estatal, cuya eficacia frecuentemente requiere una conexión de preceptos de Derecho Público y Privado. Aquí radica la diferencia esencial entre el significado actual de la autonomía privada y el del siglo XIX: aquél ofrecía una libertad sólo formal, que sólo parcialmente se correspondía con la realidad social; en consecuencia, podía conducir a la falta de libertad efectiva. Una libertad real general nunca puede ser producida por la sola autonomía privada. Dado el presupuesto de una situación jurídica y fáctica aproximadamente igual de los interesados, ésta es, sin embargo, elemento esencial de la libertad real, y como tal no puede ser sustituida por planificación o regulación estatal alguna por cuidada que sea"[27].

Como refere Maria Celina Bodin de Moraes[28], "defronte de tantas alterações, direito privado e direito público tiveram modificados seus significados originários: o direito privado deixou de ser o âmbito da vontade individual e o direito público não mais se inspira na subordinação do cidadão". É o fim das dicotomias. Subsistem diferenças, porém elas são meramente 'quantitativas', pois há institutos em que prevalecem os interesses individuais, embora também estejam presentes interesses da coletividade, e outros institutos nos quais predominam os interesses da sociedade, embora funcionalizados à realização dos interesses existenciais dos cidadãos.

6 A constitucionalização do direito privado

Como visto no tópico anterior, não há dúvidas de que a intervenção estatal na atividade econômica e na vida social, a partir da implantação do modelo do *Welfare State*, deixou marcas também no mundo jurídico, afetando, inclusive, o direito civil. Isso é perceptível em todos os países

27 Konrad Hesse, *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Madrid: Ed. Civitas, 1995, p. 78/79.

28 Maria Celina Bodin de Moraes, "A caminho de um direito civil constitucional". In: *Revista de Direito Civil*, n. 65 (1993), p. 26.

que experimentaram, em graus de intensidade e em momentos históricos diversos, formas de intervencionismo estatal, inclusive o Brasil.

Algumas dessas consequências já foram destacadas: uma perceptível *publicização* do direito privado, no sentido de que o Estado passa a intervir, de forma imperativa, em extensas áreas que antes eram deixadas ao livre jogo das vontades privadas.

Parte dessa regulamentação passou a ter tamanha importância que foi elevada à dignidade constitucional. Tem-se, então, o fenômeno da *constitucionalização* de certos princípios e institutos fundamentais do direito privado, como é o caso da família, da propriedade, da atividade econômica – ou seja, passam a estar disciplinados na constituição os princípios fundantes dos três institutos básicos do direito privado, na conhecida concepção dos três pilares de Jean Carbonnier[29] – família, propriedade e contrato.

Uma terceira consequência seria a inevitável *fragmentação* do direito privado, que será abordada mais adiante. De um sistema monolítico, representado pelos códigos totalizantes do séc. XIX (cuja ideia, porém, continua viçosa durante boa parte do séc. XX), passou-se a um polissistema ou plurissistema. Ou seja, a matéria privada que antes estava concentrada nos códigos civis e comerciais, passou a ser tratada em leis especiais, naquele fenômeno que foi chamado de *a era dos estatutos*.

Também importante a lição de Pietro Perlingieri, segundo o qual o Direito contemporâneo, através de normas de cunho promocional, "torna possível, com os seus instrumentos, a transformação social"[30]. É o mesmo mestre italiano quem salienta "a obrigação – não mais livre escolha – imposta aos juristas de levar em consideração a prioridade

29 Jean Carbonnier, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*. Trad. it.: *Flessibile diritto. Per uno sociologia del diritto senza rigore*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1997, p. 195 e s.

30 Pietro Perlingieri, *Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional* [*Profili del Diritto Civile*], trad. de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 3.

hierárquica das normas constitucionais, sempre que se deva resolver um problema concreto"[31]. Além disso, da concepção unitária de ordenamento jurídico decorre que "a solução de cada controvérsia não mais pode ser encontrada levando em conta simplesmente o artigo de lei que parece contê-la e resolvê-la, mas, antes, à luz do inteiro ordenamento jurídico e, em particular, de seus princípios fundamentais, considerados como opções de base que o caracterizam"[32].

Além disso, de notável valor hermenêutico a constatação de que a migração de institutos e princípios do direito privado para o texto constitucional acarreta uma mudança de perspectiva, pois "de modo contrário ao Código Civil, que conserva os valores da sociedade liberal do Século XIX, a Constituição projeta e estimula a fundação de uma nova sociedade com suas normas programáticas"[33]. Isso significa que o valor da segurança, ligada à estabilidade das relações jurídicas, que caracterizava as codificações liberais, deve saber transigir com o valor da esperança, ligada à transformação do existente, em prol de uma nação comprometida com o horizonte traçado na Carta Maior – a criação de uma sociedade mais justa, livre e solidária, com vida digna para todos, em ambiente caracterizado por intenso pluralismo[33].

31 Perlingieri, *op. cit.*, p. 5.

32 Francisco Amaral, "Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro", *in Revista de Direito Civil*, São Paulo: Ed. Rev. dos Tribunais, 1993, vol. 63, p. 52.

33 Constantemente se acentua que o papel de uma constituição moderna não é aquele de, simplesmente, retratar a vontade comum de um povo, expressa pela maioria de seus membros mas, principalmente, a de garantir os direitos de todos inclusive contra a vontade popular. Não se trata, assim, de simplesmente expressar uma determinada homogeneidade cultural, uma identidade coletiva da nação, ou certa coesão social. Trata-se, isso sim, de garantir, por meio dos direitos fundamentais, a convivência pacífica entre sujeitos e interesses diversos e virtualmente em conflito. O fundamento de legitimidade de uma constituição, diversamente do quanto ocorre com a legislação ordinária ou com as escolhas governamentais, não reside no consenso da maioria, repousando, ao contrário, em um valor superior e mais importante: "a igualdade de todos nas liberdades fundamentais e nos direitos sociais, ou seja, em direitos vitais conferidos a todos, como limites e vínculos precisamente contra leis e atos de governo expressos por maiorias contingentes" – nesse sentido, por exemplo, Luigi Ferrajoli, "Lo Stato di diritto fra passato e futuro", na obra coletiva organizada por P. Costa e Danilo Zolo: *Lo Stato di diritto – Storia, teoria, critica*. Milano: G. Feltrinelli Editore, 2002, p. 349-386, p. 375/376. Também E. García de Enterría insiste nesse ponto, ao afirmar que "no sólo se trata de hacer imposible el retorno a una dictadura que se apropie del poder de hacer normas y que pretenda desde esa apropriación legitimar su pretensión de obediencia, sino también de cerrar el paso a una concepción jacobina, o decisionista-totalitaria, de la democracia, que haga de la decisión mayoritaria la suprema y todopoderosa instancia del Estado, absoluta y sin límites" – *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*. Madrid: Ed. Civitas, 1986, p. 104.

Da mesma forma G. Zagrebelsky aponta para o valor da pluralidade e diversidade, ao afirmar que o escopo

Da constitucionalização do direito civil decorre a migração, para o âmbito privado, de valores[34] constitucionais, dentre os quais, como verdadeiro *primus inter pares*, o princípio da dignidade da pessoa humana[35].

geral de uma constituição pluralística é a de preservar intactas as possibilidades de competição política e social, isto é, impedir que uma maioria eventual venha a impor modelos político-culturais com pretensões totalizantes, que excluam todos os outros, de forma definitiva. A interpretação constitucional, portanto, deve mirar à organização de uma sociedade aberta ao conflito, garantindo-se o acesso às partes sem discriminações ou privilégios – Gustavo Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*. Bologna: Il Mulino, 1988, p. 53.

Isso não significa, porém, que a constituição não contenha, inelutavelmente, consensos mínimos, de forma a expressar certa unidade, pois, como salienta Canotilho, "*historicidade, processo, consenso e compromisso, unidade, abertura e ordem* são os *topoi* com que hoje lida a teoria da constituição, embora a acentuação e interdependência entre eles seja diversamente formulada nas várias teorias da constituição" – *in Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, Limitada, 1994, reimpressão, p. 478.

Em obra mais recente, Canotilho acentua o valor do pluralismo e da diversidade, como sendo os valores típicos da pós-modernidade. Refere ele que "a ideia de *Drittwirking* ou de *eficácia direta* dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada continua, de certo modo, o projecto da modernidade: modelar a sociedade civil segundo os valores da razão, justiça, progresso do iluminismo. Esse código de leitura – pergunta-se – não estará irremediavelmente comprometido pelas concepções múltiplas e difusas da pós-modernidade?" Mais adiante, torna ele a indagar "por que a imperatividade da *equal protection clause* em vez da singularidade e das diferenças nas relações humanas, justificativas do triunfo da negociação, da flexibilidade, da adaptabilidade e da permissividade? É bem de ver que estas interrogações pressupõem já um outro mundo: o da absolutização das diferenças e da singularidade, o da complexidade, da indeterminação e do relativismo! Numa palavra: o mundo da pós-modernidade" – José J. Gomes Canotilho, "Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? – A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno", *in* Eros R. Grau e Willis S. Guerra Filho (org.), *Direito Constitucional – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros Ed., 2001, p. 108-115, p. 114.

Aliás, a ênfase nas diferenciações – em substituição ao paradigma da igualdade (embora sem negar seu valor) – também comparece em interessante ensaio do prof. Erik Jayme ("Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado", *Revista dos Tribunais*, v. 759, jan. 1999, p. 24-40) sobre o moderno direito comparado, no qual o renomado professor de Heidelberg afirma que enquanto o direito comparado tradicional "persegue o objetivo de determinar, de encontrar o que era comum, igual" (embora não possamos concordar com essa sua visão demasiadamente estreita e redutiva dos objetivos do direito comparado, visão essa que era compatível apenas com as primeiras fases do direito comparado, do início do século XX ao término da Segunda Guerra Mundial), o direito comparado pós-moderno, ao contrário, procura "o que divide (*das Trennende*), as diferenças (*die Unterschiede*)" (p. 25), "voltando-se para o passageiro". Isto porque "a pós-modernidade vive de outros pensamentos. O comum, o igual não será negado, mas aparece como subsidiário, como menor. A identidade cultural do indivíduo, como a dos povos, é que necessita de atenção. A pluralidade reaparece como um valor jurídico; as diferenças entre ordens jurídicas passam a ser interessantes" (p. 27/28).

Também no espaço jurídico italiano há consenso sobre a ênfase na diversidade, no pluralismo (e consequentemente no relativismo), como características típicas da pós-modernidade, como exemplificativamente se vê do ensaio do Prof. Alessio Zaccaria, "Il diritto privato europeo nell'epoca del postmoderno", publicado na *Rivista di Diritto Civile*, 1997, fasc. 3 (maggio-giugno), p. 367-383, esp. p. 379 s.

34 Sobre a diferença entre princípio e valor, aceita-se o ponto de vista de R. Alexy, quando ele os diferencia pelo caráter deontológico do primeiro e axiológico do segundo. Assim, o modelo dos valores reside naquilo que é melhor; o modelo dos princípios reside naquilo que é devido – sem esquecer, porém, da possibilidade de se passar de um modelo ao outro, segundo o mesmo Alexy – *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 147.

35 Em sua tese de doutoramento, Flávia Piovesan refere a "tendencial elevação da dignidade humana a pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos", como um sintoma da emergência de um Direito Internacional dos Direitos Humanos – *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 75.

Densificando um pouco mais tal noção, lembra Ingo Sarlet que se tem como certo que "uma existência digna abrange mais do que a mera sobrevivência física, situando-se além do limite da pobreza absoluta. Sustenta-se, neste sentido, que se uma vida sem alternativas não corresponde às exigências da dignidade humana, a vida humana não pode ser reduzida à mera existência" – Ingo W. Sarlet, *A eficácia dos Direitos Fundamentais*,

Disso deriva, necessariamente, a chamada *repersonalização* do direito civil, ou visto de outro modo, a *despatrimonialização* do direito civil. Ou seja, recoloca-se no centro do direito civil o ser humano e suas emanações. O patrimônio deixa de estar no centro das preocupações privatistas (recorde-se que o modelo dos códigos civis modernos, o *Code Napoleon*, dedica mais de 80% de seus artigos à disciplina jurídica da propriedade e suas relações), sendo substituído pela consideração com a pessoa humana. Daí a valorização, por exemplo, dos direitos de personalidade[36], que o novo Código Civil brasileiro emblematicamente regulamenta já nos seus primeiros artigos, como a simbolizar uma chave de leitura para todo o restante do estatuto civil. Discorrendo sobre o tema, Perlingieri ressalta que a transformação despatrimonializadora no Direito Civil se produz, fundamentalmente, como consequência do maior relevo dado à pessoa. Daí porque entende ele ser possível afirmar que "interesses e direitos de natureza essencialmente pessoal antepõem-se a interesses e direitos patrimoniais, o que supõe que na hierarquia de valores a pessoa humana prevalece sobre o interesse econômico"[37].

3. ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2003, p. 311. Recolhendo o escólio de H. Scholler, esclarece o Prof. Ingo que a dignidade da pessoa apenas estará assegurada "quando for possível uma existência que permita a plena fruição dos direitos fundamentais, de modo especial, quando seja possível o pleno desenvolvimento da personalidade" (op. loc. cit.)

Em outra obra, tratando especificamente sobre o tema, refere o mestre gaúcho que "a dignidade da pessoa humana é, simultaneamente, limite e tarefa dos poderes estatais e, no nosso sentir, da comunidade em geral, de todos e de cada um, condição dúplice esta que também aponta para uma simultânea dimensão defensiva e prestacional da dignidade" – *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2001, p. 46.

Também Genaro R. Carrió, ex-membro da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e ex-Presidente da Suprema Corte de Justicia de la Nación Argentina, aponta para o dever do Estado de propiciar as condições necessárias para uma vida digna, ao referir que "la eficaz tutela de los derechos de ese tipo está estrechamente ligada con la posibilidad efectiva de que las comunidades estatales tienen de llevar a cabo una acción positiva que ponga a disposición de cada uno de sus membros herramientas de desenvolvimiento individual, material y psíquico, que hagan de ellos hombres que puedan vivir su vida en plenitud" – *Los derechos humanos y su protección*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, s/d, p. 64.

36 Sobre os direitos da personalidade, salienta François Rigaux que, "diferentemente do direito de propriedade, matriz do conceito de direito subjetivo, ou do direito de crédito, diferentemente até mesmo dos direitos intelectuais, que conferem ao seu titular prerrogativas precisas, aquilo que chamamos de direito da personalidade ou direito ao respeito da vida privada protege um interesse de contornos indistintos, variáveis segundo as circunstâncias" – "La liberté de la vie privée", in: *Revue Internationale de Droit Comparé*, 3-1991, p. 539-563, p. 560.

37 Pietro Perlingieri, no Editoriale do primeiro número da revista por ele dirigida, *Rassegna di Diritto Civile*, 1983, n. 1, p. 2.

7 Continuação. O sentido antigo da constitucionalização do direito privado

O fenômeno conhecido como constitucionalização do direito privado pode ser descrito de várias formas. Sob o ponto de vista da cronologia histórica, a época do liberalismo clássico (e com essa expressão pretende-se abranger todas as concepções que derivam das ideologias do constitucionalismo liberal, do liberalismo político e econômico, dos direitos humanos de primeira dimensão) coincide, substancialmente, com a época das grandes codificações do direito privado do século XIX. Sob o ponto de vista ideológico, nesse período concebiam-se as constituições liberais como verdadeiros *códigos do direito público* (ou seja, diplomas jurídicos que buscavam disciplinar a organização do Estado, a estrutura dos poderes, a competência de seus órgãos, bem como algumas relações entre o Estado e seus súditos), ao passo que os códigos privados eram encarados como verdadeiras *constituições do direito privado* (isto é, estatutos que disciplinavam as relações jurídicas entre os cidadãos, com exclusão de qualquer intervenção estatal, especialmente na área econômica, regida que era pela autonomia da vontade e pela concepção individualista de propriedade privada)[38].

Em suma, os códigos eram vistos como uma espécie de barreira ao Estado, concebidos como sendo a disciplina jurídica das relações intersubjetivas privadas, imunes à intervenção do Estado. As normas constitucionais daquele período ocupavam-se das relações privadas apenas para tutelar a autonomia privada relativamente a possíveis interferências estatais, proclamando, por exemplo, a *inviolabilidade* da propriedade (art. 17 da Declaração francesa dos direitos do homem e do cidadão, de 1789; art. 1º, n. 2, art.2º e art. 16º da Constituição Francesa do ano I

38 Havia, porém, um denominador comum a essas duas regulamentações jurídicas – tratava-se da "concepção legalista e escritural do Direito", segundo a perspicaz observação de Nelson Saldanha – in "Conceituações do Direito: tendência privatizante e tendência publicizante", *Revista de Direito Público*, vol. 81 (jan.-março de 1987), p. 78 – São Paulo: Revista dos Tribunais.

Disso deriva, necessariamente, a chamada *repersonalização* do direito civil, ou visto de outro modo, a *despatrimonialização* do direito civil. Ou seja, recoloca-se no centro do direito civil o ser humano e suas emanações. O patrimônio deixa de estar no centro das preocupações privatistas (recorde-se que o modelo dos códigos civis modernos, o *Code Napoleon*, dedica mais de 80% de seus artigos à disciplina jurídica da propriedade e suas relações), sendo substituído pela consideração com a pessoa humana. Daí a valorização, por exemplo, dos direitos de personalidade[36], que o novo Código Civil brasileiro emblematicamente regulamenta já nos seus primeiros artigos, como a simbolizar uma chave de leitura para todo o restante do estatuto civil. Discorrendo sobre o tema, Perlingieri ressalta que a transformação despatrimonializadora no Direito Civil se produz, fundamentalmente, como consequência do maior relevo dado à pessoa. Daí porque entende ele ser possível afirmar que "interesses e direitos de natureza essencialmente pessoal antepõem-se a interesses e direitos patrimoniais, o que supõe que na hierarquia de valores a pessoa humana prevalece sobre o interesse econômico"[37].

3. ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2003, p. 311. Recolhendo o escólio de H. Scholler, esclarece o Prof. Ingo que a dignidade da pessoa apenas estará assegurada "quando for possível uma existência que permita a plena fruição dos direitos fundamentais, de modo especial, quando seja possível o pleno desenvolvimento da personalidade" (op. loc. cit.)

Em outra obra, tratando especificamente sobre o tema, refere o mestre gaúcho que "a dignidade da pessoa humana é, simultaneamente, limite e tarefa dos poderes estatais e, no nosso sentir, da comunidade em geral, de todos e de cada um, condição dúplice esta que também aponta para uma simultânea dimensão defensiva e prestacional da dignidade" – *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2001, p. 46.

Também Genaro R. Carrió, ex-membro da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e ex-Presidente da Suprema Corte de Justicia de la Nación Argentina, aponta para o dever do Estado de propiciar as condições necessárias para uma vida digna, ao referir que "la eficaz tutela de los derechos de ese tipo está estrechamente ligada con la posibilidad efectiva de que las comunidades estatales tienen de llevar a cabo una acción positiva que ponga a disposición de cada uno de sus membros herramientas de desenvolvimiento individual, material y psíquico, que hagan de ellos hombres que puedan vivir su vida en plenitud" – *Los derechos humanos y su protección*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, s/d, p. 64.

36 Sobre os direitos da personalidade, salienta François Rigaux que, "diferentemente do direito de propriedade, matriz do conceito de direito subjetivo, ou do direito de crédito, diferentemente até mesmo dos direitos intelectuais, que conferem ao seu titular prerrogativas precisas, aquilo que chamamos de direito da personalidade ou direito ao respeito da vida privada protege um interesse de contornos indistintos, variáveis segundo as circunstâncias" – "La liberté de la vie privée", in: *Revue Internationale de Droit Comparé*, 3-1991, p. 539-563, p. 560.

37 Pietro Perlingieri, no Editorial do primeiro número da revista por ele dirigida, *Rassegna di Diritto Civile*, 1983, n. 1, p. 2.

7 Continuação. O sentido antigo da constitucionalização do direito privado

O fenômeno conhecido como constitucionalização do direito privado pode ser descrito de várias formas. Sob o ponto de vista da cronologia histórica, a época do liberalismo clássico (e com essa expressão pretende-se abranger todas as concepções que derivam das ideologias do constitucionalismo liberal, do liberalismo político e econômico, dos direitos humanos de primeira dimensão) coincide, substancialmente, com a época das grandes codificações do direito privado do século XIX. Sob o ponto de vista ideológico, nesse período concebiam-se as constituições liberais como verdadeiros *códigos do direito público* (ou seja, diplomas jurídicos que buscavam disciplinar a organização do Estado, a estrutura dos poderes, a competência de seus órgãos, bem como algumas relações entre o Estado e seus súditos), ao passo que os códigos privados eram encarados como verdadeiras *constituições do direito privado* (isto é, estatutos que disciplinavam as relações jurídicas entre os cidadãos, com exclusão de qualquer intervenção estatal, especialmente na área econômica, regida que era pela autonomia da vontade e pela concepção individualista de propriedade privada)[38].

Em suma, os códigos eram vistos como uma espécie de barreira ao Estado, concebidos como sendo a disciplina jurídica das relações intersubjetivas privadas, imunes à intervenção do Estado. As normas constitucionais daquele período ocupavam-se das relações privadas apenas para tutelar a autonomia privada relativamente a possíveis interferências estatais, proclamando, por exemplo, a *inviolabilidade* da propriedade (art. 17 da Declaração francesa dos direitos do homem e do cidadão, de 1789; art. 1°, n. 2, art.2° e art. 16° da Constituição Francesa do ano I

38 Havia, porém, um denominador comum a essas duas regulamentações jurídicas – tratava-se da "concepção legalista e escritural do Direito", segundo a perspicaz observação de Nelson Saldanha – *in* "Conceituações do Direito: tendência privatizante e tendência publicizante", *Revista de Direito Público*, vol. 81 (jan.-março de 1987), p. 78 – São Paulo: Revista dos Tribunais.

[1793]; art. 29 do "Statuto Albertino"[39]), ou garantindo o direito de propriedade em toda a sua *plenitude* (como proclamado nas duas primeiras constituições brasileiras: a Imperial, de 1824, art. 179, n. 22, e a Republicana, de 1891, art. 72, §17).

Nesse período, o direito civil e o direito constitucional seguiam caminhos separados, cada um com seu próprio âmbito de incidência.

Afora garantir, genericamente, o direito de propriedade, as constituições desse período substancialmente não forneciam princípios para a disciplina das relações jurídicas privadas. Tais constituições, por não serem rígidas, podiam ser alteradas com certa facilidade. Alguns países, como a França, tiveram incontáveis constituições ao longo de sua história[40]. Daí a razão pela qual o *Code Civil* sempre foi tido como um monumento de estabilidade (e longevidade, pois vigora ininterruptamente há mais de duzentos anos!), como a simbolizar a firme permanência da sociedade civil e das relações intersubjetivas, diante da inconstância das relações políticas. É também óbvio que, no caso francês, a ausência de um verdadeiro controle de constitucionalidade[41] contribuiu, enormemente, para o histórico isolamento do direito constitucional francês, que assim deixou de irradiar sua eficácia conformadora sobre os demais ramos do direito, inclusive o privado.

39 Statuto Albertino era o nome com que era conhecida a constituição flexível do Reino do Piemonte, de 1848, que se tornou a primeira constituição italiana após a unificação da Itália, em 1861, tendo vigorado até o advento da constituição republicana de 1947.

40 Somente no seu primeiro ciclo revolucionário, de 1789 a 1814, os franceses tiveram seis constituições: em 1791, em 1793, em 1795, em 1799, em 1802 e 1804. Nos ciclos posteriores prossegue a "valsa das constituições", na expressão de Maurice Duverger (*Les constitutions de la France*, trad. it. *Le costituzioni della Francia*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1984, p. 45 s.), com as constituições de 1814, 1830, 1848, 1852, 1870. Um período estável se obtém somente com a Terceira República, inaugurada em 1870, que fornece ao país a constituição de 1875. Embora permaneça em vigor até 1946, ela sofre alterações informais, introduzidas por novos costumes constitucionais (interessante, a esse respeito, o tópico de Duverger sobre "as transformações consuetudinárias da constituição de 1875 – *op. cit.*, p. 102 s.). A constituição da Quarta República, de 1946, vigora somente até 1958, com a superveniência da Quinta República e a constituição gaullista de 1958, ainda em vigor, embora emendada várias vezes.

41 Lembre-se de que o controle de constitucionalidade francês é peculiar e único, possuindo natureza mais política do que jurídica. De fato, segundo a originária concepção e regulamentação legislativa, o *Conseil Constitutionnel*, que não integra a estrutura do Poder Judiciário, somente poderia ser ativado por provocação dos órgãos de cúpula dos outros dois poderes, durante o período compreendido entre a aprovação do projeto de lei pelo Parlamento e a sua promulgação pelo Executivo. Entendendo o Conselho Constitucional não estar a lei (ainda não promulgada) em conformidade com a Constituição, o projeto de lei retorna ao Parlamento para que sejam feitas as alterações necessárias para evitar a mácula de inconstitucionalidade. Porém, após a promulgação da lei pelo Presidente da República (quer por ter passado pelo crivo do Conselho Constitucional, quer por não ter sido submetido a ele – como ocorre na esmagadora maioria dos casos) ninguém mais poderia arguir a inconstitucionalidade da lei ou deixar de aplicá-la sob tal pretexto.

Como as constituições liberais, flexíveis não possuíam eficácia vinculante frente ao legislador ordinário, não somente não tinham elas força para provocar ou programar modificações futuras no âmbito do direito privado, como também não eram capazes de desempenhar uma função protetiva do direito privado existente. Em outras palavras, eram documentos de acentuada natureza política, sem força jurídica para garantir a conservação do existente nem para impulsionar a conformação do futuro, no âmbito das relações privadas. Quanto à função de garantia, não era ela necessária, já que os princípios básicos do direito privado não corriam nenhum perigo. Na verdade, como já salientado, eram os próprios códigos civis que exerciam a função de verdadeiras constituições no âmbito das relações jurídicas privadas. Protegendo o direito de propriedade e a autonomia privada como verdadeiros direitos fundamentais, em forma quase que absoluta, o direito civil garantia o existente e a estabilidade das relações sociais. O direito civil, nascido à margem do Estado, apresentava-se como o verdadeiro baluarte da liberdade burguesa, uma liberdade apolítica, que permitia aos particulares dispor de um espaço próprio, sem intromissões do Estado. Daí a função constitutiva do direito privado, diante do qual o direito constitucional possuía uma importância secundária.

Em 1º de março de 2010, porém, entraram em vigor alterações legislativas (constitucionais e ordinárias) que permitiram que os Tribunais Superiores (*Cour de Cassation*, no sistema de justiça ordinária, e *Conseil d'Etat*, no âmbito da justiça administrativa) possam igualmente provocar o *Conseil Constitutionnel* para que se manifeste sobre dúvidas de constitucionalidade de alguma norma legal.

8 Continuação. O sentido moderno da constitucionalização do direito privado

Em sentido mais moderno, pode-se encarar o fenômeno da constitucionalização do direito privado sob dois enfoques. No primeiro deles, trata-se da descrição do fato de que vários institutos que tipicamente eram tratados apenas nos códigos privados (família, propriedade, etc.) passaram a ser disciplinados também nas constituições contemporâneas[42], além de outros institutos que costumavam ser confinados a diplomas penais ou processuais. É o fenômeno chamado por alguns doutrinadores de *relevância constitucional das relações privadas*[43]. E aqui os exemplos são, múltiplos, nas constituições sociais modernas, como também na carta constitucional. Sem pretender ser exaustivo, pode-se destacar, sob a ótica enfocada, a proclamação, pelo constituinte, *da liberdade de constituir associações e cooperativas* (art. 5º, inc. XVII a XX); *da legitimidade representativa das entidades associativas* (art. 5º, inc. XXI); *da liberdade de associação profissional ou sindical* (art. 8º); *da impenhorabilidade da pequena propriedade rural* (art. 5º, inc. XXVI); *dos direitos autorais* (art. 5º, inc. XXVII e XXVIII); *da propriedade industrial* (art. 5º, inc. XXIX); *do direito à herança* (art. 5º, inc. XXX); da necessidade de *defesa do consumidor* (art. 5º, inc. XXXII, art. 170, V, art. 48 do ADCT); *da limitação da responsabilidade civil ex delicto dos sucessores* (art. 5º, inc. XLV), *da garantia do devido processo legal* (art. 5º, inc. LIV e LV); *da vedação de provas ilícitas* (art. 5º, inc. LVI); *da admissão de ação penal privada, subsidiária da ação penal pública* (art. 5º, inc. LIX); *da indenizabilidade por erro judiciário* (art. 5º, inc. LXXV); *da gratuidade de registro de nascimento e óbito* (art. 5º, inc. LXXVI); *dos direitos dos trabalhadores* (art. 7º e seus incisos); *da dignidade da pessoa humana e do valor da justiça social como princípios informadores de toda a ordem econômica*, o que abrange, também, toda a atividade negocial privada (art. 170, *caput*); *da necessidade de proteção das microempresas e empresas de pequeno porte* (art. 170, inc. IX e art. 179); *da função social da propriedade urbana* (art. 182, §2º); *da usucapião urbana* (art. 183); *da usucapião rural* (art. 191); *do pluralismo da noção de família* (art. 226, §3º e 4º); *do livre planejamento familiar*, fundado nos *princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável* (art. 226, §7º); *da proteção absolutamente prioritária devida à criança e ao adolescente*, em todas as suas dimensões existenciais (art. 227); *da absoluta igualdade entre filhos de qualquer natureza, vedando-se peremptoriamente qualquer discriminação a respeito* (art. 227, §6º); *da necessidade de proteção aos idosos* (arts. 229 e 230).

42 Nessa primeira acepção encontram-se estudos já na década de trinta do século XX, como por exemplo, os ensaios dos grandes civilistas espanhóis Castán Tobeñas e Federico de Castro, os quais, em 1933 e 1935, respectivamente, publicaram trabalhos a respeito (denominados, respectivamente, "Nota bibliográfica a la obra de Battlé y Vázquez, M.: *Repercusiones de la Constitución en el Derecho privado*", e "El Derecho civil y la Constitución") na *Revista de Derecho Privado*, n. *237* (1933), p. 189 s., e n. *257* (1935), p. 3 s. No Brasil, também em 1935, Clóvis Bevilaqua publicou um ensaio denominado "A Constituição e o Código Civil", inserido na Revista dos Tribunais, v. 97, n. 34, p. 31-38 (set. 1935), no qual analisa (embora sem maior aprofundamento) os institutos de direito civil que foram inseridos na Carta Magna de 1934.

43 Nesse sentido, Guido Alpa, *Introduzione allo studio critico del diritto privato*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1994, p. 8.

Numa segunda acepção, que costuma ser indicada com a expressão *constitucionalização do direito civil*, o fenômeno vem sendo objeto de pesquisa e discussão, apenas em tempos mais recentes, estando ligado às aquisições culturais da hermenêutica contemporânea, tais como a força normativa dos princípios, a distinção entre princípios e regras, a interpretação conforme a constituição, etc.

Esse segundo aspecto é mais amplo do que o primeiro, pois implica analisar as consequências, no âmbito do direito privado, de determinados princípios constitucionais, especialmente na área dos direitos fundamentais[44], individuais e sociais. Assim, o fenômeno pode ser compreendido sob determinada ótica hermenêutica, aquela da interpretação conforme a constituição[45].

44 Como afirma R. Alexy, "os direitos fundamentais são substancialmente direitos do homem transformados em direito positivo. Tais direitos exigem a sua institucionalização. Se existem direitos do homem, não há somente um direito à vida, mas também um direito do homem a um Estado que realize este direito. E a institucionalização inclui necessariamente a sua acionalibilidade" (ou, como ultimamente se tem denominado, sob a influência da nomemclatura norte-americana, sua *justiciabilidade*) – Robert Alexy, "Kollision und Abwägung als Grundprobleme der Grundrechtsdogmatik" ["Colisão e balanceamento como problema de base da dogmática dos direitos fundamentais"], in: Massimo La Torre e Antonino Spadaro (org.): *La ragionevolezza nel diritto*. Torino, G. giappichelli Editore, 2002, p. 27-44, p. 35/36.

45 A interpretação conforme a constituição (*Verfassungskonforme Auslegung*) diferencia-se da interpretação tradicional, pelo fato de que esta, nas suas várias formas – gramatical, histórica, lógica, sistemática, teleológica –, define o conteúdo da lei a partir dela própria, ao passo que na interpretação conforme, a lei deve ser

Luís Roberto Barroso refere que a ideia de constitucionalização do direito, no sentido aqui tratado, "está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive notadamente nas suas relações com os particulares. Porém, repercute também nas relações entre particulares, limitando sua autonomia da vontade em nome da proteção de valores constitucionais e de direitos fundamentais."[46]

interpretada conformemente à constituição, por meio de um procedimento hermenêutico escalonado hierarquicamente. Tal percepção insere-se na visão kelseniano de estrutura gradualista e piramidal da ordem jurídica, uma de cujas consequências é justamente aquela que uma norma de nível inferior não pode ser interpretada de modo que contrarie a norma de nível superior, já que a norma inferior, embora crie novo direito, desenvolvendo os germens já contidos na norma superior, necessariamente também é uma aplicação da norma hierarquicamente superior.

O princípio hermenêutico da interpretação conforme a Constituição, originado e desenvolvido na Alemanha, significa, na formulação do *Bundesverfassungsgericht*, que uma lei não deve ser declarada nula, sempre que puder ser interpretada de maneira congruente com a constituição – BverfGE 2, 266 (282) – *apud* Wilson Antônio Steinmetz, *Colisão de Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2001, p. 99.

Na visão de E. García de Enterría, a supremacia da constituição sobre todas as normas e o seu caráter central na construção e na validade do ordenamento jurídico em seu conjunto obrigam o intérprete a levar isso em consideração em qualquer momento da sua aplicação – seja pelos operadores públicos ou privados, seja da parte dos tribunais ou dos órgãos legislativos ou administrativos – quer quando haja provisões específicas sobre a matéria de que se trata, quer quando o resultado hermenêutico possa ser buscado apenas com base em disposições principiológicas. Isso seria uma consequência derivada do caráter normativo da constituição e do seu nível supremo. "Daí porque nos Estados Unidos se diz que todas as leis e todos os atos da administração pública devam ser interpretados em *harmony with the Constitution*, ao passo que na Alemanha o mesmo postulado impõe *die Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen*, interpretação das leis conformemente à constituição. Em ambos os casos, como praticamente em todos os países dotados de uma justiça constitucional, o princípio é de formulação jurisprudencial" – Eduardo García de Enterría, "La costituzione come norma giuridica", in: E. García de Enterría e Alberto Predieri (org.), *La Costituzione Spagnola del 1978*. Milano: Giuffrè, 1982, p. 71-131, pp. 116/117.

A discussão hoje mais interessante a respeito da *Verfassungskonforme Auslegung* diz respeito aos seus limites, considerando aquilo que os norte-americanos denominam de *counter-majoritarian dilemma*, no âmbito da discussão sobre o suposto déficit democrático do Judiciário para a construção do direito. De fato, se a interpretação conforme a constituição busca "salvar" a norma (função de conservação), evitando o reconhecimento de sua invalidade constitucional, corre-se o risco de que através deste procedimento hermenêutico se obtenha um significado da norma que pode não coincidir com aquele que era a intenção do legislador – sem que isso signifique, obviamente, um retorno ao período em que se prestava enorme deferência à *mens legislatoris*. Sobre tal discussão, com análise das correntes doutrinárias que se digladiam a respeito, pode-se consultar, com proveito, a ótima obra de Ginevra Cerrina Feroni, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica federale tedesca – Tipologie decisorie e Nachbesserungspflicht nel controllo di costituzionalità*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2002, p. 144 e s.

46 BARROSO, Luís Roberto. "A Americanização do Direito Constitucional e seus Paradoxos: Teoria e Jurisprudência Constitucional no mundo contemporâneo", in: SARMENTO, Daniel (coord.), *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, pp. 318/319.

Em outra obra[47], o Prof. Barroso associa esse fenômeno a "um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito Constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como *marco histórico*, a formação do Estado Constitucional de Direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como *marco filosófico*, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como *marco teórico*, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito".

Na mesma direção, orienta-se Riccardo Guastini[48] que, inspirado por Louis Favoreu, concebe o fenômeno como "un proceso de transformación de um ordenamiento al término del cual el ordenamiento em cuestión resulta totalmente 'impregnado' por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudência y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales".

Desta forma, o fato de o constituinte ter incluído na Carta Magna vários princípios (mas também algumas regras) tipicamente de direito privado, faz com que todo o direito privado, naquilo que é potencialmente atingido por tais princípios, deva ser interpretado em conformidade com a Constituição. Como refere Francisco Amaral[49], "consequência imediata desse processo é a inserção da normativa constitucional no corpo do Direito Civil, como constante critério de controle." No mesmo

47 BARROSO, Luís Roberto. "Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil)". *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 09, março/abril/maio 2007, disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp. Acesso em 18.03.2012.

48 GUASTINI, Riccardo. "La 'constitucionalización' del ordenamiento jurídico: el caso italiano", in: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4ª. Ed. Mexico: Editorial Trotta, 2009, p. 49.

49 *Op. loc. cit.*

sentido se orienta Maria Celina Bodin de Moraes[50], afirmando que "a norma constitucional assume, no direito civil, a função de, validando a norma ordinária aplicável ao caso concreto, modificar, à luz de seus valores e princípios, os institutos tradicionais".

Em ousada reconstrução hermenêutica do texto constitucional, especialmente a partir dos princípios da dignidade da pessoa humana e da autonomia privada, o Superior Tribunal de Justiça brasileiro, em histórica decisão proferida em 25 de outubro de 2011, reconheceu a constitucionalidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo, apesar de os textos da Constituição (art. 226, §3º) e do Código Civil (art. 1.514) falarem em união de homem e mulher.

Analisando a influência da constituição sobre o direito civil alemão, Gerhard Walter refere que entre as muitas possibilidades de interpretação, todas conformes à constituição, deve-se escolher aquela em que a eficácia dos direitos fundamentais encontra a sua máxima expressão, acrescentando, mais adiante, que "as cláusulas gerais constituem as 'brechas' através das quais os direitos fundamentais conseguem ingressar no direito civil"[51].

Aliás, na Alemanha, foi notável a contribuição da jurisprudência para a reformulação do direito de família. Como é sabido, o art. 117 da Carta de Bonn, de 1949, havia proclamado que todas as normas legais incompatíveis com a proclamação da igualdade de sexos (Art. 3, II, da GrundGesetz), deveriam ser abolidas até 31 de março de 1953. Como o legislador isso não providenciou, em razão do ambiente político conservador que então reinava, coube à ação conjunta da Corte Constitucional (Bundesverfassungsgericht[52]) e da Corte Federal alemã (Bundesgerichtshof[53]) o reconhecimento da incompatibilidade dos §§1.354 e 1.387 do BGB (Código Civil alemão) com o princípio constitucional da completa igualdade de sexos. Consequentemente, o inteiro direito matrimonial alemão foi colocado em verdadeiro estado de "vácuo legislativo", assumindo as cortes de justiça a tarefa de 'formatar' um novo direito matrimonial compatível com o ditado constitucional. Tal tarefa foi desenvolvida pelo judiciário alemão até 18 de junho de 1957, com a entrada em vigor da "Lei sobre igualdade de homens e mulheres em matéria de direito privado" (Gleichberechtigungsgesetz). Talvez ainda mais ousada foi a decisão de 29 de janeiro de 1969[54], da Corte Constitucional alemã, que proclamou a completa igualdade de filhos legítimos e ilegítimos, uma vez que, a esse respeito, a Constituição alemã não havia imposto um limite de tempo para a atuação do parlamento alemão, como havia feito com a igualdade de sexos[55].

Assim, não há como, por exemplo, continuar a estudar, interpretar e aplicar o direito das coisas, sem levar em consideração o princípio constitucional da função social da propriedade (independentemente de estar consagrado ou não no código civil). A propriedade codificada, necessariamente, perde todos os seus contornos mais acentuadamente individualistas, despe-se totalmente de seu pretenso absolutismo. Qualquer instituto dos direitos reais, portanto, deve ser interpretado à luz do filtro hermenêutico constitucional. Pela mesma razão, segundo se pensa, em conflitos privados, envolvendo confronto entre posse e propriedade, há de se levar em consideração o direito à moradia previsto no art. 6º da Constituição Federal (embora obviamente não se esteja a pregar, de forma simplória, que qualquer pessoa desprovida de moradia possa apossar-se de propriedades alheias e pretender sua manutenção naquela posse com base num suposto exercício do direito à moradia).

50 Maria Celina Bodin de Moraes, "A caminho de um direito civil constitucional". In: *Revista de Direito Civil*, n. 65 (1993), p. 29

51 Gerhard Walter, "L'influenza della costituzione sul diritto civile nella Repubblica Federale Tedesca", in A. Pizzorusso e V. Varano (org.), *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, tomo I. Milano: Giuffrè, 1985, pp. 174/176.

52 BVerfG NJW, 1954, 65.

53 BGHZ, 11, 34, em decisão de 06.09.53.

54 BVerfGE 15, 157; FamRZ, 1969, 196.

55 Sobre tais aspectos, consulte-se MARKESINIS, Basil S. *The German Law of Obligations. Vol. II. The Law of Torts – a Comparative Introduction*. 3. ed. Oxford: Clarendon Press, 1997, págs. 29 e 30.

Em outras palavras, afirma-se que a Constituição não é apenas um programa político a ser desenvolvido pelo legislador e pela administração, mas contém normatividade jurídica reforçada, pois suas normas são qualitativamente distintas e superiores às outras normas do ordenamento jurídico, uma vez que incorporam o sistema de valores essenciais à convivência social, devendo servir como parâmetro de confronto para todo o ordenamento jurídico, além de auxiliar a este como critério informativo e interpretativo validante[56].

A Constituição, na verdade, institui uma "ordem objetiva de valores", na conhecida fórmula empregada pela Corte Constitucional alemã, ao julgar o célebre caso *Lüth*, em 1958[57], quando se afirmou que "os direitos fundamentais são antes de tudo direitos de defesa do cidadão contra o Estado; sem embargo, nas disposições de direitos fundamentais da Lei Fundamental se incorpora também uma **ordem objetiva de valores**, que como decisão constitucional fundamental é válida para todas as esferas do direito. (....) Esse sistema de valores – que encontra seu ponto central no seio da comunidade social, no livre desenvolvimento da personalidade e na dignidade da pessoa humana – oferece direção e impulso para o legislativo, a administração e o judiciário, projetando-se, também, sobre o direito civil. Nenhuma disposição do direito civil pode estar em contradição com ele, devendo todas ser interpretadas de acordo com seu espírito (...)"[58].

Por outro lado, as normas principiológicas e programáticas concernentes ao direito privado, mas contidas na Constituição, necessariamente impõem ao legislador o dever de editar uma legislação compatível

56 A esse respeito, consulte-se Joaquin Arce y Flórez-Valdés, *El Derecho civil constitucional*. Madrid: Editorial Civitas S.A., [1986] 1991, p. 27. Veja-se, também, Luigi Ferrajoli, quando afirma que "a jurisdição já não é mais a simples sujeição do juiz à lei, mas também análise crítica de seu significado como meio de controlar sua legitimidade constitucional. E a ciência jurídica deixou de ser (...) simplesmente descritiva para ser também crítica (...): crítica do direito inválido, ainda que vigente, quando se afasta da Constituição" – *Derechos y garantías – La ley del más débil*, 2. ed. da trad. esp. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 68.

57 BverfGE 7, 198.

58 Versão parcial em vernáculo, a partir da tradução em espanhol da obra de Jürgen Schwabe, *Cincuenta años de Jurisprudência Del Tribunal Constitucional Federal alemán*. 2003 (p. 132-37).

com tais princípios e que lhe desenvolvam o programa. E aí está a razão do surgimento de leis especiais que acabam por reduzir o primado antes indiscutível do Código Civil. Tais leis especiais buscam disciplinar institutos de direito privado, com base em outros princípios que não aqueles clássicos, contidos nas codificações. Emergem, então, leis como o *Código de Defesa do Consumidor*, que disciplina as relações de consumo à luz de princípios totalmente diversos daqueles que presidem as relações negociais codificadas; o *Estatuto da Criança e do Adolescente*, que pretende conferir uma proteção integral, com caráter prioritário, à criança e ao adolescente, em todas as suas fases e em todos os aspectos (em cumprimento aos princípios enunciados no art. 227 da C.F.), dentre outras.

Lembre-se, porém, que esse fenômeno da descodificação começa há bem mais tempo, quando se percebe a insuficiência do Código Civil para regular determinadas relações jurídicas privadas, que passaram a exigir uma disciplina especial, como foi o caso da legislação do inquilinato urbano, que iniciou logo em seguida à entrada em vigor do Código Civil, em 1919, e desde então nunca mais a disciplina normativa sobre locações residenciais voltou a estar regulada no Código. Outras matérias passaram a ser objeto de legislação especial, ou em virtude de não estarem disciplinadas no Código, ou em face da inadequação de suas normas. Deixando de lado o exemplo fácil da legislação trabalhista[59], pode-se lembrar a disciplina jurídica dos loteamentos e das promessas de compra e venda (Decreto-Lei 58/37); do reconhecimento dos filhos ilegítimos (Lei 883/49); dos efeitos civis do casamento religioso (Lei 1.110/50), da situação jurídica da mulher casada (Lei 4.121/62); dos condomínios em edificações e as incorporações imobiliárias (Lei 4.591/64); dos alimentos (Lei 5.478/68), da aquisição de imóvel rural por estrangeiro (Lei 5.709/71); dos direitos autorais (Lei 5.988/73); praticamente substituída pela Lei 9.610/98); dos registros públicos (Lei 6.015/73); da responsabilidade civil por danos nucleares (Lei 6.453/77); da dissolução da sociedade conjugal e do casa-

59 Que à época da entrada em vigor do Código Beviláqua estava contida nos poucos artigos consagrados à locação de serviços e que, posteriormente, adquire autonomia normativa na era getulista.

mento (Lei 6.515/77); do parcelamento do solo urbano (Lei 6.766/79); da usucapião especial de imóveis rurais (Lei 6.969/81), dentre outras inúmeras normas disciplinadoras de temas de direito privado, promulgadas antes da Constituição de 88[60].

Daí falar-se em fragmentação do direito privado, como já anteriormente antecipado. O sistema unitário simbolizado pelo Código Civil, que tinha a pretensão de disciplinar todos os aspectos da vida privada, vê-se esfacelado em uma miríade de leis e decretos, que subtraem determinados institutos da monolítica disciplina codicista. Esses novos estatutos passam a disciplinar tais temas sob outros enfoques e princípios. Para tentar garantir um mínimo de unidade sistemática, busca-se subordinar todo o direito privado à orientação unificadora da Constituição. É o que, categoricamente, afirma, por exemplo, Pietro Perlingieri, ao referir que "o Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema (...) é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional"[61].

60 Esse fenômeno da descodificação, aliás, está umbilicalmente ligado ao fenômeno antes referido, do tratamento constitucional dos institutos jurídicos mais relevantes. Segundo a tese de Natalino Irti (*Età della decodificazione*. 4ª ed. Milano: Giuffrè, 1999.), as leis especiais que, de forma cada vez mais intensa são editadas no mundo ocidental, a partir da Primeira Grande Guerra, retiram do Código Civil a regulamentação de inteiras matérias. Parte dessa regulamentação legal busca concretizar princípios e valores constitucionais, que estabelecem uma nova *ratio* para a regulamentação jurídica de certas relações. Esses microssistemas legislativos diferem, substancialmente, dos paradigmas normativos e da ideologia codicista. Daí porque, segundo Irti, tais microssistemas, quando derivados diretamente dos mandamentos constitucionais que buscam concretizar, devem ser compreendidos e interpretados a partir deles próprios, sem se utilizar, nem mesmo subsidiariamente, os princípios e regras previstos nos códigos. Ou seja, no caso de lacunas em tais microssistemas, a solução deve ser construída a partir da racionalidade própria do estatuto aplicável, fazendo-se com que a partir dos princípios inerentes a esta legislação setorial se extraia a decisão do caso concreto.

61 Pietro Perlingieri, *Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional [Profili del Diritto Civile]*, trad. de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 6. Também Norberto Bobbio, embora integrante de outra escola de pensamento, afirma que "cada ordenamento tem uma norma fundamental. É essa norma fundamental que dá unidade a todas as outras normas, isto é, faz das normas espalhadas e de várias proveniências um conjunto unitário que pode ser chamado 'ordenamento'" – *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: UNB-Polis, 1989, p. 49.

9 Dos limites à publicização do direito privado

Embora Paulo Bonavides[62] defenda, ardorosamente, o princípio da efetividade dos direitos fundamentais (com o que obviamente o autor está de acordo), cuja 'força de irradiação' chega ao Direito Civil e, segundo ele, faz com que o Direito Privado, com os seus institutos, se torne, de certa maneira, uma província do Direito Constitucional, não se pode olvidar a persistência de claras distinções (embora não mais dicotômicas) entre tais ramos jurídicos.

De fato, a constitucionalização do direito privado não implica a absorção deste último pelo direito constitucional. Como refere Julio César Rivera, "la creación de las normas de Derecho Privado debe estar enderezada a hacer eficazes esos principios estructurales: sistema de vida democrático, forma republicana de gobierno, igualdad, libre desarrollo de la personalidad y solidaridad", acrescentando a necessidade de se levar em consideração, na interpretação normativa, a interação entre as normas constitucionais e infraconstitucionais, de forma que estas se ajustem à constituição, "sin que ello implique substituir el sistema jurídico privado por los princípios constitucionales"[63].

No mesmo diapasão, há muito tempo (o ensaio foi publicado, originariamente, em 1967) Ludwig Raiser sustentou a necessidade de o direito privado não perder sua especificidade, ainda que sofrendo o influxo das opções valorativas do legislador constituinte. Isto porque "o direito privado torna possível a múltipla diferenciação da e na sociedade, constituindo um precioso contrapeso ao assistencialismo e reforçando, com seus instrumentos, o sentido de autoresponsabilidade do indivíduo, oferecendo, com isso, uma preciosa contribuição à democracia. Portanto, é necessário realizar uma sociedade fundada sobre o direito privado que

62 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros Ed., 2001, 11ª ed., p. 548.

63 Julio César Rivera, "El derecho privado constitucional", in: *Revista dos Tribunais*, v. 725 (mar.1996), p. 11-28, p. 28.

não seja nem separada e nem absorvida pelo Estado, mas que esteja a ele integrada, garantindo-se sua autonomia, em um sistema vinculado à Lei Fundamental"[64].

Mas talvez tenha sido Hannah Arendt, justamente uma filósofa não jurista, quem melhor percebeu a irredutibilidade do privado ao público e a impossibilidade de uma completa funcionalização do privado ao público. H. Arendt distingue três esferas – a *pública*, a *privada e a social*, vinculando a cada uma delas um princípio regente: o da igualdade, o da diferença e o da exclusividade, respectivamente. Segundo a autora, o princípio da **esfera pública** é o da igualdade, que não é um dado, mas um construído, pelo qual igualam-se as pessoas que, pela sua natureza e origem, são diferentes. Na **esfera privada**, o princípio regente é o da diferença e da diferenciação, que justamente realça a especificidade única de cada indivíduo. A essas duas esferas, que coexistem desde a antiguidade, agrega-se a **esfera do social**[65], em cujo âmbito os seres humanos passam a conviver a maior parte do tempo, desde a era moderna. Trata-se, esta última, de uma esfera híbrida, caracterizada pela variedade, na qual "ingressamos devido à necessidade de ganhar a vida, seguir uma vocação, associarmo-nos a pessoas com as quais temos negócios ou interesses em comum"[66]. Nessa esfera vigora também o princípio da diferenciação, o qual, porém, é fortemente pressionado por uma histórica tendência de conformismo social, a qual somente a partir de meados do séc. XX tende a arrefecer. "Justamente para assegurar ao indivíduo a sua identidade diante dos riscos de nivelamento do social que no mundo contemporâneo se tornou necessário abrir um espaço para a esfera da intimidade". E nessa esfera, o princípio regente "não é nem o da igualdade, nem o da diferenciação, mas o da *exclusividade*"[67], princípio esse que Hannah Arendt sugere como "limite ao direito de informação através da ponderação de que a vida íntima não é de interesse público." Exatamente por isso ela sustenta ser "válido manter longe do público, portanto na sombra e na penumbra, aquilo que diz respeito à intimidade das pessoas, ao seu modo de ser na vida particular, que se vê lesado e agredido quando violado e divulgado"[68].

64 Ludwig Raiser, "La costituzione e il diritto privato", in: *Die Aufgabe des Privatrechts*, (trad. it. *Il compito del diritto privato*). Milano: Giuffrè, 1990. No mesmo sentido, orienta-se Paulo Luiz Netto Lôbo ("Constitucionalização do direito civil", in: *Revista de Informação Legislativa*, n. 141, Brasília: Senado Federal, 1999, p. 99-109, p. 101), ao afirmar que "independentemente do grau de intervenção estatal, se o exercício do direito se dá por particular em face de outro particular, ou quando o Estado se relaciona paritariamente com o particular sem se valer de seu império, então o direito é privado". Ou seja, não obstante o aumento do número de regras imperativas em áreas antes deixadas à livre disposição das partes, as relações entre particulares continuam a ser regidas pelo direito privado, que não é absorvido pelo direito público – *op. loc. cit.*

65 O advento da esfera social é tratada, magistralmente, por Hannah Arendt em seu clássico *A condição humana*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011, pág. 46 e seg.

66 Na síntese fornecida por Celso Lafer, *A reconstrução dos direitos humanos – Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 267.

10 A constitucionalização do direito privado e a proteção dos direitos fundamentais

O fenômeno da constitucionalização do direito privado, ao implicar a leitura do direito civil (centro do direito privado) à luz da tábua axiológica da Constituição, apresenta um direcionamento bastante claro, pois implica um necessário compromisso do jurista com a eficácia jurídica (no mínimo) e com a efetividade social dos direitos fundamentais. E nessa senda se percebe a contribuição de tradições jurídicas distintas, numa enésima demonstração de que não há como se compreender o Direito apenas a partir da sua vertente legislativa nacional. O direito comparado mostra-se, cada vez mais, uma ferramenta fundamental para a compreensão do próprio direito nacional em que se situa o intérprete, diante do fenômeno da crescente e intensa circulação de modelos jurídicos.

67 *Op. loc. cit.* Sobre o princípio da exclusividade, veja-se também o excelente ensaio de Maria Isabel de Azevedo Souza, "O princípio da exclusividade como nota distintiva do direito privado", in: Judith Martins-Costa (org.). *A reconstrução do direito privado*, *cit*, p. 306-336.

68 *Op. cit.*, p. 268. A esse respeito, famosas no espaço jurídico norte-americano são as palavras do voto vencido de Louis Brandeis, na Suprema Corte, defendendo, em 1928, a inconstitucionalidade da interceptação telefônica: "The makers of our Constitution sought to protect Americans in their beliefs, their thoughts, their emotions and their sensations", e para tal fim "they conferred, as against the Government, **the right to be let alone** – the most comprehensive of rights and the right most valued by civilized men" (g.n.) (caso *Olmstead v. United States*, 227 U.S. 438 [1928]), *apud* Enzo Roppo, "I diritti della personalità", in: A. Pizzorusso e V. Varano (org.), *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, tomo I. Milano: Giuffrè, 1985, p. 104.

Relativamente aos direitos fundamentais, Jorge Miranda[69] identifica o cristianismo e o humanismo renascentista como representativo do 'fundo de valores' que estão na origem da formação e do triunfo generalizado do seu conceito moderno, ressalvando que "as duas linhas de força mais próximas (...) são, porém, a tradição inglesa de limitação do poder (da *Magna Charta* ao *Act of Settlement*) e a concepção jusracionalista projectada nas Revoluções americana e francesa".

Não mais é discutível a afirmação de que constitui um dever para o poder público a proteção dos direitos fundamentais também nas relações jurídico-privadas. Discute-se, apenas, a questão sobre se tal proteção depende da intermediação do legislador, em homenagem ao valor da certeza e previsibilidade, ou se os juízes podem aplicar, diretamente, a norma fundamental. Há quem entenda que "o juiz somente é o garante da liberdade quando decide conforme à Constituição e segundo a lei." Isto porque "a indeterminação e abstração inerentes à norma constitucional conduziria à supressão, se assim não fora, da liberdade do sujeito, cujo *status* ficaria completamente à mercê da discrição dos juízes[70]."

Todavia, "admitir a possibilidade de uma vigência imediata dos direitos fundamentais nas relações *inter privatos* em determinadas hipóteses, não significa negar ou subestimar o efeito de irradiação destes direitos através da lei". E isso parece evidente, uma vez que "ambas modalidades são perfeitamente compatíveis: o normal (e o mais conveniente

69 MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional – Tomo IV – Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed., 2000, 3. ed., p. 21.

70 CAMPO, Javier Jiménez, emérito professor da Facultad de Derecho de Valladolid, no prólogo à monumental obra de UBILLOS, Juan María Bilbao, *La eficacia de los derechos fundamentales(...) cit.*, p. 24.
Aliás, essa preocupação com o enorme poder que a hermenêutica constitucional coloca nas mãos da magistratura é constante na literatura espanhola. Depois de referir que "la necesidad de 'constitucionalizar' el ordenamiento conduce a la interpretación de todas las normas que lo componen de conformidad con los preceptos de la Constitución, que muchas veces contienen cláusulas dotadas de un alto grado de indeterminación, lo que proporciona al juez, que es el intérprete-aplicador por excelencia de las normas, un amplio margen a la hora de extraer de ellas su sentido", Manuel Aragón-Reyes acaba por defender que o controle de constitucionalidade fique restrito apenas aos doze membros do Tribunal Constitucional espanhol, e não difuso por todo o corpo da magistratura, para evitar que a jurisdição se imponha sobre a legislação, que seria por natureza mais democrática – "El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad", capítulo de seu livro *Estudios de derecho constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 176 e 177.

também) é que seja o legislador a concretizar o alcance dos diferentes direitos nas relações de Direito Privado". O problema todo surge quando isso não ocorre[71]. Caso a eficácia de um direito fundamental dependesse de uma legislação infraconstitucional que o implementasse, correr-se-ia o risco de a omissão do legislador ordinário ter mais força eficacial do que a ação do legislador constituinte. Isso significaria que a criatura (legislador ordinário) teria mais poder do que seu criador (legislador constituinte). Daí a razão de se sustentar a ideia de que quando inexistente a *interpositio legislatoris*, "as normas constitucionais podem aplicar-se diretamente. O que não posso compartilhar é a postura de quem exclui, de início, qualquer possibilidade de eficácia imediata[72]."

11 Conclusão

O tema abordado é vastíssimo e permitiria inúmeras conclusões. Pretende-se, porém, cingir-se a apenas algumas, que se pensa serem as mais importantes.

Apesar do ocaso das grandes dicotomias, da inexistência de fronteiras rígidas entre o público e o privado, dos fenômenos contrapostos da publicização do direito privado e da privatização do direito público, assim como do movimento em direção à constitucionalização do direito privado, percebe-se que ainda persiste o espaço próprio do direito privado, que não restou absorvido pelo direito constitucional. Trata-se de um direito, porém, que perdeu as suas antigas características de um direito individualista e materialista, para tornar-se mais solidário e ético, passando a ter uma verdadeira função social.

71 Ótimo, a respeito desse tema, o ensaio de J. J. Gomes Canotilho intitulado "Tomemos a Sério o Silêncio dos Poderes Públicos – O Direito à Emanação de Normas Jurídicas e a Proteção Judicial contra as Omissões Normativas", inserido na obra coordenada pelo Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira: *As Garantias do Cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 351-367. Nesse ensaio, Canotilho invoca o jocoso verso da música de Chico Buarque, onde o compositor canta "Deus dará, Deus dará – e se Deus não der?", como mote para desenvolver suas reflexões.

72 UBILLOS, Juan María Bilbao. *La eficacia de los derechos fundamentales(...) cit.*, p. 29.

Do ponto de vista das estruturas dogmáticas do direito objetivo, percebe-se uma evolução no sentido da despatrimonialização do direito civil, em função do advento do correlato movimento em prol da sua repersonalização, ou seja, a tutela das situações patrimoniais deixa de estar no centro das preocupações jurídicas pois, a partir de uma visão constitucionalizada do direito privado, a primazia passa para as situações não patrimoniais, buscando-se dar efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse viés, o direito privado passa a proteger de forma intensa as crianças e os adolescentes (ECA), os consumidores (CDC), os não proprietários (Lei de locações, legislação sobre arrendamento rural e parcerias agrárias), procura-se dar uma maior tutela aos direitos da personalidade (NCC, arts. 11 a 21), às vítimas de danos (já que a nova responsabilidade civil[73] tem compromisso com as vítimas, buscando garantir a reparação/compensação de qualquer dano injusto, relativizando-se a visão clássica que partia do enfoque sobre o agente causador do dano e que sempre exigia a presença de uma culpa).

Do ponto de vista finalístico, o Direito deixa de ser apenas um mecanismo de conservação do existente, pois, como refere Cláudia Lima Marques[74], ele também pode ser instrumento de Justiça, de equilíbrio contratual e de inclusão social na sociedade atual, instrumento de proteção de determinados grupos na sociedade, de garantia à dignidade da pessoa humana, de combate ao abuso do poder econômico e combate a toda a atuação que seja contrária à boa-fé no tráfico social e no mercado. O Direito, assim, pode ter uma função emancipatória, que historicamente lhe foi sonegada. Basta que o intérprete disso se conscientize e preste sua adesão ao programa transformador da Constituição Brasileira em vigor.

73 Sobre esse enfoque da responsabilidade civil, seja-me permitido remeter o leitor interessado ao trabalho intitulado "Da responsabilidade civil no novo Código", de minha autoria, inserida na obra coletiva *O novo Código Civil e a Constituição*, organizada pelo Prof. Ingo Wolfgang Sarlet, Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2003, p. 151-198.

74 Cláudia Lima Marques, Apresentação à tradução da obra do prof. argentino Ricardo Luis Lorenzetti, *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 38. No mesmo sentido orienta-se Maria Celina Bodin de Moraes, ao referir que cabe ao legislador não apenas se esforçar por refletir a realidade mas, também, conscientemente, buscar a sua transformação. O direito é justamente isto, uma força de transformação da realidade – "Constituição e Direito Civil.", cit., p. 56.

Do ponto de vista dos operadores jurídicos, trata-se de afirmar que o jurista, especialmente o juiz, deve firmemente orientar sua atividade jurisdicional – quer quando julga litígios de natureza pública, quer quando decide conflitos intersubjetivos de natureza privada – no sentido do horizonte traçado pela Constituição, qual seja, repita-se, a edificação de uma sociedade mais justa, livre e solidária, construída sobre o fundamentalíssimo pilar da dignidade de *todos* os seus cidadãos. Isso significa, necessariamente, que a magistratura, necessariamente, deve ser copartícipe de uma política de inclusão social, não podendo aplicar acriticamente institutos que possam representar formas excludentes de cidadania.

Aliás, como refere Cármen Lúcia Antunes Rocha[75], "o Poder Judiciário passou a desempenhar um papel relevantíssimo na garantia efetiva e eficiente dos direitos fundamentais", competindo-lhe "fazer-se alerta para interpretar os direitos fundamentais considerando o texto e o contexto constitucional", cabendo "ao Judiciário a tarefa de oferecer respostas concretas e historicamente engajadas às questões que lhe são postas em condições históricas definidas e experimentadas". Até porque, como magistralmente salienta Fachin, trata-se de "não só interpretar a realidade social mas também transformá-la"[76]. Ou procede assim, ou a magistratura ver-se-á espelhada no diálogo imaginado por José Saramago[77]: "Posto diante de todos estes homens reunidos, de todas estas mulheres, de todas estas crianças (e Deus) falando à multidão, anunciou: "A partir de hoje chamar-me-eis Justiça". E a multidão respondeu-lhe: "Justiça, já nós a temos, e não nos atende". Disse Deus: "Sendo assim, tomarei o nome Direito." E a multidão tornou a responder-lhe: "Direito, já nós o temos, e não nos conhece". E Deus: "Nesse caso, ficarei com o nome Caridade, que é um nome bonito." Disse a multidão: "Não necessitamos caridade, o que queremos é uma Justiça que se cumpra e um Direito que nos respeite".

75 Cármen Lúcia Antunes Rocha, "O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais", in: *Revista Trimestral de Direito Público*, vol. 16, p. 39-66, p. 55.

76 FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 2.

77 José Saramago, *Terra*, Sebastião Salgado. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, p. 10-11.

The constitutionalization of private law

Abstract

The article discusses the historical-evolutionary dimension of constitutionalization of private law. Analyze up-to the emergence of the dichotomy between public and private law, its impact on the legal world, covering the historical evolution of this distinction, highlighting the times when there were primacy over the public, succeeded by the primacy of the public to the private, emphasizing ideologies of this oscillation. The study leads to a discussion about the need to protect fundamental rights, including typical subjects of private law.

Keywords: Public law. Private law. Constitutionalization.

Referências

ALPA, Guido. **Introduzione allo studio critico del diritto privato**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1994.

ALPA, Guido. "Libertà contrattuale e tutela costituzionale", in: **Rivista Critica del Diritto Privato**, 1995, p. 35-54.

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ALEXY, Robert. "Kollision und Abwägung als Grundprobleme der Grundrechtsdogmatik" ("Colisão e balanceamento como problema de base da dogmática dos direitos fundamentais"), *in:* Massimo La Torre e Antonino Spadaro (org.): **La ragionevolezza nel diritto**. Torino, G. giappichelli Editore, 2002, p. 27-44.

AMARAL, Francisco. "Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro", *in* **Revista de Direito Civil**, São Paulo: Ed. Rev. dos Tribunais, 1993, vol. 63.

ARAGÓN-REYES, Manuel. **Estudios de derecho constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

ARANGIO-RUIZ, V. & GUARINO, Antonio (org.) **Breviarium Iuris Romani**. 7. ed. Milano: Giuffrè, 1989.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. "Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil)". **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 09, março/abril/maio 2007, disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp. Acesso em 18.03.2012.

BARROSO, Luís Roberto. "A Americanização do Direito Constitucional e seus Paradoxos: Teoria e Jurisprudência Constitucional no mundo contemporâneo", in: SARMENTO, Daniel (coord.), **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

BEVILAQUA, Clóvis. "A Constituição e o Código Civil", in: **Revista dos Tribunais**, v. 97 (1935), n. 34, p. 31-38.

BOBBIO, Norberto. **Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto**. Milano: Edizione di Comunità, 1977, p. 13-32.

BOBBIO, Norberto. "A grande dicotomia: público/privado". In: **Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política [Stato,**

governo, società. Per una teoria generale della politica]. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990 [1987], 3. ed.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant (Diritto e Stato nel Pensiero di Emanuele Kant)**. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1984.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**, Brasília: UNB-Polis, 1989.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Ed., 2001, 11. ed.

CAENEGEN, Raoul C. van. **An Historical Introduction to Western Constitutional Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

CAMPO, Javier Jiménez. Prólogo ao livro de Juan María Bilbao UBILLOS, **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares – Análise de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional**. Madrid: Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

CANOTILHO, José J. Gomes. "Tomemos a Sério o Silêncio dos Poderes Públicos – O Direito à Emanação de Normas Jurídicas e a Proteção Judicial contra as Omissões Normativas", in: Sálvio de Figueiredo Teixeira (org.): **As Garantias do Cidadão na Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 351-367.

CANONILHO, José J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, Limitada, 1994, reimpressão.

CANOTILHO, José J. Gomes. "Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? – A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno", in: Eros R. Grau e Willis S. Guerra Filho (org.), **Direito Constitucional – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros Ed., 2001, p. 108-115.

CARBONNIER, Jean, **Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur. Trad. it.: Flessibile diritto. Per una sociologia del diritto senza rigore**. Milano: Giuffrè, 1997.

CARRIÓ, Genaro R. **Los derechos humanos y su protección**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, s/d.

CASSESE, Sabino. **I diritti umani nel mondo contemporaneo**. Roma-Bari: Laterza, 1998, 3. ed.

CASTRO, Federico de. "El Derecho civil y la Constitución", in: **Revista de Derecho Privado**, n. 257 (1935), p. 3 s.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

DUVERGER, Maurice. **Les constitutions de la France, trad. it. Le constizioni della Francia**, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1984.

ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado – Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública**. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

FACCHINI NETO, Eugênio. "'E o Juiz não é só de Direito...' (ou 'A Função Jurisdicional e a Subjetividade')", *in:* ZIMERMAN, David &

COLTRO, Antônio Carlos Mathias, **Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica**. Campinas: Millennium Editora, 2002, p. 396-413.

FACCHINI NETO, Eugênio. "Da responsabilidade civil no novo Código", *in:* Ingo Wolfgang Sarlet (org.), **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2003, p. 151-198.

FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FERONI, Ginevra Cerrina. **Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica federale tedesca – Tipologie decisorie e Nachbesserungspflicht nel controllo di costituzionalità**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías – La ley del más débil**, 2. ed. da trad. esp. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. "Lo Stato di diritto fra passato e futuro", in: Pietro Costa e Danilo Zolo (org.): **Lo Stato di diritto – Storia, teoria, critica**. Milano: G. Feltrinelli Editore, 2002, p. 349-386.

FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arce y. **El Derecho civil constitucional**. Madrid: Editorial Civitas S.A., [1986] 1991.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. "La costituzione come norma giuridica", *in:* E. García de Enterría e Alberto Predieri (org.), **La Costituzione Spagnola del 1978**. Milano: Giuffrè, 1982, p. 71-131.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho**. Madrid: Ed. Civitas, 1986.

GIORGIANNI, Michele. "Il diritto privato ed i suoi attuali confini", **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, 1.961, p. 400-420.

GUASTINI, Riccardo. "La 'constitucionalización' del ordenamiento jurídico: el caso italiano", *in:* CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4ª. Ed. Mexico: Editorial Trotta, 2009.

HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. Madrid: Ed. Civitas, 1995.

IRTI, Natalino. **L'età della decodificazione**. Milano: Giuffrè, 1999, 4 ed.

JAYME, Erik. "Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado", **Revista dos Tribunais**, v. 759, (jan. 1999), p. 24-40.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988 (4ª reimpressão, 2001).

LÔBO, Paulo Luiz Netto. "Constitucionalização do direito civil", in: **Revista de Informação Legislativa**, n. 141, Brasília: Senado Federal, 1999, p. 99-109.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MADEIRA, Hélcio Maciel França. **Digesto de Justiniano, livro 1**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Osasco, SP: Centro Universitário FIEO – UNIFEO, 2000.

MAINE, Henry Sumner. **Ancient Law (1861), trad. it. Diritto Antico**. Milano: Giuffrè, 1998.

MARKESINIS, Basil S. **The German Law of Obligations. Vol. II. The Law of Torts – a Comparative Introduction**. 3. ed. Oxford: Clarendon Press, 1997.

MARQUES, Cláudia Lima. **Apresentação** à obra de Ricardo Luis Lorenzetti, **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional – Tomo IV – Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Ed., 2000, 3. ed..

MORAES, Maria Celina Bodin de. "A caminho de um direito civil constitucional". In: **Revista de Direito Civil**, n. 65 (1993).

MORAES, Maria Celina Bodin de. "Constituição e Direito Civil: tendências", *in:* **Revista dos Tribunais**, vol. 779 (set. de 2000), p. 46-63.

PÉREZ, José Luis Monereo. **La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo**. Albacete (Espanha): Editorial Bomarzo, 2009.

PERLINGIERI, Pietro. "Editoriale", **Rassegna di Diritto Civile**, 1983, n. 1.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional [Profili del Diritto Civile]**, trad. de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

RAISER, Ludwig, "La costituzione e il diritto privato", in: **Die Aufgabe des Privatrechts, (trad. it. Il compito del diritto privato)**. Milano: Giuffrè, 1990.

RIGAUX, François. "La liberté de la vie privée", in: **Revue Internationale de Droit Comparé**, 3-1991, p. 539-563.

RIVERA, Julio César. "El derecho privado constitucional", in: **Revista dos Tribunais**, v. 725 (mar.1996), p. 11-28.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. "O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais", in: **Revista Trimestral de Direito Público**, vol. 16, p. 39-66.

ROPPO, Enzo. "I diritti della personalità", *in:* A. Pizzorusso e V. Varano (org.), **L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei**, tomo I. Milano: Giuffrè, 1985, p. 99-122.

SALDANHA, Nelson. "Conceituações do Direito: tendência privatizante e tendência publicizante", in: **Revista de Direito Público**, vol. 81. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-março de 1987.

SARAMAGO, José. **Terra, Sebastião Salgado**. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2001.

SILVEIRA, Michele Costa da. "As grandes metáforas da bipolaridade". In: MARTINS-COSTA, Judith (org.), **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SOUZA, Maria Isabel de Azevedo, "O princípio da exclusividade como nota distintiva do direito privado", in: Judith Martins-Costa (org.), **A reconstrução do direito privado**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 306-336.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2001.

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

TOBEÑAS, Castán. "Nota bibliográfica a la obra de Battlé y Vázquez, M.: **Repercusiones de la Constitución en el Derecho privado"**, in: **Revista de Derecho Privado**, n. 237 (1933), p. 189 s.

UBILLOS, Juan María Bilbao. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares – Análise de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional**. Madrid: Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

WALTER, Gerhard, "L'influenza della costituzione sul diritto civile nella Repubblica Federale Tedesca", *in* A. Pizzorusso e V. Varano (org.), **L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei**, tomo I. Milano: Giuffrè, 1985, pp. 167-197.

ZACCARIA, Alessio. "Il diritto privato europeo nell'epoca del postmoderno", in: **Rivista di Diritto Civile**, 1997, fasc. 3 (maggio-giugno), p. 367-383.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **La giustizia costituzionale**. Bologna: Il Mulino, 1988.

ZANFARINO, Antonio, **La libertà dei moderni nel costituzionalismo di Benjamin Constant**. Milano: Giuffrè, 1961.

Referência do texto

FACCHINI NETO, Eugênio. A constitucionalização do direito privado. **Revista da ESMAPE**, Recife, v. 17, n. 35, p. 85-138, jan./jun. 2012.

** Artigo recebido em: 29 abr. 2012. Aprovado em: 5 jun. 2012.*

A inexigibilidade de conduta diversa e o crime contra a ordem tributária: uma análise jurisprudencial

Gustavo Machado Tavares
Procurador Judicial do Município do Recife. Pós-graduado em Novas Questões do Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Damas. Pós-graduado em Direitos Humanos pela Universidade Católica de Pernambuco.

Érica Babini L. do A. Machado
Doutoranda em Direito Penal pela UFPE. Professora de Direito Penal e Criminologia da Universidade Católica de Pernambuco e Universidade de Pernambuco.
Advogada Pública do IASC – Autarquia do Município do Recife.

Resumo

Trata-se de artigo que pretende compreender a possibilidade de aplicação do instituto da inexigibilidade de conduta diversa, elemento da culpabilidade, para os crimes contra a ordem tributária. Para tanto, vale-se de incursão teórica sobre a culpabilidade e sua respectiva importância no âmbito da teoria do delito; bem como analisa o entendimento jurisprudencial relativa à matéria no âmbito dos Tribunais Superiores. Analisando, primeiramente, a culpabilidade, caminhando do conceito aos elementos, para, empós, examinar a inexigibilidade de conduta diversa e sua necessária formatação como causa supralegal de excludente de culpabilidade, constatou-se que é possível a aplicação de tal excludente nos crimes contra a ordem tributária, desde que seja pontual, restrita àquelas situações reveladoras de excepcionalidade, os casos de real e efetiva dificuldade financeira da empresa, afastando eventuais manobras e descalabros de algumas teses defensivas, destituídas de razoabilidade e respaldo fático.

Palavras-chave: Culpabilidade, Inexigibilidade de Conduta Diversa. Crime contra a Ordem Tributária. Dificuldade Financeira.

Introdução

Trata o presente trabalho de investigar a possibilidade de reconhecimento da inexigibilidade de conduta diversa nos crimes contra ordem tributária. A problemática é levantada porque as causas de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa são legais, inscritas no artigo 22, do Código Penal brasileiro, deixando o questionamento sobre a viabilidade da reprovação do autor de um a conduta típica e ilícita que no contexto fático depara-se com uma situação de falta de escolha.

É cediço que a culpabilidade, elemento da teoria do crime, é um elemento normativo, isto é, um juízo de reprovação realizado pelo magistrado, dirigido a um homem capaz e apto a autodeterminar-se (imputável), dotado de potencialidade de conhecer a ilicitude de sua conduta e que, no momento da ação tinha opção de escolha, mas resolveu agir mal, escolher mal. Ou seja, o fundamento da exigibilidade de conduta diversa repousa sobre a escolha de como agir, quando diante de circunstâncias que demandam uma decisão, cuja opção (contrária ao Direito) leva à reprovação por parte do ordenamento jurídico.

Faticamente, o mundo é repleto de decisões que importam um agir ou um não agir em que diversas variáveis se fazem presentes, de modo que "não se pode exigir do autor de uma conduta conforme o direito, seja porque não lhe era exigível a compreensão da antijuridicidade, seja porque, embora tivesse esta compreensão, não se podia dele exigir a adequação de sua conduta a ela" [1].

Entretanto, apesar dos diversos elementos que envolvem uma escolha, o ordenamento jurídico não se vincula a individualidades, porque baseado no consenso e legitimado na vontade geral – expressa pelo

1 ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal.** Parte Geral. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 558.

contrato social e consubstanciado na Constituição da República e demais leis – produz normas gerais e abstratas, as quais sob o manto do Estado Democrático de Direito, tem como missão precípua primar pela segurança jurídica[2].

Por esta razão, a exculpação dogmático-jurídica da inexigibilidade de conduta diversa é legalmente restrita à coação moral irresistível e à estrita obediência de ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico (art. 22, CP). No entanto, as múltiplas situações da vida fática em que não existe opção de escolha de agir conforme o Direito se restringem a estas duas situações?

Empreendendo um recorte metodológico ao problema, questiona-se se sociedades empresárias podem alegar a inexigibilidade de outra conduta como forma de exculpação para os crimes contra a ordem tributária cometidos, sob a alegação de dificuldades financeiras, fomento ao desemprego em caso de fechamento...

A materialidade deste problema – É possível reconhecer a dificuldade financeira da empresa como causa supralegal de inexigibilidade de conduta diversa em crimes contra a ordem tributária? – será observada à luz da doutrina e compreendida a partir de julgamentos proferidos por Tribunais.

O artigo será desenvolvido em três itens, em que no primeiro será compreendida a culpabilidade e seus fundamentos; no segundo, a inexigibilidade de conduta diversa como causa de exculpação; e, por fim, no último item, analisar-se-á, sob o enfoque da jurisprudência como vem sendo trabalhada o instituto em relação ao crime contra a ordem tributária.

2 *O conceito de segurança jurídica foi para a ciência penal a condensação dos maiores progressos realizados pelo Direito Penal moderno. Ela tem uma função justificante, sendo, portanto, "o ponto de chegada de uma longa evolução do pensamento penal e penitenciário, e como tal representa realmente um progresso no interior desse".*

1 Culpabilidade: do conceito aos elementos – amplitude e importância do viés normativo do instituto

Antes de adentrar no tema, é imperioso destacar que a culpabilidade se apresenta ora como princípio, ora como elemento do crime, no entanto, neste texto é encarada como elemento do crime, inobstante parte da doutrina não acatar a teoria tripartida do delito[3]. A visão bipartida, porém, não procede, visto que a culpabilidade é o elemento que avalia o homem, completando ao lado da tipicidade e antijuridicidade (cujo foco é a conduta objetiva) o conceito integral de delito. Segundo Welzel:

> La tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad son los tres elementos que convierten una acción en un delito. La culpabilidad – la responsabilidad personal por el hecho antijuridico – presupone la antijuridicidad de hecho del mismo modo que la antijuridicidad, a su vez, há de estar concretadas en tipos legales. La tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad están logicamente relacionadas de tal modo que cada elemento posterior de delito presupone el anterior[4].

Por se referir à pessoa humana a culpabilidade é o mais importante elemento da estrutura do delito, "porque o Direito Penal há muito abandonou a responsabilidade pelo resultado ou responsabilidade objetiva, para debruçar-se sobre a responsabilidade pessoal"[5]. Não é por outra razão que Lizst ponderou que "é pelo funcionamento da doutrina da culpa que se mede o aperfeiçoamento do Direito Penal'"[6].

3 Alguns penalistas utilizam o conceito bipartido do delito (tipicidade e ilicitude), alocando a culpabilidade como pressuposto da pena, como é o caso de René Ariel Dotti, Damásio E. de Jesus, Julio Fabbrini Mirabete. Diferentemente da maioria da doutrina que utiliza o conceito tripartido do delito.

4 WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán.** Santiago: Editorial Juridica de Chile,1997. p. 57

5 BRANDÃO, Cláudio. **Manual de Direito Penal.** Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 200.

6 LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal Alemão.** Trad. e comentários José Higino Duarte Pereira. Tomo I. Campinas: Russell, 2003.

Define-se a culpabilidade como reprovação do autor do fato que poderia ter agido conforme o Direito, mas preferiu violá-lo, isto é, a culpabilidade é uma reprovação da resolução de vontade, destacando-se daí um elemento primordial: o homem, sim, porque somente ele pode ter vontade.

Se a culpabilidade é a reprovação da conduta humana, alguns elementos são indisponíveis para se verificar se é possível realizar esta censura. Isto é, é imprescindível, no caso concreto, investigar se o autor do fato tinha capacidade de conhecer ou de se conter perante a conduta que estava realizando, se ele tinha possibilidade de conhecer a possível ilicitude de sua conduta e ainda, se tinha escolha de como agir. São os exatamente os elementos legais da culpabilidade: imputabilidade, potencial consciência de ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

Apesar de os três elementos da culpabilidade refletir uma coerência lógica, como indispensáveis para a censura de um comportamento, historicamente não se deu desta forma, os elementos foram construídos século a século a partir por demandas por justiça.

Naturalmente seria esforço hercúleo traçar historicamente este instituto, o que não será realizado neste trabalho, dada a exiguidade do mesmo, além de fugir do objetivo pretendido. O que não procede em relação à exigibilidade de conduta diversa, cuja importância não é somente em razão da pertinência temática, mas porque é compreendendo a razão do surgimento deste elemento é que é possível identificar a sua amplitude.

Inobstante tal observação, é essencial ponderar, com ressalvas, que o gérmen da culpabilidade está, ainda, no Direito Romano, dada a preocupação com responsabilidade pessoal, que era identificada pelo termo *imputatio*, do latim romano, formando o gérmen da Culpabilidade. Naquele contexto já se observava a vontade do agente quando se distinguia o "*dollus bonus*" e o "*dollus malus*", aquele com o fim de

defender-se, ou seja, uma vontade, e esse com o fim de prejudicar[7]. Contudo, os romanos não desenvolveram uma teoria do delito de forma geral, apenas identificaram os elementos da culpabilidade, que significava, justamente, a vontade de agir, razão pela qual, a culpa, em sentido estrito não era punida.

Após os romanos, especificamente em 1907, com a obra de Reinhart Frank, cientificamente nasce o conceito de culpabilidade.

Nesse passo, urge examinar os antecedentes históricos da inexigibilidade da conduta diversa.

A exigibilidade de conduta diversa guarda estreita relação com o conceito de vontade e este, por sua vez com o de pessoa, de modo que aquele apenas ganhou tônica quando foi possível identificar o homem como pessoa e detentor de um eixo de vontades.

No estudo histórico dos povos, Hannah Arendt afirma que o conceito de pessoa e vontade não foi conhecido, tanto que o mais primitivo direito dos povos aplicava a pena sem exigência da culpabilidade, bastava a relação de causalidade entre a conduta humana e o resultado, para se estabelecer a responsabilidade objetiva[8].

Os gregos falavam em *pro aireses*, que significava escolha, liberdade, o que é diferente de vontade, entendida como desejo de um fim idealizado por uma pessoa. Isso se dava porque ainda não tinha sido desenvolvido o conceito de pessoa, enquanto senhor de si. Tanto que, Aristóteles afirmava que o homem era um animal político[9].

7 "A construção dos conceitos de dolo e culpa se deve aos pretores, isto é, aos juízes romanos. (...) o *dolus malus*, cujo conceito era utilizado e modo exclusivo nas relações penais, *era a vontade aliada a um propósito antijurídico, isto é, era a vontade aliada à consciência da antijuridicidade*." BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao Direito Penal:** análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002. p. 137.

8 BRANDÃO, Cláudio. Culpabilidade: sua análise na dogmática e no Direito Penal Brasileiro. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal,** Portugal, n. 15, p. 209-225, 2005.

9 BRANDÃO, Cláudio. Culpabilidade: sua análise na dogmática e no Direito Penal Brasileiro. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal,** Portugal, n. 15, p. 209-225, 2005.

A ideia de vontade, como realização de um desejo veio a ser criada somente com o cristianismo, especificamente com Paulo de Tarso na epístola aos Coríntios, quando afirmava que os homens não eram escravos da lei, mas a salvação residia na escolha de não burlá-la, já que o Cristo havia se tornado homem e se sacrificado por todos, ilustrando a capacidade de escolha.

Foi somente com o Iluminismo, em que o homem deveria ser considerado livre, racional, ante um Estado mínimo, que passa o elemento vontade receber maiores atenções. Era necessário que todos fossem considerados iguais, inclusive o Estado, em sua atuação limitada, nascendo com isso os ideários dos Direitos Naturais que são prévios à norma e voltados à proteção do homem acima de quaisquer outros interesses[10].

Neste diapasão, em nome da segurança do indivíduo face ao arbítrio estatal, as ideias da Escola Clássica[11], na qual o livre-arbítrio era a chave principal, representaram os maiores avanços; e Francesco Carrara, seu maior representante, reclamava um estudo sistematizado do delito.

Para os clássicos em geral, o livre arbítrio foi a problemática central de estudo, demonstrando a importância do tema para o direito penal. Para eles, o ser humano, em face das leis morais as quais se submete pode escolher violá-las ou não, porque sua vontade é livre. Sistematizam que no crime estão presentes a força física e a força moral, aquela objetiva e essa subjetiva, a qual, aliás, comporta graus que além de excluí-la completamente quando inexistente, pode atenuá-la[12].

Portanto, o delito era um ente jurídico e nascia do livre arbítrio do homem, de modo que a pena é a consequência natural da ação deste

10 FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **Razão e sensibilidade**. São Paulo: Juarez Tavares, 2001.

11 Não era formalmente uma Escola, mas expressão dada pelos positivistas pejorativamente a todos os pensamentos que antecederam o raciocínio naturalístico das ciências, ponderados em termos da dedução, da metafísica e do raciocínio abstrato.

12 FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **As razões do positivismo penal no Brasil.** São Paulo: Juarez Tavares, 2003.

homem livre e responsável por suas ações. Neste ensejo, o elemento vontade, apesar de diferente de livre arbítrio, mas já indicando uma autonomia face ao passado que não considerava esta autonomia da vontade, ganha contornos.

Apesar dos grandes avanços, a produção de conhecimentos voltados à segurança jurídica foi substituída pela investigação acerca das causas dos crimes, refletindo um novo período da ciência jurídica, cuja preocupação é com a defesa da sociedade para proteger os cidadãos do ataque danosos de criminosos, racionalizando o Direito para fortalecer expectativas. Era imprescindível saber quais as características do homem criminoso para segrega-lo antes que violasse bens jurídicos alheios.

É, então, que no último terço do século XIX, começaram a surgir expoentes da escola positiva, abandonando o método racional e lógico abstrato que permeava a racionalidade clássica, passando a adotar como paradigma a realidade em concreto, proibindo certas condutas sob a justificava da defesa da sociedade do homem perigoso, biologicamente predisposto ao crime.

Cabia, daí em diante, ao Direito Penal a tutela coletiva contra o perigo encarnado nos criminosos, e, ainda, ajudá-los a livrar-se de suas taras, pois que o livre-arbítrio, tão caro aos clássicos, não mais se amoldava ao determinismo dos positivistas. Trata-se de uma atividade preventiva, cuja atuação estatal era voltada à proteção da sociedade contra os entes daninhos, os perigosos[13].

O positivismo criminológico tinha o crime como um fato social e natural, um ato do homem que surge na sociedade e produz um dano, motivado por três ordens de fatores: antropológicos, físicos e sociais, assim, o delito é, a par de um fenômeno individual, um fenômeno social[14].

13 SCHWARCZ, Lilia Moritz. **O espetáculo das raças.** Cientistas, instituições e questão racial no Brasil (1870-1930). São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

14 FERLA, Luis. **Feios, sujos e malvados sob medida.** A utopia médica do biodeterminismo. São Paulo (1920-1945). São Paulo: Alameda, 2009.

Cesar Lombroso, médico legista, em 1871 publicou a obra *L'Uomo* delinquente, onde afirmou claramente que o crime não pode ser estudado abstratamente, mas apenas como produto da ação humana. Criara a figura do delinquente nato para designar as pessoas que reúnem as características anormais, as quais foram catalogadas através de suas pesquisas no exercício da medicina legal, isto é, não possuíam livre arbítrio, eram condicionadas a um atavismo[15].

Disso resultou que a culpabilidade não deveria ser considerada na análise do crime, a responsabilidade não era moral, mas a social. A periculosidade era o fator determinante e para ser analisada observava-se a exterioridade física da ação do ser anormal. Através da físio-patologia restou comprovado que o livre-arbítrio não existe e é pura ilusão metafísica. O que existe no homem, em termos de ação, é um refinamento em graus do instinto animal, o que pode ser comprovado nas fases de desenvolvimento das manifestações – "movimento físico externo, corrente fisiológica centrípeta, manifestação psíquica, corrente fisiológica centrífuga, movimento físico externo"[16] – igual em ambas as espécies (animal e hominal).

Aqui tem-se o conceito de culpabilidade psicológica, segundo a qual a culpabilidade era um simples vínculo psicológico entre o autor e o resultado. Mera ação mecânica, sem levar em consideração a exigibilidade de conduta diversa, afinal, não se falava em livre-arbítrio. Isto é: "a relação psicológica do autor com o seu fato. Essa relação pode ser mais ou menos indireta e radicar em um não fazer (casos de culpa, mas se vincula sempre em maior ou menor grau com a ação"[17].

Todavia, como o conhecimento não é estanque, em seguida novas adaptações metodológicas são desenvolvidas e, do ponto de vista da

15 LOMBROSO, Cesar. **L'Uomo Delinquente.** Torino: Fratelli Bocca Editori, 1897.

16 FERRI, Enrico. **Sociologia Criminal.** Tomo II. (Trad. Antonio Soto y Hernández). Madrid: Centro Editorial de Góngora, 2000. Tomo II, p. 5.

17 BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime.** 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 140.

culpabilidade, Frank, apesar de não retirar o dolo e a culpa da culpabilidade, desenvolveu a teoria psicológico-normativa da culpabilidade cujo mérito foi acrescentar o caráter normativo como reprovabilidade do injusto, passando a censura integrar a culpabilidade.

Quer dizer, a culpabilidade não é mais considerada como um puro vínculo psíquico entre o autor e o fato, como o era na culpabilidade psicológica, mas como um juízo de reprovação sobre o autor por não ter se comportado conforme o direito – "um comportamento proibido só pode ser atribuído à culpabilidade de alguém se é possível reprovar-lhe sua realização"[18].

O Tribunal Alemão rompeu definitivamente o conceito psicológico puro ao julgar o caso concreto. Foi o conhecido caso da carroça sem rédeas, onde o Tribunal vislumbrou a voluntariedade do agente em dirigir a carroça guiada por um cavalo que não obedeceria as rédeas, acaso visse uma presa de sua cadeia alimentar pelas proximidades, contudo, reconheceu não haver escolha ao cocheiro, haja vista que seu patrão o ameaçou demiti-lo, acaso não o obedecesse. Isto é, havia culpa, do ponto de vista psicológico o vínculo entre a subjetividade do agente e o resultado estava concretizado, mas seria justo condenar o cocheiro a não restava escolha?[19].

Ocorria um abalo: enquanto que para a teoria psicológica a culpabilidade residia na cabeça do agente, na psicológico-normativa passou a residir na cabeça do juiz.

Esse foi o cenário que Frank teorizou, passando a entender a culpabilidade como reprovabilidade, de modo que, sem afastar-lhe o dolo e a culpa, acresceu as "circunstâncias concomitantes", que se anormais afastariam a reprovabilidade[20].

18 SANTOS, Juarez Cirino. Direito Penal. Parte Geral. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 284.

19 FRANK, Reinhard. **Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad. Derecho Penal – parte geral.** Colección: Maestros del Derecho Penal, nº 1. Buenos Aires: Ibdef, 2004, p. 27.

20 FRANK, Reinhard. **Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad. Derecho Penal – parte geral.** Colección: Maestros del Derecho Penal, nº 1. Buenos Aires: Ibdef, 2004, p. 27.

O critério norteador do juízo de censura é o da normalidade, ou seja, o autor só pode ser censurado, além de haver atuado com dolo/culpa, se essa sua atuação verificou-se em condições normais de motivação, entendidas não no sentido natural (biológico), mas relacional (psico-sociológico). De outro lado, não basta que o autor represente e deseje o evento, pois será ademais necessário a consciência do ilícito (dolo normativo).

Assim, a exigibilidade de conduta diversa para ele é elemento geral da culpabilidade, de modo que, cometido um fato típico e antijurídico, se era inexigível ao autor uma conduta diversa, ele não seria culpável.

Como se observa, a teoria psicológico-normativa foi fruto da superação do positivismo-naturalista e adoção da metodologia neokantiana onde se desenvolveu o conceito neoclássico do delito, percepção que entendeu serem as normas de cultura diversas das naturais, devendo, por esse modo, os valores serem incorporados ao delito, afastando o entendimento precedente de que tipo penal seria objetivo, seco, destituído de valorações subjetivas[21].

Apesar do avanço, não ficou clara a estruturação do delito, pois sendo o dolo híbrido (psicológico e normativo) ficou difícil punir o criminoso habitual, o qual, em razão do seu meio social não tem a consciência de ilicitude, necessária à configuração do dolo, e por isso deveria ser inculpável. Uma situação paradoxal, em que se excluía culpabilidade de quem apresenta o comportamento mais censurável.

Pelo desenvolver natural do conhecimento, foi se estruturando a teoria normativa pura da culpabilidade, que *pari passu* à percepção finalista do delito deslocava o dolo e a culpa da culpabilidade para a tipicidade, pois seria grande equívoco ignorar que toda ação é uma obra, mediante

21 ZAFFARONI, E. R. A ciência penal alemã e as exigências político-criminais da américa latina. **Discursos sediciosos**, Rio de Janeiro, n. 17, p. 39 – 46, 2011.

a qual a vontade configura e é antecedente à escolha do movimento, o que fica bem claro na hipótese da tentativa, tendo em vista que neste caso não há nenhuma produção de efeito no mundo exterior. Nesta hipótese não haveria crime, porquanto aí é a vontade o elemento constitutivo da ação, mas desprezada pelo causalismo.

Essa concepção foi em 1930 aperfeiçoada por Hans Welzel que criou um novo esquema da teoria do delito, dividido em três caracteres: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Na verdade, a intenção maior dele, na primeira metade do século XX, era romper com o direito penal nazista que glorificava o direito penal com a função de purificar biologicamente o povo[22].

Para Welzel, o conteúdo da vontade de realização do autor é ligado à própria conduta, senão ela seria cega, como pretendiam os causalistas, portanto, no dolo, a finalidade é juridicamente decisiva; e não se pretenda contrapor a doutrina através dos tipos culposos, haja vista que nesses, a finalidade não foi dispensada, ao revés, foi considerada, mas é uma finalidade não danosa, legal, cujos meios escolhidos à obtenção do fim, porém, não foram adequados, resultado em algo não desejado. Aqui o injusto não é o resultado causado, mas a forma de execução[23].

Daí em diante está estruturado um dos mais importantes elementos da culpabilidade, ao que se tecerão, no próximo tópico, as considerações sobre sua natureza.

22 WELZEL, Hans. **El Nuevo Sistema Del Derecho Penal:** una introducción a la doctrina de la acción finalista. Buenos Aires: editorial IBdef, 2002.

23 WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán.** Santiago: Editorial Juridica de Chile, 1997.

2 Inexigibilidade de conduta diversa: da natureza às causas de exculpação

Depois que se constata que o agente é capaz e tinha a possibilidade de conhecer o injusto de sua conduta, culpabilidade está materialmente fundada, contudo, ainda resta averiguar se o agente podia, se lhe era exigível agir conforme o Direito.

Após Frank, Freudenthal[24] ampliou o conceito de exigibilidade de conduta diversa e tornou-o autônomo, desvinculado dos outros elementos que formavam a culpabilidade, apto a ensejar a exculpação do comportamento delituoso.

Com isso, restou evidente que a natureza da inexigibilidade de conduta diversa é excluir a culpabilidade e fazer que o comportamento, apesar de típico e antijurídico, não possa ser reprovado (culpável), do ponto de vista jurídico.

Este elemento dá logicidade à culpabilidade, posto que, sendo uma reprovação pessoal do indivíduo, porque não agiu conforme o Direito, no mínimo tinha que lhe ser possível, no caso concreto, ter alguma liberdade de escolha, opção, ainda que mínima.

A exigibilidade de obediência ao direito é o elemento volitivo da reprovabilidade, e não se confunde com a imputabilidade, capacidade geral de tomar decisões conforme fins, pois a exigibilidade é a possibilidade concreta de o autor poder tomar uma decisão, de acordo com o conhecimento do injusto.

24 FREUDENTHAL, Berthold. **Culpbilidad y Reproche en el Derecho Penal.** IBdef: Buenos Aires, 2003.

Em princípio, excluía-se a exigibilidade de outra conduta de forma supralegal, envolvendo qualquer situação fática em que não se fosse possível exigir do agente conduta diversa. Entretanto, esse posicionamento tornou-se perigoso porque na Segunda Guerra Mundial tornou-se uma verdadeira exculpação de crimes. No Brasil, uma parte considerável da doutrina, a exemplo de Zaffaroni[25], rechaça tal hipótese, ao passo que, outra parte, representada por Assis Toledo, coordenador da Reforma Geral de 1984, passou a proclamar a autonomia da excludente supralegal da inexigibilidade de outra conduta, cujo exemplo mais típico é o estado de necessidade exculpante.

As causas legais são a obediência hierárquica por ordem não manifestamente ilegal e coação moral irresistível, ambas descritas no artigo 22 do Código Penal Brasileiro. Contudo, considerando a infinidade de situações que pode o homem se deparar, impedindo-o de realizar uma escolha de como agir, como restringir o conceito de inexigibilidade a duas únicas situações legais?

Ora, se não podia agir conforme ou contrário ao Direito, não há que se exigir a adoção de comportamento diferente. Não por outra razão, a doutrina pontifica a existência de causas supralegais excludentes da culpabilidade, concretizadas na inexigibilidade de conduta diversa.

Nessa direção, Cláudio Brandão ressalta:

> Até muito breve, só era reconhecida no Direito brasileiro a inexigibilidade de outra conduta nos casos do art. 22 do Código Penal. A jurisprudência, nesse sentido, inclusive, é farta. Todavia, a partir do desenvolvimento dos estudos de culpabilidade, notadamente, pelo coordenador da reforma penal de 1984, Francisco de Assis Toledo, a inexigibilidade de outra conduta passou a ser admitida fora dos casos de obediência hierárquica e de coação irresistível, pois ela "quando aflora em preceitos legislados, é uma causa legal de exclusão. Se não, deve ser reputada causa supralegal, erigindo-se em princípio fundamental que está intimamente ligado ao problema da responsabilidade pessoal e que, portanto, dispensa a existência de norma expressa a respeito"[26].

25 ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal.** Parte Geral. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

Uma das situações hipotéticas são as dificuldades financeiras e econômicas suportadas por uma sociedade empresária, que enseja, por exemplo, a declaração a menor de receitas auferidas ao longo do ano, para fins de recolher o Imposto de Renda a menor.

Esta problemática remete à essência do Direito Penal – o princípio da intervenção mínima – posto que se não há, ante aos fatos, liberdade de escolha, por que se justifica a intervenção penal, que é o controle social mais drástico do Estado? E mais, não sendo o magistrado apenas a "boca da lei" como pretendia o positivismo jurídico, tem ele a função criadora, hermeneuticamente justificada com a virada do pós-positivismo.

Neste sentido, cabe ao jurista, face ao texto, reconhecer o sentido e o contexto, mas determinar a força e o alcance, atualizando a letra fria da norma aos dados atuais e específicos do problema sobre o qual se debruça. Ao jurista não basta conhecer, mas o fazer em termos de decisibilidade dos conflitos, tendo a norma apenas enquanto diretivo, cabendo a ele a contextualização[27].

Assim, não pode o legislador prever todas hipóteses de exclusão da culpabilidade, ainda que tentasse, cabendo ao juiz, na interpretação do Direito, identificar, em nome da justiça, o que apesar de não consagrado nas duas hipóteses do art. 22 do CP, o que seria inexigível para o agente, valendo-se, para tanto da causa supralegal de excludente de culpabilidade.

26 BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal:** parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 231-232.

27 FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito:** técnica, decisão, dominação. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

BIBLIOTECA

Não obstante a amplitude dogmática do conceito de inexigibilidade de conduta e as multiplicidades de causas supralegais que podem surgir, este trabalho se debruçará tão somente à compreensão sobre a aplicabilidade nos crimes contra a ordem tributária.

3 Da inexigibilidade de conduta diversa e sua aplicação em relação ao crime contra a ordem tributária

Feitas essas considerações, calha, por ora, analisar a inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de excludente de culpabilidade no que se refere aos delitos contra a ordem tributária e como têm encarado esta problemática os Tribunais.

Não raro é comum observar nos processos penais que envolvem a apuração e julgamento de delitos tributários tese de defesa baseada na dificuldade financeira enfrentada pela sociedade empresária, configurando tal situação como causa supralegal de exclusão da culpabilidade consistente na inexigibilidade de conduta diversa, de modo que os seus representantes legais.

Isto porque diante de dificuldades financeiras, gravemente enfrentadas pelos sócios de determinada sociedade empresária, não seria crível exigir dos representantes legais o pagamento deste ou daquele tributo, ao ponto de acarretar a falência da sociedade empresária, o que acarretaria desemprego, queda na produção do país, etc.

Sobre o assunto, tem-se, a título de exemplificação, as seguintes decisões:

> PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. [...] DOLO DEMONSTRADO. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA NÃO CONFIGURADA[...]. APELOS PARCIALMENTE PROVIDOS. Tratando-se de crime societário, o fato da denúncia imputar a todos os co-réus, sócios e administradores da mesma empresa, a mesma conduta, não o fazendo de forma individualizada, não a torna inepta. [...]. O conjunto probatório (testemunhas e declaração de renda da pessoa jurídica) não permite dizer que as dificuldades financeiras vivenciadas pela empresa tenham sido diferentes daquelas comuns a qualquer atividade de risco de modo a caracterizar a inexigibilidade de conduta diversa, não havendo tampouco provas de sacrifício patrimonial dos réus em socorro da empresa. [...][28]
>
> PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. PRESCINDIBILIDADE DO ESPECIAL FIM DE AGIR OU DOLO ESPECÍFICO (ANIMUS REM SIBI HABENDI). CRIME OMISSIVO PRÓPRIO. REGISTRO EM LIVROS CONTÁBEIS E DECLARAÇÃO À PREVIDÊNCIA SOCIAL DOS DESCONTOS NÃO RECOLHIDOS. IRRELEVÂNCIA. DIFICULDADES FINANCEIRAS. EXCLUDENTE DA CULPABILIDADE. ÔNUS DE PROVA DA DEFESA. INDÍCIOS. INADMISSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.
>
> [...]
>
> 3. Sendo assim, o registro nos livros contábeis e a declaração ao Poder Público dos descontos não recolhidos, conquanto sejam utilizados para comprovar a inexistência da intenção de se apropriar dos valores arrecadados, não têm reflexo na apreciação do elemento subjetivo do referido delito.
>
> [...]
>
> 5. A alegada impossibilidade de repasse de tais contribuições em decorrência de crise financeira da empresa constitui, em tese, causa supralegal de exclusão da culpabilidade – inexigibilidade de conduta diversa –, e, para que reste configurada, é necessário que o julgador verifique a sua plausibilidade, de acordo com os fatos concretos reve-

28 Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Apelação criminal** 0000050-02.2003.4.03.6111, Relator: Desembargador federal José Lunardelli, Data de Julgamento: 07/05/2013.

lados nos autos, não bastando para tal a referência a meros indícios de insolvência da sociedade.

6. O ônus da prova, nessa hipótese, compete à defesa, e não à acusação, por força do art. 156 do CPP.

7. Recurso conhecido e provido para denegar a ordem de habeas corpus e, consequentemente, determinar o prosseguimento da ação penal.[29]

PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. OMISSÃO DO RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. DIFICULDADES FINANCEIRAS. PROVA. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. PRESCRIÇÃO.

1. Para configurar a excludente de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa é necessário que as graves dificuldades financeiras alegadas estejam sobejamente comprovadas documentalmente a ponto de terem afetado não só a empresa, mas também o patrimônio pessoal do denunciado. Precedentes do TRF da 4ª Região.

2. Prescrição da pretensão punitiva pela verificação da pena *"in concreto"*, excluído o aumento pelo reconhecimento da continuidade delitiva (Súmula 497 do STF).[30]

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. FALTA DE RECOLHIMENTO. DIFICULDADES FINANCEIRAS. ÔNUS DA PROVA. REFIS. PENA. AUMENTO. (...) Dificuldades financeiras muito graves podem justificar a conduta de quem não cumpre a obrigação de recolher as obrigações devidas no prazo legal, tendo em vista o interesse social, igualmente relevante, de manter a empresa em funcionamento. Nessa hipótese, em casos extremos, parece aceitável dar prioridade ao pagamento da folha de salários e dos fornecedores, em detrimento dos tributos. O ônus da prova, contudo, é inteiramente da defesa, afastando-se em princípio, a prova testemunhal, que, por si só, nesses casos, não tem qualquer valor[31].

29 Superior Tribunal de Justiça. **REsp** 888947 / PB. Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJU 07/05/2007. p. 364.

30 Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação criminal** Nº 2003.04.01.037340-9/PR. Relator Desembargador Federal Paulo Afonso Brum Vaz. DJU 19/05/2004

31 Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Criminal** 2000.04.01.114707-6. Relator Desembargador Federal Amir Sarti, DJU 15/05/2002.

APELAÇÃO CRIMINAL. OMISSÃO NO RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. ART. 95, "D", DA LEI Nº 8.212/91. HOSPITAL BENEFICENTE. MATERIALIDADE. AUTORIA. DOLO. CULPABILIDADE. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. EXCLUDENTE. DIFICULDADES FINANCEIRAS. COMPROVAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. PORTARIA Nº 4.910/99 DO MPAS. (...)

3. As dificuldades financeiras arguidas pela defesa em ações como a presente, podem configurar excludente de culpabilidade, sendo imprescindível, porém, que se apresentem provas contundentes da insolvência da empresa, no caso um hospital beneficente, e também do(s) sócio(s) responsável (eis). 4. Necessária a prova de verdadeira inexigibilidade de conduta diversa para que se exima o contribuinte do recolhimento das contribuições de lei em prejuízo da receita pública. (...)[32].

PENAL. OMISSÃO DE RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. DOLO. DIFICULDADES FINANCEIRAS. NÃO-CONFIGURAÇÃO. EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE AFASTADA.

1. Comprovada nos autos a materialidade do tipo previsto no artigo 168-A do Código Penal, realizado em continuidade delitiva, impõe-se a condenação do responsável pelo repasse das verbas ao INSS.

2. Demonstrada nos autos a vontade livre e consciente de não repassar ao INSS as contribuições previdenciárias descontadas dos empregados, resta configurado o dolo do agente, que não exige o ânimo de se apropriar do dinheiro.

3. A inexigibilidade de conduta diversa exige confiável prova de dificuldades financeiras da empresa, graves e transitórias, com comprometimento do patrimônio da sociedade e da pessoa do controlador. Não-comprovação na espécie.

4. O não-cumprimento da disposição legal, é inerente ao tipo penal em questão, não havendo razão que sustente a valoração negativa da culpabilidade do agente.

32 Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **APN** 2003.04.01.000892-6/RS. Relator Desembargador Federal José Luiz B. Germano da Silva, DJU 02/07/03, p. 433.

5. Nos crimes de sonegação de contribuições previdenciárias a omissão de recolhimento de valores superiores a R$ 30.000,00 enseja especial valoração negativa das consequências do crime, sem que se considere a totalidade do débito informado na denúncia, porque esse total já é considerado na fase final do crime continuado[33].

PROCESSUAL PENAL E PENAL: ARTIGO 168-A DO CP. OMISSÃO DO RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. LEI 9.983/00. AUTORIA E MATERIALIDADE. COMPROVAÇÃO. DOLO ESPECÍFICO. DESNECESSIDADE DE SUA VERIFICAÇÃO. CONSUMAÇÃO. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. CAUSA SUPRALEGAL DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE. EXCEPCIONALIDADE. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. ALEGAÇÃO DE QUE A EMPRESA PASSAVA POR GRAVES DIFICULDADES FINANCEIRAS COLOCANDO EM RISCO A SUA PRÓPRIA EXISTÊNCIA. ÔNUS DA PROVA. ARTIGO 156, DO CPP. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.

I – O crime de omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias, com o advento da Lei nº 9.983/00, passou a ser tipificado no artigo 168-A do CP.

II – O não recolhimento das contribuições previdenciárias descontadas dos salários dos empregados é crime omissivo próprio cuja consumação ocorre com o descumprimento do dever de agir determinado pela norma legal.

III – O delito de omissão de recolhimento de contribuições previdenciárias não se confunde com o crime de apropriação indébita, pois, este tem como antecedente lógico a posse ou detenção justa e se consuma no momento em que o agente inverte o ânimo de sua posse, passando a exercê-la como se proprietário fosse (animus rem sibi habendi).

IV – No caso sub exame restou comprovado de forma inequívoca que o réu agiu com dolo consistente na vontade de não recolher, no prazo legal, as contribuições devidas.

33 Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Criminal** Nº 2003.72.06.000269-0. Relator Desembargador Federal Luiz Carlos Canalli, DJU 09/08/2007.

V – A inexigibilidade de conduta diversa é causa supralegal de exclusão da culpabilidade sendo, pois, imprescindível, perquirir se o agente estava efetivamente impossibilitado de recolher os valores descontados dos empregados da sua empresa, o que inocorreu no presente feito.

VI – A apreciação normativa de exclusão da culpabilidade implica sua exclusão sempre que diante das circunstâncias do fato concreto, não seja exigível do sujeito conduta diversa da praticada.

VII – A prova da alegação incumbe a quem a fizer, sob pena de não ser considerada pelo julgador (artigo 156 do CPP).

VIII – A mera referência a dificuldades financeiras não é suficiente para ilidir a responsabilidade penal dos agentes. A exclusão da culpabilidade requer a existência de elementos seguros, aptos a comprovar a impossibilidade do recolhimento das contribuições devidas à Previdência.

[...][34]

Depreende-se, deste modo, do exame das citadas decisões, que os tribunais vêm reconhecendo a dificuldade financeira enfrentada pela sociedade empresária quando da supressão ou redução indevidas de tal ou qual tributo por seus representantes legais como causa supralegal de exclusão da culpabilidade – inexigibilidade de conduta diversa.

Contudo, para que haja tal reconhecimento judicial são necessários que estejam presentes alguns pontos essenciais, sob pena de fazer-se tábua rasa da dita causa supralegal, estendendo-se a sua aplicação a situações que, efetivamente, não merecem qualquer acolhimento, ao ponto de transformar a exceção em regra geral.

Assim, para evitar-se a manobra quando da alegação da dificuldade financeira é que os Tribunais pátrios elencam algumas condições para o reconhecimento da crise financeira como causa supralegal de exclusão

34 Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Apelação Criminal** 25764. Relatora Desembargadora Federal Cecilia Mello. DJU 03/08/2007.

da culpabilidade, quais sejam: que a dificuldade financeira seja grave, capaz e idônea de causar prejuízos financeiros; que essa dificuldade patrimonial seja excepcional e passageira; que essa crise financeira seja comprovada de forma peremptória e cabal por prova documental.

Ora, tais condicionantes são por demais essenciais, eis porque se afasta, no plano prático e jurídico, o reconhecimento de situações que, em realidade, não representam qualquer dificuldade financeira, não se albergando fatos inexistentes.

Nessa toada, denota-se que apenas, e tão-somente, com o preenchimento, efetivamente, desses requisitos, quando da análise minuciosa e meticulosa do caso concreto posto, é que não se dará guarida a verdadeiras manobras, reveladoras da intenção de lesionar o fisco através do não pagamento do respectivo tributo. Algo que não pode, por exemplo, ser realizado via *habeas corpus,* dada a via estreita que é.

De mais a mais, os ditos condicionantes estão, a bem da verdade, em sintonia com o sistema jurídico, isso porque se o lucro é a finalidade precípua perseguida por toda e qualquer sociedade empresária, presume-se, portanto, o dito lucro, razão pela qual o reconhecimento da dificuldade financeira como causa excludente de culpabilidade concretizada na inexigibilidade de conduta diversa deve estar amparada, a bem da coerência lógica, em robustas provas documentais as quais demonstrem que a aludida dificuldade financeira é grave e séria, além de excepcional e passageira.

Nesse quadrante, Nadja Machado Botelho[35] discorre:

35 BOTELHO, Nadja Machado. Crimes Contra a Ordem Tributária – Da Constituição Definitiva do Crédito Tributário à Inexigibilidade de Conduta Diversa, **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal,** n. 47, 49-66, dez./jan., 2008.

> A assertiva, desprovida do indispensável substrato probatório, esbarra no entendimento jurisprudencial dominante de que, para que se tenha por pertinente a tese de inexigibilidade de conduta diversa e consequente exclusão da culpabilidade, é necessária que a defesa prove, mediante provas documentais, que a ruinosa situação financeira da empresa, além de grave, temporária e contemporânea à prática do delito, tenha repercutido no patrimônio pessoal dos sócios gerentes, a evidenciar que estes não tinham, realmente, como pautar seu comportamento conforme o Direito e recolher devidamente os tributos que incidiam sobre sua atividade econômica.

Assim, a dita autora deixa entrever, em seu entender, mais um requisito ao reconhecimento daquela causa supralegal, isto é, seria necessário, também, que a dificuldade financeira tenha produzidos efeitos negativos aos patrimônios pessoais dos sócios, senão seria tão somente um mecanismo de enriquecimento (ilícito) dos sócios gerentes, sendo a inadimplência tributária transformada em *pro labore.*

Tal perspectiva atende à natureza da culpabilidade que é a reprovação, mas sobretudo à essência da mesma – o juízo recais sobre aquelas condutas em que de fato o agente sofria tamanha pressão que não poderia agir de outra forma. E considerando a atividade criadora do juiz, no espaço permitido da hermenêutica, estar-se-ia consagrando o princípio da intervenção mínima.

Conclusão

Empós, tudo quanto fora analisado, infere-se que, apesar das causas legais de exclusão da culpabilidade, no que pertine à inexigibilidade de outra conduta, restringirem-se à obediência hierárquica por ordem não manifestamente ilegal e à coação moral irresistível, ambas descritas no artigo 22 do Código Penal Brasileiro, não é menos certo que, tanto a

doutrina, quanto a jurisprudência, entende pela existência de causas supralegais excludentes da culpabilidade, concretizadas na inexigibilidade de conduta diversa.

Isso porque, considerando a infinidade de situações que pode o homem se deparar, impedindo-o de realizar uma escolha de como agir, não se concebe restringir o conceito de inexigibilidade apenas àquelas duas únicas situações legais. Ora, se, efetivamente, o ser humano em determinada situação não podia agir conforme ou contrário ao Direito, não restando opção e liberdade de escolha, não há que se exigir a adoção de comportamento diferente.

Neste quadrante, quando determinada sociedade empresária enfrentar dificuldades financeiras graves e sérias, capazes e idôneas de causarem prejuízos financeiros, de forma excepcional, passageira e pontual, sendo tais fatos cabalmente comprovadas por meio de provas documentais, é, absolutamente, legítimo o reconhecimento desta dificuldade econômica como causa supralegal de exclusão de culpabilidade, consubstanciada na inexigibilidade de conduta diversa, tal qual pontificado pelas jurisprudências das Cortes de Justiça brasileiras.

Malgrado, saliente-se, por imperioso que seja, que este acolhimento há de ser feito com toda a cautela possível, consoante maciçamente destacado nas decisões judiciais acima levantadas, de sorte que a excludente sob comento seja aplicada apenas, e tão-somente, àquelas situações, em realidade, reveladores de excepcionalidade, afastando-se, por via de consequência, eventuais manobras jurídicas, destituídas de razoabilidade e veracidade.

Daí porque, comunga-se do posicionamento no viés da exigência, para fins de aplicar-se a causa supralegal excludente, de que a crise financeira tenha gerado, também, impacto negativo nos patrimônios pessoais dos sócios gerentes da pessoa jurídica, porquanto não é crível que

a sociedade empresária esteja em crise financeira, enquanto os seus representantes legais estejam auferindo lucros consideráveis, evitando-se, com isso, eventuais fraudes.

Nestes precisos termos, é que, por derradeiro, novamente, são precisas as lições de Claúdio Brandão[36]: *"[...] mostra-se claro que o juízo de inexigibilidade de outra conduta deve ser feito com parcimônia, para evitar a impunidade".*

The unenforceability of another conduct and the crime against tax order: an analysis jurisprudential

Abstract

This is the intends to understand the possibility of applying the institute unenforceability of another conduct, element of the culpability, in the crimes against the tax order. Therefore, it is done a theoretical incursion of the culpability and their relative importance in the context of the theory of crime, as well as analyzes the jurisprudential understanding on the issue in the context of the Superior Courts. Analyzing, first, the culpability, from to the elements to the concept, for, after, examine the enforceability of another conduct and its required format as a cause of supra exclusive of culpability. The reserch found that it is possible to apply such exclusionary in crimes against tax order, provided it is timely, restricted to those situations revealing exceptional, cases of real and effective financial difficulties of the company, removing any maneuvers and misfortunes of some theses defensive, devoid of reasonableness and factual support

Keywords: Culpability; Unenforceability of another conduct; Crime against tax order; Financial difficulties.

36 BRANDÃO, Cláudio. **Manual de Direito Penal.** Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 232.

Referências

BOTELHO, Nadja Machado. Crimes Contra a Ordem Tributária – Da Constituição Definitiva do Crédito Tributário à Inexigibilidade de Conduta Diversa, **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal,** n. 47, 49-66, dez./jan., 2008.

BRANDÃO, Cláudio. **Manual de Direito Penal.** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. Culpabilidade: sua análise na dogmática e no Direito Penal Brasileiro. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal,** Portugal, n. 15, p. 209-225, 2005.

_____. **Introdução ao Direito Penal:** análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

_____. **Teoria Jurídica do Crime.** 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FERLA, Luis. **Feios, sujos e malvados sob medida.** A utopia médica do biodeterminismo. São Paulo (1920-1945). São Paulo: Alameda, 2009.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito:** técnica, decisão, dominação. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FERRI, Enrico. **Sociología Criminal.** [Trad. Antonio Soto y Hernández]. Madrid: Centro Editorial de Góngora, 2000. Tomo II.

FRANK. Reinhard. **Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad. Derecho Penal – parte geral.** Colección: Maestros del Derecho Penal, nº 1. Buenos Aires: IBdef, 2004.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **As razões do positivismo penal no Brasil.** São Paulo: Juarez Tavares, 2003.

_____. **Razão e sensibilidade**. São Paulo: Juarez Tavares, 2001.

FREUDENTHAL, Berthold. **Culpbilidad y Reproche en el Derecho Penal.** IBdef: Buenos Aires, 2003.

GOMES, Luiz Flávio. O direito penal e sua evolução metodológica. **Revista dos Tribunais,** São Paulo, v. 672, p. 282-291, out, 1991.

LOMBROSO, Cesar. **L'Uomo Delinquente.** Torino: Fratelli Bocca Editori, 1897.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **O espetáculo das raças.** Cientistas, instituiçaoes e questão racial no Brasil (1870-1930). São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Apelação criminal** 0000050-02.2003.4.03.6111, Relator: Desembargador federal José Lunardelli, Data de Julgamento: 07/05/2013.

Superior Tribunal de Justiça. **REsp** 888947 / PB. Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJU 07/05/2007. p. 364.

Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação criminal** Nº 2003.04.01.037340-9/PR. Relator Desembargador Federal Paulo Afonso Brum Vaz. DJU 19/05/2004

Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Criminal** 2000.04.01.114707-6. Relator Desembargador Federal Amir Sarti, DJU 15/05/2002.

Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **APN** 2003.04.01.000892-6/RS. Relator Desembargador Federal José Luiz B. Germano da Silva, DJU 02/07/03, p. 433.

Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Criminal** Nº 2003.72.06.000269-0. Relator Desembargador Federal Luiz Carlos Canalli, DJU 09/08/2007.

Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Apelação Criminal** 25764. Relatora Desembargadora Federal Cecilia Mello. DJU 03/08/2007.

WELZEL, Hans. **El Nuevo Sistema Del Derecho Penal:** una introducción a la doctrina de la acción finalista. Buenos Aires: editorial IBdef, 2002.

_____. **Derecho Penal Alemán.** Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal Alemão.** Trad. e comentários José Higino Duarte Pereira. Tomo I. Campinas: Russell, 2003.

ZAFFARONI, E. R. A ciência penal alemã e as exigências politico-criminais da américa latina. **Discurso sediciosos**, n. 17, Rio de Janeiro, p. 39 – 46, 2011.

_____; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal.** Parte Geral. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

Referência do texto

TAVARES, Gustavo Machado. MACHADO, Érica Babini L. do A. A inexigibilidade de conduta diversa e o crime contra a ordem tributária: uma análise jurisprudencial. **Revista da ESMAPE**, Recife, v. 17, n. 35, p. 139-166, jan./jun. 2012.

** Artigo recebido em: 30 abr. 2012. Aprovado em: 12 jun. 2012.*

Competência em razão da matéria nos juizados Especiais cíveis: uma revisitação necessária

Iure Pedroza Menezes
Mestrando em Ciências Jurídicas (Universidade de Lisboa). Especialista em Novos Direitos (UFSC/UESB). Professor de Direito Processual Civil da Universidade do Estado da Bahia (UNEB – Campus III). Membro do Instituto de Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Membro fundador da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo (ANNEP). Juiz de Direito (TJPE).

Resumo

Após tratar da menor complexidade como parâmetro básico no regime da competência no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais, aborda a competência, em razão da matéria, fazendo alusão tanto às causas excluídas da competência do Juizado bem como à interpretação hodierna do rol de causas sob competência do Juizado, atualizando-a com o novo regramento processual civil, especialmente o Projeto do Novo CPC, já aprovado no Senado Federal e, atualmente, em trâmite na Câmara dos Deputados. Alude às causas do rito sumário, ações possessórias e ao despejo para uso próprio em sede de Juizados Especiais Cíveis Estaduais.

Palavras-chaves: Juizados Especiais Cíveis. Competência em razão da matéria. Projeto do Novo CPC.

1 Aspectos introdutórios

Antes de adentrar no tema, valem algumas considerações sobre o instituto da competência.

Ao Estado cabe o exercício da jurisdição, que é feita através de órgãos judiciários criados para tal fim. Cada um desses órgãos exerce a

jurisdição nos limites impostos pela lei. Ao conjunto de atribuições que lhes são conferidas dá-se o nome de *competência*. Essa "divisão de trabalho" segue, de ordinário, preceitos técnicos. Com estes, evita-se distribuição arbitrária de competência.

As regras de competência encontram ancoradouro na Constituição Federal, segundo a qual "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente" (art. 5º, LIII). De outro turno, "não haverá juízo ou tribunal de exceção" (art. 5º, XXXVII). Além destas regras genéricas e principiológicas, a própria CF/88 se ocupou de estabelecer regras específicas de distribuição de competência, como não poderia deixar de ser, a exemplo das atribuições dispensadas ao STF (art. 102), ao STJ (art. 105), à Justiça Federal (arts. 108 e 109), à Justiça do Trabalho (art. 114) etc.

Como exposto no art. 22, I, da CF/88, somente a lei federal pode dispor sobre direito processual. Por via de consequência, em tese, apenas o legislador federal pode legislar sobre competência jurisdicional. Diz-se "em tese" porque o parágrafo único do art. 22 permite que lei complementar delegue certas matérias aos Estados. Referida lei complementar, contudo, não existe. Por outro lado, muito embora caiba à lei estadual reger a organização judiciária local, conforme autorizativo constitucional, a CF/88 não permite a legiferação abstrata, pelos Estados, no tocante às normas de competência.

As regras de competência devem ser expressas, positivas. Mas, há muito o STF adota a teoria da *competência implícita*[1]. É necessário observar,

1 À guisa ilustrativa, cita-se uma decisão monocrática do Min. Gilmar Mendes: "(...) há muito a jurisprudência do Supremo Tribunal admite a possibilidade de extensão ou ampliação de sua competência expressa quando esta resulta implícita no próprio sistema constitucional. (...) o sistema constitucional não repudia a ideia de competências implícitas complementares, desde que necessárias para colmatar lacunas constitucionais evidentes. Por isso, afigura-se incorreta e contrária à jurisprudência pacífica a afirmação segundo a qual a competência desta Corte há de ser interpretada de forma restritiva" (STF – Pet nº 3433/DF – j. 29.06.05). No julgamento acima mencionado, o Ministro elaborou um rol exemplificativo de questões consideradas pelo STF como sendo de sua competência, a saber: a) mandado de segurança contra ato de CPI; b) *habeas corpus* contra a INTERPOL, em face do recebimento de mandado de prisão expedido por magistrado estrangeiro, tendo em vista a competência do STF para processar e julgar, originariamente, a extradição (art. 102, I, g, CF); c) mandado de segurança contra atos que tenham relação com o pedido de extradição (art. 102, I, g, CF); d) mandado de segurança contra atos individuais praticados por parlamentar que profere decisão em nome da Mesa da Câmara dos Deputados, por conta da competência do STF para julgar o *mandamus* contra ato da própria Mesa (art. 102, I, d, 2ª parte).

entretanto, que a chamada competência implícita é uma exceção, não podendo ser invocada senão em situações de omissão legal que tenha o condão de conduzir a aferição do juízo competente, no caso concreto, a uma situação absurda e não condizente com a sistemática constitucional.

Além das regras constitucionais, o ordenamento infraconstitucional (federal) estabelece regras distributivas de competência. Por conseguinte, surgem vários critérios de fixação de competência que, nem sempre, obedecem a uma lógica de razão pura. Não raro, sopesam-se aspectos de ordem política ou de conveniência social.

O sistema processual pátrio adotou a classificação do jurista italiano Giuseppe Chiovenda, cuja visitação se impõe para uma melhor compreensão da competência no âmbito dos Juizados Especiais. A classificação adotada por Chiovenda contempla três searas básicas de determinação de competência: a) objetiva; b) territorial; c) funcional[2].

A *objetiva*, como o próprio nome sugere, leva em conta o objeto da ação, isto é, o bem da vida posto em juízo. Nestes termos, importa saber a natureza da relação jurídica em que se encontra engajado o bem jurídico, resultando daí a chamada competência *ratione materiae*. Além disso, leva em consideração o valor econômico atribuído àquele bem, redundado na conhecida competência em razão do *valor da causa*. Por derradeiro, importa conhecer as partes envolvidas na relação de direito material, resultando a competência *ratione personae*[3].

2 Giuseppe Chiovenda, **Instituições de direito processual civil**, vol. II, p. 183 e ss.

3 O jurista italiano, em sua originária lição, não mencionava a competência em razão da pessoa. Mas, dentro da temática do direito brasileiro e, notadamente, do relevo que se dá a certas funções públicas, não se pode deixar de conceber dito critério de fixação de competência. Uma vez que, inelutavelmente, relaciona-se com o objeto da ação, há de pertencer – na classificação *chiovendiana* – à competência de classificação objetiva.

A competência *territorial* refere-se ao critério espacial-geográfico, vinculando-o a algum elemento que tenha relação com a parte, com o objeto ou com a causa de pedir. Assim, poderá ser: o domicílio, o lugar do fato, o lugar de assunção da obrigação, a situação do imóvel etc.

Tem-se, por fim, a competência *funcional*, estabelecida com base nas atribuições inerentes a cada órgão judiciário.

O presente trabalho se propõe a uma análise, no contexto jurídico atual, da competência em razão da matéria no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis (JEC).

Para tanto, vale lembrar que a chamada competência *ratione materiae* é **rígida**. Vale dizer: ao contrário da competência territorial (por exemplo), que permite a escolha de foro outro que não aquele originariamente estabelecido por lei (flexibilidade), a competência em razão da matéria não contempla tal possibilidade. Trata-se de regramento de ordem pública. É nesta linha que estabelece o art. 111 do CPC/73:

> A competência em razão da matéria e da hierarquia é inderrogável por convenção das partes; mas estas podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde serão propostas as ações oriundas de direitos e obrigações[4].

Com efeito, dentro do modelo constitucional brasileiro, seria inconcebível o julgamento de uma reclamação trabalhista por um juiz eleitoral.

Já que a competência material é rígida (daí ser classificada como "competência absoluta"), poderá (entenda-se: **deverá**) o juiz dizer-se

4 A mesma regra, com melhoramento de redação, está estabelecida no art. 63 do Projeto do Novo CPC, já aprovado no Senado e atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados.

incompetente, independentemente de arguição da parte contrária[5]. Se a competência absoluta pode ser objeto de apreciação *ex officio* – podendo, ainda, ser arguida em qualquer fase ou grau de jurisdição –, é sensato dizer que o juiz, absolutamente, incompetente não passará a sê-lo pela mera ausência de arguição da parte. Portanto, não se pode falar em prorrogação de competência, fenômeno comum na competência territorial (CPC, art. 114).

2 A competência dos JEC: a "menor complexidade" como regra base

Feita as digressões acima, numa perspectiva perfunctória, passa-se a analisar o instituto da competência no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis.

A LJE (Lei nº 9.099/95) possui algumas regras específicas acerca da competência. Não são numerosas, estando basicamente previstas nos arts. 3º e 4º. Mas, têm importantes repercussões, notadamente pelas inúmeras divergências doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema.

A LJE arrolou as causas possíveis de trâmite no Juizado (art. 3º, incisos I a IV). Mas antes de tecer considerações sobre cada uma delas, é necessário partir de uma regra principiológica: a *menor complexidade*.

A menor complexidade foi mencionada pela Constituição Federal (art. 98, I). A CF/88, no entanto, não disse o que seria "menor complexidade". A LJE parece tê-lo feito, ao enunciar em seu art. 3º:

5 Determina o CPC/73: "Art. 113. A incompetência absoluta deve ser declarada de ofício e pode ser alegada, em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de exceção". No mesmo sentido, diz o Projeto do Novo CPC: "A incompetência absoluta pode ser alegada em qualquer tempo e grau de jurisdição e deve ser declarada de ofício" (art. 64, § 1º). Porém, o CPC/73 determina a nulidade dos atos decisórios quando verificado o desrespeito a uma regra de competência absoluta (art. 113, § 2º), ao passo que o Projeto do NCPC determina: "Salvo decisão judicial em sentido contrário, conservar-se-ão os efeitos das decisões proferidas pelo juízo incompetente, até que outra seja proferida, se for o caso, pelo juízo competente" (art. 64, § 3º).

> O Juizado Especial Cível tem competência para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade, assim consideradas:
>
> I – as causas cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo;
>
> II – as enumeradas no art. 275, inciso II, do Código de Processo Civil;
>
> III – a ação de despejo para uso próprio;
>
> IV – as ações possessórias sobre bens imóveis de valor não excedente ao fixado no inciso I deste artigo.

Mas, não se mostra razoável dizer que uma causa é complexa pela sua natureza, pelo menos não como optado pela LJE. Basta dizer que, em verdade, uma ação de despejo por falta de pagamento é, rotineiramente, mais simples que uma ação de despejo para uso próprio. De outro lado, não se pode pretender que uma causa com alçada não superior a 40 salários mínimos seja mais simples que uma de valor superior, pois a complexidade se revelará nas circunstâncias fáticas e jurídicas sobre as quais se apoia a demanda.

Houve inegável erro metodológico do legislador ao dizer, supostamente, quais seriam as causas de menor complexidade, apenas pelo seu valor e matéria. A complexidade reclama, no mais das vezes, exame do caso concreto.

Com isso não se pretende afirmar que o rol do art. 3º deva ser descartado. Ele é de fundamental importância, já que define a competência do JEC. Quer-se afirmar, apenas, que aquelas causas, por si sós (valor e materialidade) não revelam qualquer traço esclarecedor de "menor complexidade". Dito conceito, subjetivo por natureza, há de ser investigado conforme a razão, a lógica, a experiência, a proporcionalidade. A respeito, diz J. E. Carreira Alvim:

> A expressão 'menor complexidade', além de ser um conceito fluido é, igualmente, *indeterminado*, pois os seus limites dependem da ótica subjetiva do julgador, o que faz com que, na prática, o que um juiz considera *pouco* complexo, outro considere *muito* complexo, e um preserve, e o outro não, a sua competência[6].

A doutrina tende a caracterizar a complexidade a partir das dificuldades probatórias. Já escreveu Eduardo Sodré: "O conceito de complexidade da querela pressupõe análise da dificuldade de dilação probatória e não das discussões jurídicas surgidas no seio da relação processual até porque *iura novit curia*"[7].

No mesmo sentido a lição de Fernando Baeta Vicente e Luís Fernando Nigro Corrêa: "A expressão 'menor complexidade' está relacionada ao objeto da prova a ser produzida e não ao direito invocado pelas partes"[8]. Aliás, essa foi a conclusão a que chegou o FONAJE, através do Enunciado nº 54: "A menor complexidade da causa para a fixação da competência é aferida pelo objeto da prova e não em face do direito material"[9].

É com base nesta concepção de menor complexidade que se conclui, com certa tranquilidade na doutrina e jurisprudência, que não é possível a prova pericial nos JEC. Esta, uma vez requerida, se entendida pelo magistrado, para seu convencimento, como necessária, resultará na resolução do processo sem exame de mérito, por incompetência jurisdicional. Assim, de logo se afasta, por exemplo, o incidente de falsidade de documento.

Além da complexidade probatória, há de se falar na complexidade ritualística, também impeditiva de ser utilizada no JEC. A LJE estabeleceu um único procedimento (o sumariíssimo) para toda e qualquer cau-

6 J. E. Carreira Alvim, **Juizados especiais cíveis estaduais**, p. 27.

7 Eduardo Sodré, **Juizados especiais cíveis** – processo de conhecimento, p. 8.

8 Fernando Baeta Vicente e Luís Fernando Nigro Corrêa, **Lei dos Juizados especiais cíveis estaduais comentada**, p. 15.

9 O próprio FONAJE também entende que não há complexidade na indenização por danos morais (Enunciado nº 69) e na discussão de juros (Enunciado nº 70).

sa cognitiva. Desse modo, não aceita ações de rito especial (Enunciado nº 08 do FONAJE), nem incidentes que tumultuem a simplicidade da marcha procedimental.

Aplica-se o entendimento aqui esboçado também às causas em que haja litisconsórcio multitudinário ou qualquer outra que possa comprometer o informalismo e a celeridade própria dos Juizados, a exemplo de causa proposta contra quem domiciliado no estrangeiro, face à natural complexidade da tramitação da carta rogatória.

3 Causas excluídas da competência dos JEC

Já foi visto que há duas meta regras em matéria de competência na LJE: a) menor complexidade; b) limitação à alçada. Porém, não é qualquer causa que seja "simples" (a) e com repercussão patrimonial não-superior a 40 salários mínimos (b) que poderá ser processada no JEC, porquanto há outras regras limitativas da sua atividade jurisdicional. A Constituição Federal não se ocupou com tal disciplina. Coube à própria LJE determinar as causas que estariam excluídas do rito sumariíssimo. Fê-lo no art. 3º, § 2º.

Ratione materiae, afastou as causas seguintes: alimentícias, falimentares, fiscais, fundadas em acidente de trabalho, referentes a resíduos, ao estado e à capacidade das pessoas. *Ratione personae*, afastou as causas de interesse da Fazenda Pública. Não apenas nas ações em que o Poder Público seja parte, mas também naquelas em que poderia intervir como terceiro interessado, na forma da legislação processual.

Ocupar-se-á o autor das exclusões em razão da matéria, porquanto afeta ao tema aqui abordado.

Por causas alimentícias, compreendam-se todas aquelas referentes ao direito de alimentos (ação de alimentos, execução de alimentos, revisão de alimentos e exoneração de alimentos).

A rigor, não haveria incompatibilidade ontológica de ações alimentícias para o rito sumariíssimo. Trata-se de limitação decorrente de política jurisdicional. Em verdade, a lei dá especial relevo às demandas alimentícias, normalmente engajadas no direito de família. Por isso, foram excluídas da competência do JEC. Fê-lo bem o legislador. As ações de alimentos acabam revelando outros conflitos de ordem familiar e, não raro, nas demandas alimentícias, logram-se acordos de matérias inicialmente não postas em juízo, como guarda, visitação etc.

Não se pode, contudo, limitar a interpretação das "ações alimentícias" ao direito de família, já que o sistema pátrio congloba ações dessa natureza decorrentes de atos ilícitos.

Quanto às ações falimentares, não se pode restringir apenas à ação de falência (hoje, recuperação de empresas); deve-se ampliar a sua interpretação às ações de insolvência civil, que servem como a "falência" da pessoa física.

Essa exclusão não decorre de mera política jurisdicional, mas de pura lógica. Ações falimentares (*lato sensu*) tendem, normalmente, a uma enorme complexidade. A produção documental é imensa. Inúmeras pessoas podem se habilitar no feito. Além disso, o juízo falimentar serve de *vis atrativa* (universalidade). É causa complexa por natureza, portanto.

Reporta-se a LJE, ainda, às ações de natureza fiscal. Cabe, de logo, uma observação: quando a lei fala em "ação fiscal", reporta-se, em verdade, às demandas de natureza tributária. Há um corriqueiro equívoco em denominar-se de "fiscal" aquilo que é apenas "tributário". Já escreveu o autor sobre esse tema:

> (...) Esse equívoco encontra razões históricas, uma vez que o termo 'fiscal' advém de *fiscus*, que era o objeto com o qual os funcionários do rei recolhiam os impostos exigidos dos servos. Por isso, quando se fala em fisco, tem-se a ideia de ente ou atividade vinculado à administração tributária.
>
> Com efeito, toda a atuação da Administração Pública voltada ao cumprimento da lei, da manutenção da ordem pública, da imposição de sanções, relativamente às regras sanitárias, higiênicas, tributárias etc., compõe a atividade fiscal do Estado, isto é, fiscalização das condutas dos administrados.
>
> Assim, quando a Administração aplica multa a uma pessoa por descumprimento das normas de proteção ao meio ambiente, ou quando exige que uma distribuidora de medicamentos acondicione os seus produtos conforme regras climáticas e sanitárias, está agindo em atividade fiscalizatória[10].

Portanto, a "atividade fiscal" é muito mais ampla que a "atividade tributária". Não obstante, corriqueiramente, fala-se em "fiscal" quando se quer referir a "tributário".

A exclusão das demandas tributárias na LJE abrangeria todas aquelas referentes a tributos no seu conceito amplo: classificação quinária. Portanto, abarcaria toda e qualquer ação (anulatória, repetição de indébito, execução etc) referente a impostos, taxas, contribuições de melhoria, contribuições sociais e empréstimos compulsórios.

Vale registrar que a Lei nº 12.153/09 instituiu os Juizados Especiais da Fazenda Pública. Destarte, é possível que a Fazenda Pública seja parte, assim como será possível a propositura de "ações fiscais", desde que perante Juizado da Fazenda Pública. Enfatiza-se que onde não houver Juizado da Fazenda Pública, não poderá o Juizado Especial Cível prestar-se a tal desiderato[11].

10 Iure Pedroza Menezes, **Depósito recursal** – a garantia de instância no processo administrativo tributário, p. 41.

11 Importa mencionar que Alexandre Freitas Câmara, **Juizados especiais cíveis estaduais e federais** – uma abordagem crítica, p. 30 (edição de 2008), antes mesmo da Lei nº 12.153/09, já defendia que com o advento da Lei nº 10.259/01 (que instituiu os Juizados Federais), revogou-se a proibição de litigância contra a Fazenda Pública no âmbito dos Juizados Estaduais. Com efeito, não haveria sentido proibirem-se demandas contra a Fazenda Estadual/Municipal no Juizado Estadual, quando poderia haver demandas contra a Fazenda Nacional no Juizado Federal. Entende-se assim também, desde a criação dos JEF. Contudo, com o advento da 12.153/09, já que a opção do legislador foi a criação de um Juizado Especial da Fazenda Pública, entende-se que o JEC (por ser apenas "cível") não pode abarcar causas contra a Fazenda Pública, mormente porque pode o Estado criar Juizados de Fazenda Pública. Não obstante, não se vislumbra impeditivo à concessão, de competência "fazendária" a um Juizado Cível, reclamando-se apenas norma jurídica local para tal regulamentação.

Quanto às ações fundadas em acidentes de trabalho, cumpre esclarecer que podem ser de duas naturezas: a) ação patrocinada pelo empregado, ex-empregado ou familiar legitimado, conforme o caso, contra o empregador, a exemplo de uma ação de indenização por danos estéticos decorrentes da atividade laboral desempenhada; b) ação patrocinada pelo segurado contra o Instituto de Seguridade Social, na qual se pleiteia algum benefício previdenciário.

A primeira é de competência da Justiça do Trabalho, conforme restou pacificado, após a EC nº 45/04, no julgamento do Conflito de Competência nº 7.204, no STF, em junho/05.

A segunda é de competência da Justiça Estadual. Porém, como o réu será o INSS (autarquia federal), não se tem como vislumbrar a competência do Juizado Especial Cível.

As ações referentes ao estado de pessoas são aquelas que se atêm ao estado político (nacionalidade), ao estado civil (separação, divórcio, dissolução de união estável), ao *status personae* (declaração de ausência, registro de nascimentos, óbitos, adoção, tutela etc). As ações referentes à capacidade versam sobre esta, a exemplo da ação de interdição. Vê-se, portanto, que as causas concernentes ao direito de família ficam todas afastadas. São ações que envolvem ordem pública, menores, por vezes, reclamando prova pericial etc. Seria de todo inconveniente o processamento no âmbito dos JEC.

Não obstante, há proposta legislativa para criação de Juizado Especial da família (PL nº 230/2010), de autoria do Senador Acir Gurgacz (PDT-RO), que teria competência para ações de alimentos, divórcio, investigação de paternidade, guarda, visitação etc. De qualquer forma,

o que já afirmado no tocante às ações contra a Fazenda Pública aqui se repete. Demandas daquela natureza dependerão de Juizado específico criado e em efetivo funcionamento, não podendo o Juizado Especial Cível abarcar esta competência material[12].

4 Competência em razão do valor da causa: a alçada do JEC e sua influência nas regras de competência

Não se pretende abordar a competência em razão do valor da causa. É assunto que foge ao tema abordado nesse sucinto trabalho. Contudo, necessário tecer algumas breves considerações sobre o valor da causa, já que exerce influências significativas sobre todo o regramento de competência no âmbito do JEC, inclusive sobre a própria competência em razão da matéria.

A competência em razão do valor da causa sempre foi objeto de acalorados debates doutrinários, tendo em vista um erro metodológico do legislador. Veja-se o que diz o art. 3º da LJE:

> O Juizado Especial Cível tem competência para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade, assim consideradas:
>
> I – as causas cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo;
>
> II – as enumeradas no art. 275, inciso II, do Código de Processo Civil;
>
> III – a ação de despejo para uso próprio;
>
> IV – as ações possessórias sobre bens imóveis de valor não excedente ao fixado no inciso I deste artigo.

12 O Projeto chega a propor alteração do § 2º do art. 3º da LJE, que passaria à seguinte redação: "Ficam excluídas da competência do Juizado Especial as causas de natureza falimentar, fiscal e de interesse da Fazenda Pública, e também as relativas a acidentes de trabalho, a resíduos e à capacidade das pessoas, ainda que de cunho patrimonial". Parece, contudo, desnecessária a alteração, pois como afirmado, a criação de Juizados Especiais de Família não dará, ao Juizado Especial Cível (alvo da Lei nº 9.099/95) referida competência, que ficará adstrita aos Juizados da Família.

Uma leitura desavisada pode induzir o leitor a interpretar o texto no sentido de que há quatro gêneros possíveis de causas, independentes entre si. Esse equívoco normalmente conduz alguns doutrinadores ao entendimento de que somente as causas em geral (inciso I) estariam submetidas à alçada de 40 salários mínimos (além do inciso IV, que faz expressa limitação); em outros termos: as demais (incisos II e III) poderiam transcorrer no JEC, independentemente, do valor. Esse é o entendimento, por exemplo, de Hélio Martins Costa:

> É compreensível que o legislador quis contemplar todas as ações previstas no art. 275, II, do CPC, sem a limitação constante no art. 3º, I, da LJE. Note-se que, ao elencar as ações possessórias, como a da competência dos Juizados Especiais no item IV do mesmo artigo, estabeleceu, textualmente, o limite do valor de alçada para admissibilidade das referidas ações perante os Juizados Especiais (...)[13].

O referido autor apresenta entendimento de que, do ponto de vista literal do texto normativo, estaria correto. Com efeito, o art. 3º, no inciso I, menciona causas (em geral) com limite de alçada (40 salários mínimos). No inciso IV fala em ações possessórias cujo valor do imóvel não ultrapasse 40 salários mínimos. No inciso II, remete-se ao art. 275, II, do CPC, do qual se poderiam extrair dois aspectos: a) o inciso II, ao contrário do I e do IV, não fez menção à alçada; b) o próprio inciso II do art. 275 do CPC usa a expressão "qualquer que seja o valor". De fato, a interpretação literal não poderia ser outra senão a apresentada pelo referido autor, ao lado de tantos outros[14]. Essa, inclusive, é a orientação do FONAJE[15].

13 Hélio Martins Costa, **Lei dos juizados especiais cíveis**, p. 13.

14 Fernanda Baeta Vicente e Luís Fernando Nigro Corrêa, **Lei dos juizados especiais cíveis**, p. 17; J. E. Carreira Alvim, **Juizados especiais cíveis estaduais**, p. 30; Eduardo Sodré, **Juizados especiais cíveis**, p. 11-13. Defendendo tese contrária: Joel Dias Figueira Júnior, **Manual dos juizados especiais cíveis estaduais e federais**, p. 55-56.

15 Enunciado 58: "As causas cíveis enumeradas no art. 275 II, do CPC admitem condenação superior a 40 salários mínimos e sua respectiva execução, no próprio Juizado".

Porém, a interpretação sistemática conduz ao entendimento diametralmente oposto. A CF/88, fazendo uso da antiga concepção dos Juizados, no art. 24, X, referiu-se a "juizados de pequenas causas". É certo que os Juizados de Pequenas Causas, instituídos em 1984, cederam lugar aos Juizados Especiais Cíveis. Mas, estes (inclusive com âncora na CF/88) não deixam de ser de "pequenas causas"[16].

Pensar o contrário poderia conduzir o intérprete à inconveniente situação na qual uma causa fundada em acidente de trânsito (que consta no rol do art. 275, II, do CPC) poderia ser processada no JEC, qualquer que fosse o seu valor. Vale, para tanto, notar que – fazendo uso de nova interpretação sistemática – não se permite no JEC uma série de medidas como intervenção de terceiros, recorribilidade das interlocutórias, declaração incidente, ação rescisória etc, o que, se não for perigoso em causas de pequeno valor (assim entendidas as que não ultrapassem 40 salários mínimos), poderá denotar grave preocupação em causas que podem ser milionárias!

Além do mais, ofende a isonomia de acesso à justiça. À guisa de exemplo, uma cobrança de seguro automobilístico decorrente de danos ocasionados por acidente de veículo (art. 275, II, "e") poderia ser cobrado no JEC (qualquer que fosse o valor), ao passo que uma cobrança de seguro de vida, decorrente do efeito morte não ocorrido em acidente de trânsito, só poderia ser cobrado no JEC com sujeição à alçada dos 40 salários mínimos, o que é de todo incongruente.

16 Recomenda-se a leitura de Alexandre Freitas Câmara, **Juizados especiais cíveis estaduais e federais** – uma abordagem crítica, p. 27 e seguintes, que aborda o tema com a sua habitual maestria. No entanto, o referido doutrinador traz uma interpretação diferenciada da aqui exposta, mantendo a distinção entre "pequena causa" e "causa de menor complexidade", acreditando que Juizado Especial Cível não pode ser confundido com "Juizado de Pequenas Causas", muito embora no JEC haja "pequenas causas", por uma opção do legislador. Inobstante tratando o tema diferentemente do exposto nesta obra, recomenda-se aquela leitura, como meio de importante reflexão sobre o assunto.

De mais a mais, o art. 275 do CPC não contém regra de competência, mas mera regra de rito. Já o art. 3º da LJE, mesmo fazendo menção ao art. 275 do CPC, traduz regra de competência jurisdicional.

Então, a alçada não revela uma das hipóteses de utilização da via dos JEC. A regra (art. 3º, I), em verdade, é abrangente para os demais incisos (II a IV), que ficam àquele vinculados. Mesmo porque, é a LJE que determina no próprio art. 3º, § 3º: "A opção pelo procedimento previsto nesta Lei importará em renúncia ao crédito excedente ao limite estabelecido neste artigo, excetuada a hipótese de conciliação". Ainda, determina no art. 39 que "é ineficaz a sentença condenatória na parte que exceder a alçada estabelecida".

Vale-se o autor de outro argumento. As causas do rito sumário, previstas no art. 275, II, do CPC/73, não se vinculam à alçada porque nada impede, em necessário sendo no caso concreto, a conversão do rito para o ordinário (art. 277, § 4º), no qual os direitos processuais são bem mais amplos. Ao contrário, no rito sumariíssimo do JEC, não se pode "converter o rito" de modo a amenizar as limitações processuais impostas pela LJE[17].

Sendo assim, em linhas gerais, há três gêneros de causas possíveis no JEC, todas elas limitadas à alçada de 40 salários mínimos: a) causas em geral, sem ritualística especial no processo comum; b) causas específicas arroladas no inciso II do art. 275 do CPC; c) causas de rito especial, que por disposição expressa de lei podem ser aforadas no JEC: despejo para uso próprio e ação possessória[18].

Há, no entanto, circunstâncias em que o JEC deverá abarcar causas superiores aos 40 salários mínimos.

17 Joel Dias Figueira Jr., **Manual dos juizados especiais cíveis estaduais e federais**, p. 55-56, também entende que as causas do rito sumário, no âmbito do JEC, estão limitadas à alçada de 40 salários mínimos. No entanto, faz uso de outros argumentos. Remete-se o leitor àquela obra, de leitura obrigatória.

18 A bem da verdade, há outras ações de rito especial que podem ser aforadas no JEC, a exemplo do mandado de segurança como sucedâneo de recurso contra interlocutórias, excepcionalmente, bem como embargos de terceiro, tudo em decorrência da competência funcional.

Isso porque nada impede que, na hipótese de conciliação, no exercício da autonomia da vontade, as partes se acertem, estabelecendo valores a serem pagos em quantia superior à alçada. Mesmo porque, não há óbice, em sede de conciliação, à conciliação das partes sobre objetos outros que não o da causa[19]. À guisa ilustrativa, se o autor pleiteia pagamento de um título, nada impede que o réu aceite, via conciliação, pagar outros inadimplidos, evitando, assim, futuras demandas. A matéria está prevista no art. 3º, § 3º[20].

Ora, já que a LJE permite a conciliação em valor superior (bem como a propositura de pleito meramente homologatório de acordo extrajudicial na forma do art. 57[21]), por conta da competência funcional, a execução (cujo *quantum debeatur* ultrapassará a alçada) haverá de ser proposta no próprio Juizado.

Outra observação necessária refere-se às *astreintes*. Por se tratar de multa cominatória, de cunho eminentemente processual, não deve ser levada em consideração para aferição do valor, sob pena de permitir-se a sustação da coerção psicológica própria da atividade jurisdicional voltada às obrigações de dar, fazer e não fazer.

O mesmo pensamento, em vias de execução, há de ser preservado no tocante às sanções decorrentes de má-fé, que autorizam a ultrapassagem do valor da alçada[22].

19 O art. 475-N do CPC/73 diz: "São títulos executivos judiciais: (...) III – a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que inclua matéria não posta em juízo". No mesmo sentido, o art. 502 no NCPC: "Além da sentença condenatória, serão também objeto de cumprimento, de acordo com os artigos previstos neste Título: (...) II – a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que inclua matéria não posta em juízo".

20 "A opção pelo procedimento previsto nesta Lei importará em renúncia ao crédito excedente ao limite estabelecido neste artigo, excetuada a hipótese de conciliação".

21 "O acordo extrajudicial, de qualquer natureza ou valor, poderá ser homologado, no juízo competente, independentemente de termo, valendo a sentença como título executivo judicial".

22 Imagine-se uma demanda indenizatória no exato valor de 40 salários mínimos, integralmente acolhida judicialmente. Imagine-se, ainda, que o réu incorreu em litigância de má-fé, ensejando a aplicação de multa de 1% e indenização (processual) de 20%, na forma do art. 17 e 18 do CPC/73. Se não fosse possível a parte executar a sentença integralmente (cujo valor já superará os 40 salários mínimos), estar-se-ia desprezando a sanção imposta pelo juiz pela má atuação de uma das partes, o que seria inconcebível.

Portanto, não será estranho se a execução de título judicial produzido na cognição do próprio JEC ostentar valor superior à alçada, seja pela possibilidade de homologação de conciliação/transação de maior valor, seja pela inclusão de *astreintes*, seja pela adição de encargos decorrentes da litigância de má-fé.

Ainda sobre a competência em razão do valor da causa, cumpre lembrar que, em tese, é relativa. É o que consta no CPC/73 (arts. 87, 102 e 111) e no Projeto do Novo CPC (art. 63).

Em princípio, as demandas, em geral, com a limitação de alçada, podem ser propostas no Juizado Cível. Excepcionam-se, evidentemente, as causas complexas e aquelas que foram expressamente excluídas da competência do JEC. Na hipótese de cumulação de pedidos, o limite de 40 salários mínimos deve ser bastante para arcar com a soma da repercussão patrimonial de todos os pedidos cumulados (LJE, art. 15).

O valor da causa veio expressado pela LJE em "salários mínimos". Teria, então, incorrido em inconstitucionalidade, frente ao que determina o art. 7º, IV, da Constituição Federal, que veda a "sua vinculação para qualquer fim"?

Parece que não. A CF/88 não proíbe seja o salário mínimo utilizado como índice, tanto que em várias passagens o próprio Texto Constitucional faz uso do salário mínimo como tal[23]. Em verdade, a Constituição

23 Art. 239, § 3º: "Aos empregados que percebam de empregadores que contribuem para o Programa de Integração Social ou para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público, até dois salários mínimos de remuneração mensal, é assegurado o pagamento de um salário mínimo anual, computado neste valor o rendimento das contas individuais, no caso daqueles que já participavam dos referidos programas, até a data da promulgação desta Constituição".
ADCT, art. 54: "Os seringueiros recrutados nos termos do Decreto-Lei nº 5.813, de 14 de setembro de 1943, e amparados pelo Decreto-Lei nº 9.882, de 16 de setembro de 1946, receberão, quando carentes, pensão mensal vitalícia no valor de dois salários mínimos".
ADCT, art. 58: "Os benefícios de prestação continuada, mantidos pela previdência social na data da promulgação da Constituição, terão seus valores revistos, a fim de que seja restabelecido o poder aquisitivo, expresso em número de salários mínimos, que tinham na data de sua concessão, obedecendo-se a esse critério de atualização até a implantação do plano de custeio e benefícios referidos no artigo seguinte".
ADCT, art. 97, § 12: "Se a lei a que se refere o § 4º do art. 100 não estiver publicada em até 180 (cento e

quer proibir a vinculação do salário mínimo *in concreto*, recebido pelo trabalhador. Não obstante o tema não seja bem esclarecido na jurisprudência, há julgados do STF que, com certo esforço interpretativo, dão norte ao referido entendimento[24].

Resta colacionar que o valor da alçada – que tem influência direta em regra de competência – deve ser aferido no momento da propositura da demanda[25], tendo em vista o princípio da *perpetuatio jurisdicionis*[26]. Contudo, não se vislumbra óbice à formulação de pedido em quantias de salário mínimo, sendo desnecessária a menção a um valor fixo. Com isso, a parte autora não sofrerá com a atualização monetária do salário mínimo frente ao *tempo do processo*.

Não fosse assim, poderia o autor desistir da ação, repetindo a mesma, para tirar proveito do *novo* salário mínimo. Veja-se, inclusive, que a LJE foi taxativa em estabelecer a alçada em "salários mínimos" e não um valor fixo equivalente a ele.

oitenta) dias, contados da data de publicação desta Emenda Constitucional, será considerado, para os fins referidos, em relação a Estados, Distrito Federal e Municípios devedores, omissos na regulamentação, o valor de: I – 40 (quarenta) salários mínimos para Estados e para o Distrito Federal; II – 30 (trinta) salários mínimos para Municípios".

24 "A vedação da vinculação do salário-mínimo, constante do inc. IV do art. 7º da Carta Federal, visa a impedir a utilização do referido parâmetro como fator de indexação para obrigações sem conteúdo salarial ou alimentar. Entretanto, não pode abranger as hipóteses em que o objeto da prestação expressa em salários-mínimos tem a finalidade de atender as mesmas garantias que a parte inicial do inciso concede ao trabalhador e a sua família, presumivelmente capazes de suprir as necessidades vitais básicas" (STF – 1ª Turma – RE nº 170203/GO – Rel. Min. Ilmar Galvão – j. 30.11.1993). "É inaplicável a proibição da vinculação ao salário mínimo, prevista na parte final do art. 7º, inc. IV, da Constituição Federal, como base de cálculo e atualização de pensão em ação de indenização por ato ilícito" (STF – 1ª Turma – RE nº 140940/SP – Rel. Min. Ilmar Galvão – j. 07.03.1995).

25 Nesse sentido: Eduardo Sodré, **Juizados especiais cíveis** – processo de conhecimento, p. 9.

26 CPC/73, art. 87: "Determina-se a competência no momento em que a ação é proposta. São irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia". O Novo CPC corrige algumas impropriedades terminológicas, determinando no art. 43: "Determina-se a competência no momento em que a ação é proposta, sendo irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência absoluta".

5 Competência material

5.1 Causas do rito sumário do CPC e a sua mutabilidade

A LJE se reporta ao art. 275, II, do CPC/73. Atualmente, o art. 275, II, arrola as seguintes espécies de causas:

a) de arrendamento rural e de parceria agrícola;

b) de cobrança ao condômino de quaisquer quantias devidas ao condomínio;

c) de ressarcimento por danos em prédio urbano ou rústico;

d) de ressarcimento por danos causados em acidente de veículo de via terrestre;

e) de cobrança de seguro, relativamente aos danos causados em acidente de veículo, ressalvados os casos de processo de execução;

f) de cobrança de honorários dos profissionais liberais, ressalvado o disposto em legislação especial;

g) que versem sobre revogação de doação;

h) nos demais casos previstos em lei.

Como outrora afirmado, as causas acima referidas não podem ostentar repercussão patrimonial superior aos 40 salários mínimos. Por exemplo, não poderá ser objeto de ação, no JEC, tendente à revogação de doação (item "g") de imóvel cujo valor supere aquele limite financeiro.

Uma outra preocupação refere-se ao caráter metodológico na hermenêutica do dispositivo. Pretendeu ele (*1ª hipótese*) reportar-se a um rol (art. 275, II, do CPC/73), tal qual existente à época da elaboração da LJE? Ou seria melhor entender (*2ª hipótese*) que a intenção do legislador foi trazer para a competência do Juizado as causas adotadas, no âmbito da "justiça comum", como sendo de possível rito sumário, de modo a tornar "flutuante", "móvel"?

Um exemplo ilustrará melhor o questionamento: quando da publicação da LJE, uma espécie prevista do art. 275, II, do CPC/73 era a "revogação de doação, fundada na ingratidão do donatário" (item "n"). Portanto, desde que fundado em ingratidão, o interessado poderia demandar a revogação da doação.

Em 2009, através da Lei nº 12.122, o art. 275, II, sofreu alteração, passando a constar, apenas "revogação de doação" (texto migrado para o item "g"). Portanto, para fins de rito sumário, a revogação de doação não mais necessitaria se fundar em ingratidão do donatário.

A *1ª hipótese* antes ventilada conduziria o intérprete à conclusão de que no JEC só seria possível revogação de doação por ingratidão (regra vigente ao tempo da edição da LJE). Já a *2ª hipótese* permitiria a "competência flutuante", vale dizer: a referência feita do art. 3º, II, da LJE, deve acompanhar o ritmo de eventuais alterações, no âmbito do CPC, no que tange às demandas que podem correr sob rito sumário.

A indagação denota importância que não é apenas acadêmica. É prática. Após a edição da LJE, o art. 275, II, do CPC/73 já foi alvo de várias alterações, em especial pelas Leis nº 9.245/95 e 10.122/09, que redundaram em modificação de texto.

Parece que a temática da LJE é reportar-se às causas do rito sumário em vigor ao tempo da propositura da ação. Não haveria sentido a LJE conceder

ao JEC competência para as causas arroladas no rito sumário do CPC, se não fosse para acompanhar a sua evolução legislativa e as suas adequações aos novos anseios sociais, sob pena de aplicar dispositivo revogado.

Vale ressaltar, contudo, que o Novo CPC extingue o rito sumário. Destarte, o art. 3º, II, da LJE perderá o seu objeto. No entanto, eventuais causas do rito sumário do CPC/73 aforadas no JEC deverão ser respeitadas. Inteligentemente, o Novo CPC resolve uma questão de direito intertemporal, ao enunciar do art. 1000, § 1º:

> As regras do Código de Processo Civil revogado relativas ao procedimento sumário e aos procedimentos especiais não mantidos por este Código serão aplicadas aos processos ajuizados até o início da vigência deste Código, desde que não tenham, ainda, sido sentenciados.

A extinção do rito sumário não terá aptidão de causar maiores problemas, pois aquelas causas concebidas pelo CPC/73 como sendo de possível rito sumário poderão, ainda, ser aforadas (em princípio) no JEC, pois, antes de tudo, enquadram-se no art. 3º, I, da LJE.

5.2 Despejo para uso próprio

O despejo é uma ação disponibilizada ao locador para que possa reaver o imóvel locado. O despejo pode ter diversos fundamentos: inadimplemento no tocante nos aluguéis, infração aos termos do contrato, necessidade de retomada do imóvel para uso próprio etc.

A ação de despejo, não obstante, sujeita a rito ordinário (Lei nº 8.245/91, art. 59 – conhecida por Lei do Inquilinato) tem uma série de peculiaridades, o que a torna, em verdade, uma ação com ritualística

própria. Em especial, revela-se como ação executiva *lato sensu*, de modo que o cumprimento da sentença acolhedora do despejo se perfaz com um ato único: o desapossamento, não seguindo os trâmites da execução de sentença (cumprimento de sentença).

Ações de despejo em geral não cabem no JEC (Enunciado nº 08 do FONAJE). Exceção se faz ao despejo para uso próprio, por expressa previsão legal.

Uma vez que o imóvel objeto da locação pode atender a fins residenciais ou não residenciais, frente à omissão da LJE (que apenas faz menção a despejo para uso próprio), nada obsta que no JEC se processe ação para retomada de imóvel não residencial.

Quanto ao conteúdo da expressão "uso próprio", não se deve interpretá-la restritivamente, pois a Lei nº 8.245/91 dá a entender que a terminologia estende-se ao cônjuge ou companheiro e, sendo imóvel residencial, amplia-se para ascendente ou descendente (desde que não disponham de imóvel residencial próprio) – Lei do Inquilinato, art. 47, III.

A finalidade da retomada do imóvel (uso próprio) é presumida com base na mera afirmação do autor da ação[27], podendo o réu apresentar provas ou mesmo indícios de que a alegação do autor forja o despejo por outro fundamento que esvaziaria a competência do JEC. Não se desincumbindo o réu de demonstrar que a verdadeira intenção do locador é a retomada do imóvel para fins outros, o pleito há de ser acolhido.

No entanto, tão logo julgado o pedido e, em especial, transitando em julgado a decisão, se o autor der ao imóvel destinação outra que não o "uso próprio", nenhuma outra alternativa restará ao ex-inquilino senão demandar indenização por perdas e danos (materiais e/ou morais pela deslealdade do locador)[28].

27 A jurisprudência é copiosa a respeito.

28 Nesse sentido: Eduardo Sodré, **Juizados especiais cíveis** – processo de conhecimento, p. 13-14.

Quanto à alçada, predominantemente, a doutrina entende que o despejo para uso próprio não está sujeito a qualquer limite financeiro.

As ponderações antes feitas servem, também, aqui, sob pena de permitir-se, por exemplo, o despejo no tocante a um imóvel comercial que vale milhões. Não parece ser esse o espírito do JEC, com todas as limitações processuais impostas às partes.

É por tal razão que, contrariando praticamente toda a doutrina e jurisprudência sobre a matéria, pugna-se o entendimento segundo o qual a ação de despejo para uso próprio há de render-se ao limite de 40 salários mínimos. No entanto, esse limite não deve se reportar ao valor do imóvel (tal qual ocorre com a ação possessória), pois o valor da causa, nas ações locatícias, equivale a doze meses de aluguel, conforme dispõe o art. 58, III, da Lei nº 8.245/91.

Quanto à possibilidade de cumulação do despejo para uso próprio com cobrança de aluguéis ou outros deveres financeiros a cargo do locatário, não se vislumbra óbice, em que pese entendimentos contrários. Ora, se a cobrança de aluguéis pode ser aforada no JEC (art. 3º, I), nada obsta que haja cumulação, seguindo-se, no caso, as regras gerais do CPC. Frise-se, inclusive, que a LJE prevê, no âmbito da cognição civil, um rito único (sumariíssimo), de modo que não há incompatibilidade qualquer, mormente pelo autorizativo de cumulação (LJE, art. 15).

5.3 Ações possessórias

A ação possessória (gênero) tem guarida quando alguém for turbado de sua posse ou privado dela. No primeiro caso, a ação é a de manutenção de posse. No segundo, reintegração de posse. Ainda, é cabível a

possessória quando o possuidor ache-se investido em fundado receio de ser molestado na posse (interdito possessório).

As ações possessórias, em geral, não cabem no JEC. Da mesma forma que as ações locatícias, a sentença é executiva *lato sensu*, denotando ritualística especial, mesmo quando corra sob rito ordinário (força velha).

Entretanto, por expressa disposição legal, se o imóvel (entenda-se, a área litigiosa) tiver valor inferior a 40 salários mínimos[29], poderá a ação ser processada no JEC.

Não se pode olvidar a aplicação do art. 10, § 2º, do CPC. Assim, a participação do cônjuge do autor ou do réu será indispensável nos casos de composse ou de ato por ambos praticados.

O rito sumariíssimo, próprio do JEC, não prevê a audiência de justificação prévia, encontrada no CPC e largamente utilizada no meio forense. A marcha ritual do JEC não propõe adequabilidade a ela. Por conseguinte, como bem alertado por Eduardo Sodré, "somente será cabível o deferimento de providência liminar quando existente prova pré-constituída da turbação, esbulho ou ameaça possessória". No entanto, pela visível dificuldade prática na obtenção de prova pré-constituída, nada obsta que o juiz, instado a apreciar a liminar possessória, sem prova da turbação, esbulho ou ameaça, reserve-se o direito de, antes, ouvir a parte contrária. Caso o réu não se manifeste, poderá o juiz, frente às peculiaridades do caso concreto, conceder a providência antecipada.

O art. 921 do CPC/73 possibilita ao autor a cumulação do pedido possessório com condenação em perdas e danos (i), cominação de pena

29 Esse valor deverá ser aferido pelo preço constante no instrumento de aquisição ou, na falta, pelo valor constante no cadastro imobiliário junto à municipalidade. Ou, ainda, qualquer outro meio idôneo, cabendo sempre, evidentemente, a prova em contrário pelo réu.

para caso de nova turbação ou esbulho (ii) e desfazimento de construção ou plantação feita em detrimento de sua posse (iii). Não há qualquer problema na cumulação no âmbito do JEC. Alguma restrição pode haver, no entanto, no caso concreto, quanto ao desfazimento de construção ou plantação, posto que pode redundar em certa complexidade.

5.4 Leis de organização judiciária e sua influência na competência em razão da matéria

É consabido que somente a União pode legislar sobre direito processual civil (CF/88, art. 22, I). Porém, os Estados têm competência legislativa no tocante ao processo dos Juizados (art. 24, X). De outro lado, é a própria Constituição que, de forma ampla, determina que os Estados devem criar "juizados especiais (...) competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis (...)" (art. 98, I).

Portanto, cada Estado, ao organizar o seu Poder Judiciário, frente às necessidades e peculiaridades de suas comarcas, pode criar juizados especializados por matéria, tal qual faz na justiça comum, a exemplo das varas de família, varas de menores, varas de fazenda pública etc.

É por isso que é comum a criação de Juizados do Consumidor, Juizados de Acidente de Trânsito etc, como unidades judiciárias com competência material delimitada. Contudo, são – todos eles – órgãos com competência cível, não obstante a especialização. São, invariavelmente, Juizados Cíveis, ainda que tenham a competência limitada por matéria, restando obedecida a regra do art. 98, I, da CF/88. Ontologicamente, é o mesmo fenômeno que acontece na justiça comum! Por decorrência constitucional, é claro que cada Juizado – como órgão judiciário que é – deve ser criado por lei, cuja iniciativa do projeto pertence ao Tribunal respectivo (CF/88, art. 125, § 1º).

Há alguns Estados, entretanto, que criam modelos itinerantes e/ou temporários dos Juizados Especiais Cíveis/Criminais, com atribuições específicas para um evento específico. Não se trata de um novo órgão judiciário, mas sim, de um Juizado já criado e em funcionamento que terá uma atribuição especial para atuar – normalmente na fase conciliatória – em eventos específicos.

5.5 Competência homologatória: polêmicas em torno do art. 57 da LJE

O art. 57 trouxe uma regra, mal redigida posto que omissa e dúbia, causando entraves interpretativos que afetam a própria concepção que se pode ter acerca da competência do JEC. O referido dispositivo determina:

> Art. 57. O acordo extrajudicial, de qualquer natureza ou valor, poderá ser homologado, no juízo competente, independentemente de termo, valendo a sentença como título executivo judicial.
>
> Parágrafo único. Valerá como título extrajudicial o acordo celebrado pelas partes, por instrumento escrito, referendado pelo órgão competente do Ministério Público.

Qual a *mens legis*? Seria possível, então, homologação no Juizado, de matérias que, litigiosamente, não poderiam ser submetidas a ele? Ou o dispositivo é transcendente à própria LJE, de modo a contemplar regra aplicável à justiça comum? A doutrina segue linhas diametralmente opostas.

Fernanda Baeta Vicente e Luís Fernando Nigro Corrêa adotam a seguinte interpretação:

> O artigo em comento menciona a eficácia do acordo extrajudicial homologado no Juizado Especial, independentemente da natureza da matéria e do valor.
>
> Assim, ainda que as partes apresentem proposta de acordo, cuja matéria não se encontre abrangida pela competência descrita no art. 3º desta Leó, cabível a homologação, valendo a sentença como título executivo judicial, a ser executada nos juízos competentes para processar e julgar a matéria objeto da transação[30].

J. E. Carreira Alvim expõe o seguinte pensamento:

> (...) essa norma não é *exclusiva* dos juizados especiais, tratando-se de norma parcialmente heterotópica, pelo que o '*juízo competente*' tanto pode ser o juizado especial quanto a justiça comum (estadual ou federal), conforme a hipótese.
>
> (...)
>
> Não fosse essa a exegese adequada ao espírito do sistema, teria o art. 57 da Lei 9.099/95, dito que o acordo extrajudicial, de qualquer natureza ou valor, poderia ser homologado, no *juizado especial* – caso em que não haveria dúvida sobre a sua competência –, mas, fato é que não disse, referindo-se, antes, ao '*juízo competente*'", e os juizados especiais só são competentes para as causas previstas no art. 3º, *caput*, dessa Lei (...) Afora essas hipóteses, a competência será da Justiça Comum (estadual ou federal)[31].

Jorge Alberto Quadros de Carvalho Silva, igualmente, entende que "não deve ser entendido, em hipótese nenhuma, que qualquer acordo pode ser homologado pelos Juizados Especiais Cíveis. Deve ser observada a regra do juízo competente, sob pena de nulidade"[32].

30 Fernanda Baeta Vicente e Luís Fernando Nigro Corrêa, Lei dos juizados especiais cíveis estaduais comentada, p. 262.

31 J. E. Carreira Alvim, Juizados especiais cíveis estaduais, p. 161-163.

32 Jorge Alberto Quadros de Carvalho silva, **Lei dos juizados especiais cíveis anotada** – doutrina e jurisprudência dos 27 estados da federação, p. 217.

Não parece acertada a ideia de que o JEC pode homologar acordo de qualquer natureza. Com efeito, o art. 57 não fala em homologação "no Juizado"; fala em homologação "no juízo competente". Portanto, só terá competência para homologar o órgão judiciário que tenha competência para julgar (se acordo extrajudicial não houvesse).

Se assim não fosse, vale dizer, se o JEC pudesse homologar causas de qualquer natureza, de modo a poder violar a regra do art. 3º, § 2º, homologando acordos de alimentos, separação, acidente de trabalho etc, também poderia, já que se fala em "qualquer natureza", homologar, por exemplo, um acordo trabalhista celebrado entre a Caixa Econômica Federal (empresa pública federal) e um ex-empregado, vítima de um acidente de trabalho que lhe causara incapacidade civil absoluta.

Evidentemente, não pode ter sido essa a intenção do legislador. É por essa razão que o melhor entendimento caminha no sentido de que o art. 57 da LJE é realmente transcendente ao JEC, servindo de regra geral para o sistema processual. Há jurisprudência nesse sentido:

Transação extrajudicial. Homologação negada. Art. 57 da Lei nº 9.099/95. Matéria trabalhista. Incompetência. Contrato firmado entre pessoa física e jurídica, tendo como objeto a prestação de serviço e inexistindo tipificação do labor, vai presumida a natureza trabalhista e mantida a incompetência desta Justiça Especial[33].

O acordo extrajudicial de qualquer natureza ou valor poderá ser homologado, no juízo competente, independentemente de termo, valendo a sentença como título executivo judicial. Essa regra, por força do art. 57 da Lei 9.099/95, não é específica do juizado especial, mas regra de direito comum, aplicável em qualquer juízo[34].

33 3ª Turma Recursal Cível/RS – Rel. Eugênio Couto Terra – Recurso Cível nº 71000601724 – j. 07/12/2004.

34 TJMG – 18ª Câm. Cív. – Agravo nº 1.0024.07.424477-3/001 – Relator Des. D. Viçoso Rodrigues – j. 25/09/2007.

Destarte, o art. 57 veio positivar o que já era permitido na prática: ações meramente homologatórias, através das quais as partes buscam a chancela judicial para um acordo que foi resolvido sem existir processo, seja para um melhor controle de legalidade, seja para dar maior segurança às partes, seja para que o título não fosse apenas extrajudicial, mas sim judicial.

Já no tocante ao valor, todavia, não se enxerga limitação (na hipótese de homologação de acordo extrajudicial). Isso porque o JEC tem competência para homologar acordos, independentemente, do valor.

Ora, se o art. 3º, § 3º diz que "a opção pelo procedimento previsto nesta Lei importará em renúncia ao crédito excedente ao limite estabelecido neste artigo, excetuada a hipótese de conciliação", ou em outras palavras, se as partes podem lograr acordo, realizado na existência de uma relação processual já instaurada no JEC, qualquer que seja o valor, não haveria razão para se impedir o pleito meramente homologatório de um acordo (de qualquer valor) realizado antes que houvesse processo.

Competence in reason of matter us judgeships Special civil: one revisitation necessary

Abstract

After treating the lower-complexity as a basic parameter in the regime of competence within the Special Civil Courts State, addresses the material competence, referring both to the causes excluded from the jurisdiction of the Special Civil Court and the interpretation of the list of causes today under powers the Special Civil Court, updating it with new rulling civil procedure, especially the design of the Project of the New Code of Civil Procedure, already approved in the Senate and is currently underway in the House of Representatives. Alludes to the causes of the summary proceeding, and the dump possessory actions for their own use in place of State Special Civil Courts

Keywords: Special Civil Courts. Material competence. Project of the New Code of Civil Procedure.

Referências

ALVIM, J. E. Carreira. **Juizados especiais cíveis estaduais**. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Juizados especiais cíveis estaduais e federais** – uma abordagem crítica. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. V. 2. Campinas: BookSeller, 1999.

COSTA, Hélio Martins. **Lei dos juizados especiais cíveis anotada e sua interpretação jurisprudencial**. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CRUZ JÚNIOR, Edmilson, MENEZES, Iure Pedroza, SANTANA, Luiz Antonio Costa de. **Comentários às reformas do código de processo civil.** 2ª ed. Recife: Nossa Livraria, 2007.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Manual dos juizados especiais cíveis estaduais e federais**. São Paulo: RT, 2006.

MENEZES, Iure Pedroza. As repercussões da cláusula de eleição de foro no processo civil brasileiro: um olhar sobre as relações de consumo. In: PAULA, Fernanda Pessoa Chuahy de, MENEZES, Iure Pedroza, CAMPELLO, Nalva Cristina Barbosa. **Direito das obrigações** – reflexões no direito material e processual. São Paulo: GEN/Método, 2011.

MENEZES, Iure Pedroza. **Depósito recursal** – a garantia de instância no processo administrativo tributário. Recife: Nossa Livraria, 2007.

SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. **Lei dos juizados especiais cíveis anotada** – doutrina e jurisprudência dos 27 estados da federação. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SODRÉ, Eduardo. **Juizados especiais cíveis** – processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

VICENTE, Fernanda Baeta, CORRÊA, Luís Fernando Nigro. **Lei dos juizados especiais cíveis estaduais comentada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

Referência do texto

MENEZES, Iure Pedroza. Competência em razão da matéria nos juizados Especiais cíveis: uma revisitação necessária. **Revista da ESMAPE**, Recife, v. 17, n. 35, p. 167-198, jan./jun. 2012.

** Artigo recebido em: 6 maio. 2012. Aprovado em: 20 jun. 2012.*

O paradigma da entidade familiar brasileira: inclusão da relação homoafetiva

Ivaniza Leão Santana Silva da Costa
Analista Tributária da Receita Federal do Brasil
Bacharel em Administração de Empresas pela UFPE/PUC-SP;
Bacharel em Direito pela Universidade Católica -PE/Mackenzie-SP;
Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Potiguar;
em Direito Ambiental pela PUC-Minas;
em Direito Público pela Universidade Católica Dom Bosco.
em Ciências Criminais pela Universidade Católica Dom Bosco.

Resumo

O estudo examina a questão do relacionamento entre pessoas do mesmo sexo no Brasil como entidade familiar. Não podemos deixar de pontuar a diversidade de entidades familiares existentes. Nesse contexto é abordado a união entre duas pessoas na temática da homoafetividade. Havendo dificuldades que norteiam a busca ideal de uma sociedade livre, justa e solidária constituindo objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, apresentando melhores condições para integrar-se. Apesar das divergências sobre o tema, é possível neutralizar dissensos através do diálogo, sendo o benefício para todos da sociedade. O objetivo da pesquisa é verificar a convivência da entidade homoafetiva na sociedade brasileira à luz do direito brasileiro na complexidade dessa dinâmica. Ocorrem discordância de pensamentos nesse leque de entidades familiares no direito de familia em constante evolução. Todos os tipos de vínculos merecem a proteção do Estado quando baseados em afeto, dedicação e auxílio na formação de um ser realizado, satisfeito e feliz. Das acepções dos direitos a dimensão da atuação social é o referencial para desencadear o estudo da união homoafetiva constituindo um tipo de família brasileira.

Palavras-chave: Família. Sociedade Homoafetividade.

Introdução

O tema proposto é objeto de clamor de certos grupos socias pertencentes a sociedade brasileira na busca de soluções imediata para o angustiante problema da aceitação da entidade familiar homoafetiva. Todos têm direitos a serem felizes, há necessidade de respeitar a liberdade de cada um. A nossa sociedade é bastante complexa, além de prolixa. Mas é possível conviver com as diferenças, pois quanto mais praticarmos a democracia, mais saberemos enfrentar as desigualdades e cumprir as suas regras.

Não há espaço para discriminações infundadas e para o tratamento desigual em relação a qualquer vínculo baseado em afeto. Proteger o amor é resguardar o próprio ser humano, sua família e, por fim a sociedade, pois o amor é um sentimento que, quando repartido, se multiplica.

Assim, temos as uniões entre pessoas, são fatos sociais que acontecem todos os momentos, não importa se são de sexos diferentes ou do mesmo sexo. Ao negar a realidade fingir a não existência dessa situação, demonstra que essa não é a solução para enfrentarmos as nossas divergências. Não se pode desconhecer a realidade do comportamento social no que diz respeito aos relacionamentos homoafetivos.

O direito brasileiro é pautado pela liberdade, a igualdade e a fraternidade, forma de concretização de um Estado Democrático de Direito. O ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, sobre o tema esclarece:

> Noutras palavras, como se verá em capítulo específico, o Estado Democrático de Direito é aquele que se pretende aprimorado, na exata medida em que não renega, antes incorpora e supera, dialeticamente, os moldes liberal e social que o antecederam e que propiciaram o seu aparecimento no curso da História.(MENDES, 2009, p. 170)

É preciso lutar pela adoção de políticas públicas capazes de dar efetividade aos princípios constitucionais, tornando possível a realização de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

A efetividade constitucional depende dos instrumentos jurídicos postos à disposição dos cidadãos, visando primordialmente a base nuclear da nossa sociedade, ou seja, a entidade familiar[1].

Nesta esteira, a família, nas suas diversas concepções, passa por transformações e alterações para enfrentar as mudanças que ocorrem no mundo exterior. É numa sociedade altamente informatizada, com sua economia globalizada não pode o Direito Brasileiro, sob nenhum pretexto, abrir mão de conquistas históricas que se consubstanciam em garantias destacadas como fundamentais.

A preocupação com a violação aos Direitos Humanos, juntamente com a desigualdade e a marginalização social e o desrespeito á intimidade do outro, com a grande degradação do ser humano que vem sendo praticada em não apenas na nossa sociedade, justificam o presente artigo, por se tratarem de assuntos que envolvem nosso país de norte ao sul, uma vez que se acredita na relação de que, sem a devida proteção do ser humano, não há que se falar na efetividade por meio de normas, princípios, instrumentos internos e externos que garantam o direito à vida digna e igualitária.

1 Pluralidade de entidades familiares

Inicialmente é interessante mencionar o que entendemos como família tradicional, sendo um grupo social fundamental na sociedade, constituído basicamente de um homem e uma mulher e seus descendentes.

1 Na forma do art 226, CF/88: "Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado."

O que deve permanecer sempre em uma família é o amor, o respeito e a confiança. A comunhão de duas pessoas com intenção de convivência duradoura, relações íntimas, projetos comuns, afetividade, publicidade, havendo identificação recíproca de seus integrantes poderemos afirmar que encontramos uma entidade famíliar.

Família matrimonial são as uniões entre homem e mulher com fins reprodutivos sob pretexto de manter a ordem social, exigindo-se um sacramento e impondo a indissolubilidade do vínculo conjugal. Família monoparental é a entidade familiar composta por qualquer dos pais e sua prole. União estável é reconhecida como entidade familiar caracterizada por companheirismo[2] entre duas pessoas que convivem publicamente e de forma contínua e permanente.

A Constituição Federal, ao mencionar a entidade familiar silenciou a respeito da união homoafetiva, porém não foi um rol taxativo e sim exemplificativo, sendo público e notória da presença da família homoafetiva. A união entre pessoas homossexuais poderá estar acobertada pelas mesmas caracterísiticas de uma entidade heterossexual, fundada no afeto e na solidariedade entre seus membros. Nesse mesmo sentido dispõe o artigo 5º da Lei Maria da Penha[3], que engloba a união homoafetiva no conceito de família. O Conselho Nacional de Justiça[4] decidiu recentemente sobre a possibilidade da habilitação da união estável homoafetiva em todos os Cartórios do país.

2 O conceito de concubinato não se confunde com o de companheirismo, que é união estável. Concubinato são relações paralelas ao casamento.

3 Art. 5º, Lei nº 11.340/06. Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: I – no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; II – no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; III – em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

4 Art. 1º. Resolução nº 175, CNJ.Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

As uniões reconstituídas são famílias denominadas de recompostas. Sendo a união de uma pessoa que já tem uma família e leva os seus filhos, provenientes desta família, para conviverem com a sua nova relação, que também tem filiação de núcleo antecedente. A família anaparental é aquela que pessoas agregadas também podem compor o vínculo de afetividade. Por exemplo, adoção póstuma havendo comprovação da inequívoca vontade do *de cujus* em adotar, as mesmas regras que comprovam a filiação socioafetiva[5].

A realidade fática vem demonstrando que existe inúmeras possibilidades de uniões, baseadas no afeto, que merecem proteção do Estado. Pecebe-se por não ser adequado mencionar que na sociedade brasiliera apenas possui o modelo tradicional. Diante deste cenário que estamos vivenciando, em virtude da constitucionalização do direito privado, torna-se imprescindível que a sociedade, assim como os juristas e o legislativo, passe a direcionar atitudes de modo a respeitar a dignidade da pessoa humana de cada indivíduo e, por conseguinte as suas orientações sexuais.

2 Princípios constitucionais envolvidos na temática familiar

Entende-se por princípio, a lei de caráter geral com papel fundamental no desenvolvimento de uma teoria e da qual outras leis podem ser derivadas, é o alicerce ou fundamento do Direito.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 instaurou-se no Brasil um novo modelo de justiça social. A República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, tendo como um

5 Art. 42, § 6o, Lei nº 8.069/90. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil. § 6o A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença..

dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana[6]. E rege-se pelo princípio da prevalência dos Direitos Humanos, nas suas relações internacionais, expresso no art. 4, inciso. IV, CR/88[7].

Ao Estado incumbe assegurar a devida proteção a todos sem distinção, sendo princípio constitucional. Aliás, todas as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicação imediata e não excluem outras decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, via direito público interno e internacional (parágrafo 1° e 2° do art. 5° CF/88)[8]. A lei – ordinária – punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e garantias fundamentais (inciso XLI, art. 5° CF/88)[9]; todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza (art. 5°, *caput* CF/88)[10].

Os valores integrados na dignidade humana congregam a essência e terminam por auferir maior especificidade nos direitos fundamentais, a um só tempo, esmiúçam a ideia de dignidade e têm a sua interpretação por ela direcionada, do que resulta uma simbiose que não é passível de ser dissolvida. O direito não é estático, vemos a população LGBT[11] defender a liberdade de expressão nas paradas gay ao reinvidicar públicamente seus direitos e mostrar ao povo a sua existência. O direito à liberdade de expressão não justifica a prática de atos ilícitos, pois todos devem ser considerados iguais e humanos, sem preconceitos.

6 É o que dispõe o art. 1°, inciso III, CF/88: "Art. 1° A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)III – a dignidade da pessoa humana."

7 Verifica-se no Art. 4°, CR/88:"Art. 4° A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...)IV – não-intervenção;"

8 Acolhe o art. 5°, CR/88:(...) "§ 1° – As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. § 2° – Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte."

9 Anota-se no art. 5°, XLI, CR/88: (...)"XLI – a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;"

10 É o que dispõe o art. 5°, *caput*, CF/88: "Art. 5° Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes."

11 A homofobia, por exemplo, é aversão contra homossexuais, gays, lésbicas, bissexuais, transexuais, transgêneros, toda a população LGBT.

É preciso implementar ações e projetos que se harmonizem com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, entre eles o de construir uma sociedade livre, justa e solidária[12].

A nossa Carta Magna é muito precisa em proibir preconceitos e proclama a liberdade como direito fundamental de uma sociedade justa e solidária, sendo que não há previsão constitucional que trate da preferência sexual das pessoas[13].

Os direitos fundamentais são resultados das lutas travadas pela sociedade em busca de liberdade e que sofrem modificações impostas pela evolução da humanidade. Com a crescente globalização mundial, a preservação do ser humano, é um bem maior, é o direito a vida de todos sem preconceitos. Nesse sentido, é o que dispõe o artigo 3°, inciso IV, CF/88[14].

O direito à intimidade, privacidade está inserido na ideia de família. Gerando ao Estado obrigação de cuidado com aqueles que apenas querem ser vistos como pessoas que se uniram não para matar, roubar ou destruir e sim constituir família honesta, digna trabalhadora, ser aceito da forma como são.

Podemos nos reportar a Desembargadora aposentada Maria Berenice Dias sobre o tema: "O modelo de família funda-se sob os pilares da repersonalização, da afetividade, da pluralidade e do eudemonismo, impingindo uma nova roupagem axiológica ao direito de família."(DIAS, 2005, p. 328)

12 Menciona o artigo 3°, inciso I, CF/88 : "Art. 3° Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;"

13 Mas diz no seu inciso II, art. 5°, CR/88, a seguinte redação: "Art. 5°(...) II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Podemos entender que tudo aquilo que não estiver juridicamente proibido, está permitido."

14 Vale dizer: "Art. 3°, CR/88: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...)IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor. Idade e quaisquer outras formas de discriminação."

Ainda consagra a Constituição da República, como direitos fundamentais, o direito à igualdade e ao respeito à dignidade conferida a todos os cidadãos brasileiros, inclusive aos cidadãos homoafetivos[15].

É necessário esclarecer que a união entre duas pessoas que se relacionem na sua intimidade, privacidade não interessa a ninguém, ou melhor, o respeito tem que prevalecer, inclusive considerando a união homoafetiva entidade familiar, devendo ser embarcado pelo direito brasileiro de forma cristalina sem maiores indagações, pois a sexualidade humana já existia, existe e continuará existindo independente que a nossa sociedade brasileira queira ou não, da forma tradicional ou não, cada um com suas convicções e necessidades.

3 Jurisprudência sobre união homoafetiva

O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou sobre os direitos dos homoafetivos, ao julgar procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277, proposta pela Procuradoria Geral da República e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, acolhida como Ação Direta de Inconstitucionalidade, proposta pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro em 05 de maio de 2011.

O voto do Ministro Relator Ayres Brito, acolhido por unanimidade, conheceu da ADPF 132, como ADI. Também por votação unânime julgou procedente a ação, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, em ordem a dar ao art. 1.723[16] do Código Civil interpretação conforme a

15 O art. 5º, inciso X, CR/88 trata do princípio da intimidade: "Art. 5º (...)X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;"

16 Reza o art. 1723, do Código Civil: Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Constituição[17] para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como "entidade familiar", entendida esta como sinônimo perfeito de "família".

Reconhecimento das mesmas regras e com as mesmas consequências da união heteroafetiva para a união homoafetiva é urgentemente necessário. Alias, já está pacificado como entidade familiar a união estável entre pessoas do mesmo sexo, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

A seguir transcrevo trecho do voto do Ministro Ayres Britto, relator das aludidas ações:

> (...)25. Faço uma primeira síntese, a título de fundamentação de mérito do presente voto. Ei-la:
>
> I – a Constituição do Brasil proíbe, por modo expresso, o preconceito em razão do sexo ou da natural diferença entre a mulher e o homem. Uma proibição que nivela o fato de ser homem ou de ser mulher às contingências da origem social e geográfica das pessoas, assim como da idade, da cor da pele e da raça, na acepção de que nenhum desses fatores acidentais ou fortuitos se põe como causa de merecimento ou de desmerecimento intrínseco de que quer que seja.(Brasil, STF, 2011)

O princípio visando acima de tudo a garantir a dignidade da pessoa humana analisando o ser humano construído via um Estado Democrático de Direito, é essencial para a construção da sociedade brasileira de forma equilibrada.

17 É importante esclarecer o que se extrai da interpretação conforme a Constituição: Muitas vezes, o STF pode declarar que a mácula da inconstitucionalidade reside em uma determinada aplicação da lei, ou em um dado sentido interpretativo. Neste último caso, o STF indica qual seria a interpretação pela qual não se configura a inconstitucionalidade. (LENZA, 2013, p. 368)

Apesar de termos uma Constituição repleta de princípios para o melhoramento da nossa sociedade brasileira, sendo um progresso fundamental para o país. Precisamos colocá-los em prática.

Nesse diapasão, vale destacar à discrepância entre a norma jurídica e o contexto social, ou seja, a insuficiente concretização jurídica das normas legais. Havendo ineficácia das mesmas. Por um lado, pressupõe analisar o texto normativo, por outro, procura-se moldar os efeitos sociais na legislação brasileira.

Quando inexiste lei para aplicar diretamente ao caso, deve o magistrado se valer das outras fontes do Direito para encontrar a regra que efetivamente deve displinar a relação jurídica submetida à sua apreciação[18].

A seguir transcrevo trecho do voto do Ministro Ayres Britto, relator das aludidas ações, que explana sobre a dignidade da pessoa humana:

> (...)33. E assim é que, mais uma vez, a Constituição Federal não faz a menor diferenciação entre a família formalmente constituída e aquela existente ao rés dos fatos. Como também não distingue entre a família que se forma por sujeitos heteroafetivos e a que se constitui por pessoas de inclinação homoafetiva. Por isso que, sem nenhuma ginástica mental ou alquimia interpretativa, dá para compreender que a nossa Magna Carta não emprestou ao substantivo "família" nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. Recolheu-o com o sentido coloquial praticamente aberto que sempre portou como realidade do mundo do ser. Assim como dá para inferir que, quanto maior o número dos espaços doméstica e autonomamente estruturados, maior a possibilidade de efetiva colaboração entre esses núcleos familiares, o Estado e a sociedade, na perspectiva do cumprimento de conjugados deveres que são funções essenciais à plenificação da cidadania, da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho. Isso numa projeção exógena ou extra-muros domésticos, porque, endogenamente

18 Temos o art. 4º, da LINDB: "Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito."

> ou interna corporis, os beneficiários imediatos dessa multiplicação de unidades familiares são os seus originários formadores, parentes e agregados.(Brasil, STF, 2011)

Diante da união entre duas pessoas do mesmo sexo com intuito de formar uma entidade familiar, diante da ausência de lei displicinadora da matéria levada ao Judiciário, o magistrado aplicará ao caso concreto a norma jurídica prevista para situação semelhante, ou seja, união entre duas pessoas de sexo diferente, dada a identidade de razões ou de finalidade.

O nosso nordeste brasileiro ainda há marcas do tradicionalismo e manifestos conservadores, no entanto, não pode se afastar da realidade existente no nosso país. Diante desse relato em 02 de agosto de 2011 houve a conversão de união estável em casamento, ou seja, o primeiro casamento entre pessoas do mesmo sexo no Estado de Pernambuco através do juiz de Direito da Vara da Família do Recife, Clicério Bezerra e Silva.

Através da Assessoria de Comunicação Social do Tribunal de Justiça de Pernambuco houve pronunciamento do ilustre magistrado Clicério sobre esse tema:

> Estamos a lidar com uma marcha social, vultosa e compassada, que urge por um denso processo de revisão do arcabouço jurídico brasileiro, com vista a garantir o direito personalíssimo à livre orientação sexual e à proclamação da legitimação ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar. Uma marcha encampada por todos aqueles que vivem a realidade social ativamente, na qualidade de destinatários das normas jurídicas e seus efeitos, ora pluralistas e democráticas, ora tiranas e excludentes. Uma marcha de uma gente digníssima que se lança ao sol da liberdade, após décadas viventes sob o pálio sombrio da discriminação e do medo (de origens externas e internas) e que parecem ter ouvido a um chamado audível da autodeterminação e da busca pela felicidade.(BRASIL, TJPE,2011)

É preciso desmistificar em nosso país a concepção de que o Direito Brasileiro irá solucionar, através das inúmeras leis elaboradas de forma fugaz, no calor da divulgação massificada pela mídia de determinado caso concreto, os problemas sociais emergentes.

Em 13 de fevereiro de 2012 o promotor de Justiça Adalberto Mendes Pinto Vieira pertencente ao quadro do Ministério Público de Pernambuco, através de seu parecer levou o juiz de Direito da Vara da Família do Recife, Clicério Bezerra e Silva, a proferir sentença favorável ao casal homoafetivo para registrar filha com dupla paternidade. Este é o primeiro caso no Brasil em que dois homens registram um filho legítimo. Verifica-se uma nova família na sociedade brasileira. Em seu parecer o promotor de Justiça Adalberto ressaltou ser preciso "caminhar no sentido da história recente deste país, que, através da sociedade civil e do Poder Judiciário, tenta corrigir preconceitos históricos".

Nesta linha de raciocínio, o membro do Ministério Público Adalberto embasou seu parecer no posicionamento do ministro Luis Felipe Salomão, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que foi relator do Recurso Especial Nº 1.183.378 – RS (2010/0036663-8). O Ministro Luiz Felipe Salomão observa:

> Conclusão diversa também não se mostra consentânea com um ordenamento constitucional que prevê o princípio do livre planejamento familiar (§ 7º do art. 226). E é importante ressaltar, nesse ponto, que o planejamento familiar se faz presente tão logo haja a decisão de duas pessoas em se unir, com escopo de constituir família, e desde esse momento a Constituição lhes franqueia ampla liberdade de escolha pela forma em que se dará a união.(BRASIL, STJ, 2010)

O pluralismo familiar é reconhecido constitucionalmente, inclusive também pelos nossos Tribunais, havendo precedentes do STJ e o STF. Impede, portanto afirmar que as famílias formadas por pares homoafetivos sejam menos dignas de proteção do Estado, se comparadas com as formadas por casais heteroafetivos.

Ao final do parecer, o Promotor de Justiça Adalberto diz não conseguir:

> Compreender a família, sem o amor e o afeto, que são incontestáveis e preponderantes sobre qualquer eventual discussão acerca de qual deles deve ser identificado como 'pai'. Esta situação de fato existente e deve fazer a lei 'saltar do papel para a vida', trazendo sentido à sua própria aplicação"(BRASIL, MPPE, 2012)

Podemos afirmar que a decisão do STF não fez surgir a união entre pessoas com afetividade tanto heterossexuais ou homossexuais como algo novo, mas dar ênfase a necessidade de sua legalização. É dever do Estado criar mecanismos para a preservação da dignidade humana, a qual não diz respeito a orientação sexual, mas sim o indivíduo como ser humano.

4 Na perspectiva dos direitos humanos: a realidade social

Destarte, certamente não podemos deixar de mencionar que a influência da cultura é muito importante, pois uma educação deficitária contribui para a falta da efetividade da proteção, da mesma forma, as diferentes religiões e ideologias de países para países influenciam na aceitação e incorporação de certos direitos.

É dever de todo cidadão colaborar na construção de uma sociedade mais justa e fraterna. Acolher o que é diferente, e esta nova realidade, pode alicerçar o caminho, com serenidade para fazer o bem e contribuir para um Brasil mais igualitário e menos preconceituoso.

Assim, homens e mulheres não podem ser discriminados em função do sexo com que nasceram nem o que vai fazer da própria sexualidade, temos o alicerce do direito à igualdade, liberdade, intimidade, privacidade.

Então, percebe-se que o indivíduo ser do sexo masculino ou do sexo feminino não vai deixar de existir um ser humano, como homem ou como mulher, observando as diferenças biológicas.

No âmbito do conhecimento jurídico não há proibição de preconceito quanto à possibilidade da sexualidade das pessoas. Verifica-se que não poderá existir discriminalização aos indivíduos em razão da preferência sexual masculina ou feminina. Conclusão lógica se faz em afirmar que juridicamente as pessoas heteroafetivas e homoafetivas devam ter tratamento equivalente.

Não podemos admitir para qualquer ser humano o desrespeito perante todos. Os princípios dos Direitos Humanos estão voltados para a finalidade básica de proteger a vida, em qualquer forma que esta se apresente, e garantir um padrão de existência digno para os seres humanos desta e das futuras gerações, bem como de conciliar a vida em sociedade.

A falta da efetiva aplicabilidade das políticas sociais não vem proporcionando aos seres humanos uma vida digna e saudável. Fábio Konder Comparato leciona sobre a dignidade da pessoa humana:

> Para exata compreensão do princípio da dignidade suprema da pessoa humana e de seus direitos, é preciso rememorar que os avanços têm sido, fruto da dor física e do sofrimento moral como resultados de surtos de violências, mutilações, torturas, massacres coletivos, enfim, situações aviltantes que fizeram nascer consciências e exigências de novas regras de respeito a uma vida digna para todos os seres humanos. (COMPARATO, 2005, p. 37)

Também podemos verificar que a destruição da dignidade do homem e sua marginalização perante a sociedade, certamente, além de comprometer a sua individualidade, gera a marginalização e a exclusão social dos grupos afetados, direta ou indiretamente, por atingir os empregos, a educação e a saúde dos demais indivíduos desta mesma sociedade.

Não pode haver opção entre indivíduo e sociedade. É preciso optar pelos dois, ou seja, buscar uma solução de compromisso. Em um desses extremos há de situar-se a sociedade, o que, decorre da própria natureza do Direito, que diz respeito ao homem, mas enquanto ser social.

A norma haverá de ser jurídica e socialmente válida. A validade social será alcançada sempre que uma pauta mínima de valores correspondentes ao grupamento encontrar amparo na norma, o que será constatado a partir de sua eficácia social, não necessariamente ampla e total, mas dotada de uma aceitação igualmente mínima.

Assumindo a Constituição o status de pedra fundamental da organização política, todos os direitos nela consagrados serão oponíveis, em maior ou menor medida, mas de forma imperecível, ao Estado. De igual modo, sendo o homem o ápice da referida organização, quaisquer deveres imputados ao Estado, direta ou indiretamente, a ele alcançarão, daí resultando a existência de direitos correlatos, realçando o compromisso ético-jurídico do Estado em velar pela dignidade humana.

Resta-nos afirmar que respeitada a liberdade de cada um, também deve-se respeitar o uso da sexualidade alheia. O que significa dizer que todos são iguais perante a lei, sendo importante dar respaldo a dignidade humana no seu respectivo potencial de sexualidade, fazendo-o como expressão do direito à intimidade com suas tendências e preferências sexuais na sua privacidade.

Ao cabo das breves considerações expendidas, percebe-se que o Constituinte de 1988 modelou, a República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana, retratando o reconhecimento de que o indivíduo há de constituir o objetivo primacial da ordem jurídica. Constatando-se a repulsa constitucional às práticas, imputáveis aos poderes públicos ou aos particulares, que visem a expor o ser humano, enquanto tal, em posição de desigualdade perante os demais.

A tendência é que se molde aos anseios da sociedade. Daí a razão de julgados reconhecendo a união entre duas pessoas do mesmo sexo constitui uma entidade familiar. Segundo dados do IBGE, no Brasil existem mais de 60 mil casais homossexuais. Desta forma, é inquestionável a necessidade de uma lei que possa ir ao encontro do interesse desses indivíduos para garantir a igualdade de direitos entre os cidadãos sem fazer acepção de quaisquer insinuação sobre a sexualidade.

Considerar que as convicções religiosas, filosóficas, morais auxiliam na formação do ser humano é essencial para perceber o quanto somos influenciados o tempo todo. A tolerância com as diversidades nos trará ao equilíbrio, na busca da felicidade, caminhando para a paz e harmonia. Temos o direito de sermos felizes, não dando espaço para violência ou hipocrisia, mas sobretudo ao bom senso e coesão social. Estamos em um Estado laico, devendo ser respeitado à escolha da sexualidade, da mesma forma as liberdades de expressão que são asseguradas por lei.

O debate acerca a dessacralização do casamento; a dissociação entre sexualidade e reprodução; a contratualização das relações familiares, visando fundamentalmente os bens patrimoniais também são situações delicadas na sociedade brasileira.

A discussão também diz respeito a união entre duas pessoas do mesmo sexo que possuem carinho mútuo e a necessidade de assumir perante a sociedade como entidade família.

Percebe-se a incongruência do discurso que todos são iguais perante a lei, a liberdade do indivíduo acaba quando tem que respeitar a liberdade do outro. Na pratica prevalece o individualismo exacerbado, tendo como foco a repugnância da comunidade brasileira em relação as uniões homoafetivas.. Mostra-se a falta de sensibilidade da nossa comunidade brasileira.

A cultura judaico-cristã que ainda vê a homossexualidade como doença, contribui para a ocorrência de comportamentos preconceituosos. Consoante a narrativa bíblica: "Quando também um homem se deitar com outro homem, como com mulher, ambos fizeram abominação; certamente morrerão; o seu sangue será sobre ele."(Levítico, 20:13)

Existe uma barreira, porém não intransponível que impede se colocar no lugar dos indivíduos que se unem, mas não escolheram sua opção sexual, apenas aconteceu, no entanto pagam impostos e cumprem todas as suas obrigações legais.

Nesse contexto democrático, é relevante o papel da mídia, debates entre diversos grupos, não para impor ou convencer alguém de algo, mas sobretudo ouvir as diferenças, aprender e ensinar, grupos sociais, meios de comunicação divulgar algo que todos sabem, mas não querem ver, negar o obvio, devemos enfrentar a verdade e corrigir as distorções, porém respeitar o outro como nós queremos ser respeitados.

Os mecanismos de controle de constitucionalidade afetos ao Poder Judiciário, verificam-se o dinamismo da sociedade e o acompanhamento da Justiça Brasileira através de diversos julgados, coadunando com os interesses dos grupos sociais favoráveis a união homoafetivas.

No Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos (Adotada e proclamada pela resolução 217 A(III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948):

> Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça, Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direito humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o avento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum.(BRASIL, MJ, 1948)

As concepções sobre união de pessoas do mesmo sexo variam no tempo e no espaço. O modo de encarar essa realidade, acompanhando as mudanças sociais, ocorre a mutabilidade. O movimento está voltado para a reforma das instituições jurídicas e da própria estrutura social, tem caráter universal, pois está acima das peculiaridades das legislações nacionais. Os propósitos fundamentais gravitam em torno das concepções crítica do fenômeno social.

Realiza-se permanente exame crítico das instituições vigentes, objetivando atualizar, melhorar e humanizar a atividade legislativa e judiciária, bem como reformar se adequando a realidade social. Outro ponto básico do movimento é adotar uma vinculação a todos os ramos do conhecimento humano, capazes de contribuir para uma visão total e completa do fenômeno social.

A nova relação que se estabeleceu entre os indivíduos, baseada no mútuo respeito, com a predominância do interesse coletivo sobre o individual, induziu a uma nova postura da sociedade para integrar esses indivíduos que já constituíram entidades familiares sejam aceitos na sociedade.

Requer um novo enfoque dos problemas existentes e uma adequação da ordem jurídica para as suas soluções, levando em consideração os novos valores emergentes e a responsabilidade comum de sua defesa, uma família que deve ser respeitada. Temos um sistema de política civil,

garantindo os direitos do homem e promovendo os valores essenciais da humanidade.

Ressalta-se, então, a necessidade de realizar a compatibilização dos julgados com as diretrizes da política social, dotando-se a legislação civil de instrumentos e normas adequadas à proteção dos valores sociais. Além de apropriado às finalidades visadas, possa atender melhor aos anseios e às exigências da nova ordem social, que pretende a harmonização dos interesses da comunidade com a necessidade de preservar a dignidade do ser humano, no interesse da própria sociedade.

Busca-se cada vez mais as origens e mecanismos de reprodução desses fenômenos sociais, proporcionando condições para a harmônica integração social do indivíduo perante a sociedade. A falta de observância das necessidades básicas e reais quanto as garantias fundamentais da cidadania, individuais ou coletivas, acarreta séria violação aos direitos indisponíveis, em outras palavras, configura flagrante atentado aos Direitos Humanos.

Um Estado somente é democrático quando as autoridades públicas constituídas, através dos legisladores, promotores de justiça e juízes que protagonizam a administração de justiça devem aplicar o direito para resguardar os princípios constitucionais aos anceios dos indivíduos no contexto social.

A vida em sociedade é uma marca da civilização. O existir humano no mundo desenvolveu-se ao longo da história através de mecanismos de convivência social, organizada sob diversos símbolos e códigos de convivência, dentro de um contexto geográfico, étnico, cultural, religioso. É inegável o papel de controle social exercido pelo Direito. Funciona como um modo de minimizar as tensões sociais que nascem dos conflitos interindividuais, apresentando-se a solução jurídica como um mecanismo pretensamente racional e evoluído para a solução dos conflitos.

Tal repensar não afastaria o papel de controle social exercido, mas ajudaria a torná-lo racionalmente balizado por parâmetros centrados num caráter democrático e humanitário.

Entende-se, por força da inquestionável vinculação jurídica aos direitos humanos – especialmente àqueles que são consagrados como direitos fundamentais – que se há de buscar tornar efetivas as possibilidades normativas e políticas de que o Direito Brasileiro possa auxiliar a sociedade a repensar os seus modos de construir a ideia de cidadania para cada um de nós.

Por mais que se tenha avançado e crescido o sistema de produção, inovações tecnológicas a questão ligada à pessoa humana ficou para trás; como sua formação, sua atitude diante do espaço, e sua sobrevivência enquanto ser social, habitante do planeta, bem como a relação ser humano e seus iguais.

A revolução tecnológica, bem como o processo de globalização não são por si, os responsáveis pelas desigualdades e distanciamento do ser. Destarte, o nivelamento de culturas e o desaparecimento das tradições abriram espaço para um modo uniformizado de vida. O ser humano influencia e é influenciado constantemente, estamos em uma interação mútua e continua. O sentido de vida em sociedade vai se tornando forçado à medida que o ser humano perde o sentido de unidade e solidariedade.O pensar sempre é o fundamental para nos situarmos no nosso contexto social.

Nas últimas duas décadas do século XX todos os estados, povos e indivíduos do planeta tornaram-se progressivamente parte de um mundo global. No mundo da globalização estão emergindo progressivamente fatores que afetam a vida social do planeta como um todo e que não estão baseados exclusivamente em poderes estritamente políticos sobre territórios e populações nacionais. Seja, através de empresas, corporações científicas, movimentos sociais, organizações não-governamentais legais e ilegais, o mundo contemporâneo está sendo desafiado e redefinido em forma rápida e intensa por uma multiplicidade de fatores e atores globais que se entrecruzam e vinculam de forma criativa e constante com a sociedade mundial.

Destarte, o bem-estar corresponde a diversos fatores que se somam de forma equilibrada, eles se compatibilizam em vista do desenvolvimento humano. Podemos dimensionar que crescimento não encerra bem-estar, mas que este pressupõe uma categorização de dignidade a pessoa humana em vista de sua necessidades.

Mas não podemos vacilar e deixar de exibir elementos concretos, demonstrar a vinculação efetiva dos agentes. É, portanto perigoso e não deixa de descortinar um cenário temerário para toda a sociedade se agirmos de forma diferente que um Estado Democrático de Direito pressupõe.

Conclusão

O ideário toma assento em dispositivo como um dos fundamentos da República a cidadania e dignidade da pessoa humana, que somam a ter em vista o bem-estar e que o desenvolvimento deve pautar na igualdade e justiça para que as aspirações sejam concretização de planos determinantes para uma sociedade democrática. Isto nos remete à reflexão que as bases da positivação deste comando constitucional tendem a concretizar a democracia, que consequentemente estará a efetivar a dignidade da pessoa humana, por conseguinte a família brasileira nas suas diversas formas.

Necessário, portanto, reconhecer que nosso sistema constitucional não aponta soluções a priori para esses conflitos existências. O

que ele contém são valores positivados e que devem ser ponderados caso a caso.

O Magistrado ao julgar tem liberdade, com o seu subjetivismo, ou seja, os valores que afirmam a construção do seu caráter, interferem na análise do caso concreto. Porém, existe freio nesta situação, pois terá que apreciar a situação de acordo com que as partes levaram ao processo, balizamento, sobretudo, na lei.

Externamente, a abordagem da família está focada na legitimação do Direito frente à centralidade do ser humano no mundo, a partir de parâmetros atuais do dinamismo social. Internamente, trata-se de desenvolver e consolidar a interpretação crítica da dogmática social, igualmente focada nos direitos humanos.

The paradigm of the entity Brazilian family: including the relationship homoafetiva

Abstract

The study examines the question of the relationship between persons of the same sex as a family unit in Brazil. We can not fail to point out the diversity of entities existing family. In this context is approached the union between two people on the subject of homoafetividade. Having difficulties that guide the search ideal of a free, just and solidary constituting the fundamental objectives of the Federative Republic of Brazil, with better conditions to integrate. Despite the disagreements on the subject, it is possible to neutralize disagreements through dialogue, and the benefit to all of society. The research objective is to verify the coexistence of the entity homoafetiva in Brazilian society in the light of Brazilian law the complexity of this dynamic. Thoughts that occur disagreement range of family entities in family law is constantly evolving. All types of bonds deserve the protection of state when based on affection, dedication and aid in the formation of a being performed, satisfied and happy. Meanings of rights dimension of social action is the reference to trigger the study of union homoafetiva constituting a type of Brazilian family.

Keywords: Family. Same-Sex Union. Society.

Referências

BRASIL.SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **ADI 4277**, Relator: Ministro Ayres Britto. Plenário 05/05/2011. Dje nº 198, Divulgação 13/10/2011, Publicação 14/10/2011, Ementário nº 2607-3. Disponível:< http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 16.abr.2013.

BRASIL.SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **ADPF 132**, Relator: Ministro Ayres Britto. Plenário 05/05/2011. Dje nº 198, Divulgação 13.out.2011, Publicação 14.out.2011, Ementário nº 2607-1. Disponível:< http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 16.abr.2013.

BRASIL. TJPE, **Juiz: Clicério Bezerra e Silva**. Entrevista 03.ago.2011. Disponível: <http://www.tjpe.jus.br/noticias_ascomSY/ver_noticia.asp?id=7622#>. Acesso em.16.abr.2013.

BRASIL. MPPE, **Promotor de Justiça Adalberto Mendes Pinto Vieira**. Entrevista 07.mar.2012. Disponível: <http://www.mp.pe.gov.br/index.pl/20120603_adocao>. Acesso em.16.abr.2013.

BRASIL. STJ, **REsp 1183387 – RS**(2010/0036663-8)., Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=2249> Acesso em.16.abr.2013.

BRASIL. MJ. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 10.dez.1948. Em alais de Chaillot, Paris. Disponível: < http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em.16.abr.2013.

BRASIL.BÍBLIA. Disponível:< http://www.bibliaonline.com.br/acf/lv/20> Acesso em 16 abr. 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito de família**. Porto Alegre. 2 ed Livraria do Advogado. 2005

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**.Parte Geral 1. 15. ed. São Paulo. Saraiva. 2013.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 17 ed. São Paulo. Saraiva. 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo. Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 14. ed., São Paulo: Atlas, 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 3 ed. São Paulo: Max Limonard, 1997.

Referência do texto

COSTA, Ivaniza Leão Santana Silva da. O paradigma da entidade familiar brasileira: inclusão da relação homoafetiva. **Revista da ESMAPE**, Recife, v. 17, n. 35, p. 199-222, jan./jun. 2012.

** Artigo recebido em: 16 maio. 2012. Aprovado em: 13 jun. 2012.*

A Autoexecutoriedade dos Atos Administrativos Decisórios no Direito Brasileiro[1]

José Júnior Florentino dos Santos Mendonça
Mestre em Direito pela FDR-UFPE, Especialista em Direito Processual Civil e em Direito Público pela FDR-UFPE, Doutorando junto a Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Docente Licenciado e Juiz de Direito de 3ª Entrância em Pernambuco.

Resumo

Na modelo brasileiro, a subordinação da administração pública à lei e o privilégio da autoexecutoriedade como atributo de certos atos ou decisões administrativos são revelados como princípios fundamentais da funcionalidade do sistema e respaldam o controle jurisdicional da legalidade dos atos e decisões administrativas, sobretudo, nos casos em que é necessária a utilização, por parte do administrador, dos meios diretos de coerção administrativa com a finalidade de impor, por coação absoluta, o cumprimento da prestação exigida. Apesar da inexistência de normas que regulem de forma específica os atos de execução direta, a atividade administrativa, de um modo geral, é orientada pelos princípios Constitucionais da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência cuja concretização se submete aos princípios da ampla defesa, do contraditório, da segurança jurídica e do interesse público, de maneira a permitir que o controle da legalidade e da constitucionalidade desses atos ou decisões possa ser efetuado paralela e concorrentemente pela Administração e pelo Poder Judiciário.

Palavras-chaves: Atos administrativos. Autoexecutoriedade. Controle da legalidade.

1 O presente ensaio complementa artigo de minha autoria, intitulado: A Natureza Plural das Decisões Administrativas na Tradição Jurídica Brasileira, publicado na Revista da ESMAPE nº 33/34 de 2013.

1 Considerações introdutórias

No sistema jurídico brasileiro, os atos e funções desempenhadas pelas autoridades ou órgãos públicos, identificadas como tipicamente administrativos, são disciplinadas de forma vinculante por normas do direito administrativo.

Na modelo chancelado, a subordinação da administração pública à lei e o privilégio da autoexecutoriedade como atributo de certos atos ou decisões administrativos figuram como princípios basilares da funcionalidade do sistema e respaldam o controle jurisdicional dos atos da Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, por intermédio de mecanismos postos à disposição dos particulares para refutarem a prática de ilegalidades e abusos.

Como manifestações de autoridade estatal ou de quem esteja investido, ainda que transitoriamente, em prerrogativas estatais sob a regência do direito público, vinculada à satisfação dos fins e das necessidades coletivas, os atos e decisões administrativas são de observância obrigatória para os seus destinatários.

Independentemente da espécie e da forma legal que incorporem, são qualificados pelos atributos da presunção de legitimidade, de imperatividade, de exigibilidade e, em certos casos, de autoexecutoriedade, esta consubstanciada na qualidade excepcional que certos atos possuem de ensejarem a imediata e direta execução pela própria Administração do seu comando, sem a necessidade da intermediação judicial.

A despeito de muitos atos administrativos poderem se aperfeiçoar com o atributo da autoexecutoriedade, não existe, no âmbito da legislação brasileira, normas que estabeleçam princípios específicos para a execução coercitiva desses atos pela própria Administração.

2 Fundamentos e Delimitações

Distinguem-se, na atividade executiva da administração, a exigibilidade como regra e a autoexecutoriedade como atributo excepcional que certos atos administrativos, em especial aqueles que têm por objeto uma declaração de vontade produtora de efeitos, possuem de ensejarem a imediata e direta execução pela própria Administração sem necessidade de recurso ao Judiciário.

De regra, a autoexecutoriedade da decisão administrativa tem cabimento quando as circunstâncias sugerem que, para a obtenção do fato ou coisa que integra o objeto do ato, é necessária a utilização, por parte do administrador, dos chamados meios diretos de coerção administrativa, de modo a tornar possível obter, por coação absoluta, a própria prestação exigida do destinatário da medida.

Na doutrina brasileira não há consenso quanto ao fundamento da autoexecutoriedade; José Cretella Júnior defende que ela decorre não só da presunção de legitimidade que matiza os atos administrativos como também da índole pública da potestade administrativa (1963:28); Vicente Greco Filho endossa a tese de que a autoexecutoriedade diz respeito ao fato de o ato administrativo ter, como a própria lei, presunção de validade constitucional (1977:29).

Marçal Justen Filho sustenta que a autoexecutoriedade não é um efeito inerente ao ato administrativo, nem uma decorrência da qualidade estatal do agente que o produz, é resultante do direito que o prevê e delimita seus efeitos, por reputar necessário para o bom desempenho da função administrativa (2006:209).

Celso Antônio Bandeira de Mello argumenta que o fundamento da prerrogativa reside na supremacia dos interesses que incumbe à admi-

nistração prover (1994:194). Odete Medauar assevera que este atributo justifica-se na necessidade de não retardar o atendimento dos interesses coletivos frente a interesses contrários, e na presunção de legalidade, que é própria de todos os atos e medidas administrativas (2007:129); mesmo posicionamento se infere das lições de Hely Lopes Meirelles (1989:137).

Conquanto as assertivas não se afigurem totalmente discrepantes, é válido inferir um traço comum que posiciona o fundamento da autoexecutoriedade na presunção de legitimidade que qualifica os atos administrativos e na supremacia do interesse público que informa a atividade administrativa.

Entretanto, nem todas as declarações de vontade da Administração são autoexecutórias; para adquirir o atributo da executoriedade é necessário que a manifestação consubstancie uma decisão administrativa de natureza pública e reúna todos os requisitos vitais para sua existência, seja eficaz e exequível.

Além disso, segundo doutrina dominante, a autoexecutoriedade só existe quando expressamente prevista em lei, ou nas hipóteses em que a execução imediata da medida configurar providência indispensável para garantir o interesse público, em situações urgentes nas quais o seu comprometimento é iminente.

Tal fenômeno ocorre, precisamente, quando a providência é urgente e inexiste via jurídica hábil que possibilite a Administração, na situação concretamente posta, alcançar o fim tutelado pelo Direito, e se afigure impossível, ante a probabilidade de frustração do interesse coletivo, aguardar o trâmite regular de uma providência judicial.

A permissão para a execução da decisão administrativa, nesses casos, é implícita no próprio ordenamento que impõe à Administração o dever de proteger o bem jurídico aviltado.

3 Ausência de disciplina específica

A Lei Federal nº 9.784/99, que trata do processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, somente em duas ocasiões faz expressa menção à autoexecutoriedade dos atos administrativos.

No artigo 45, que prevê a possibilidade de a Administração Pública, em caso de risco iminente, adotar motivadamente medida acauteladora sem prévia manifestação do interessado; e no parágrafo único do artigo 61, que admite, em sede de procedimento recursal na esfera administrativa, a concessão de efeito suspensivo por parte da autoridade recorrida ou daquela imediatamente superior, quando houver justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação, decorrente da execução da decisão administrativa.

Não há, no âmbito da legislação, normas que estabeleçam os princípios específicos para a execução coercitiva dos atos e decisões administrativas. A atividade administrativa, de um modo geral, é orientada pelos princípios Constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, recepcionados pelo artigo 37 do Texto Constitucional como máximas comuns para a Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Estes corolários foram reproduzidos pela Lei nº 9.784/99, que também incorporou, como norteadores dos procedimentos administrativos, os princípios da ampla defesa, do contraditório, da segurança jurídica e do interesse público, sem, no entanto, instituir fórmula especial para a execução direta dos atos e decisões administrativas.

O traçado do regime da executoriedade dos atos administrativos, no Brasil, resulta de construção doutrinária e jurisprudencial. Predomina o

consenso de que a execução forçada, conquanto se dirija, exclusivamente, à efetivação de providência ou conduta prescrita em lei, só deve ter lugar como última opção do administrador e quando constituir ameaça para as liberdades públicas, justificando-se apenas nas hipóteses em que o destinatário da medida opõe resistência infundada à lei ou à ação administrativa (CRETELLA JÚNIOR, 1963:23, JUSTEN FILHO, 2006:213 e GRECO FILHO, 1977:33).

Ainda conforme o entendimento consolidado, o recurso à autoexecutoriedade dos atos e decisões administrativas deve respeitar os princípios constitucionais da proporcionalidade, do contraditório e da ampla defesa, não servir de justificativa para dispensa da instauração do competente procedimento administrativo com a prévia notificação e a lavratura do respectivo auto circunstanciado, no qual seja possibilitado ao destinatário da medida que se sentir ameaçado ou lesado pela execução contestar a atuação do Poder Público, por intermédio de recursos administrativos e judiciais capazes de obstar a atividade da Administração contrária aos seus interesses, ou viabilizar o ressarcimento dos eventuais prejuízos que tenha injustamente suportado (MEIRELLES, 1989:139).

A supressão do contraditório e da ampla defesa "será sempre excepcional e ficará por conta de casos em que o interesse público estiver a sofrer um perigo iminente e a atuação cautelar do Poder Público fizer-se necessária para garantir a eficácia da medida administrativa" (MORAES, 2005:823).

4 Formas de revelação das decisões autoexecutórias

Inúmeras são as situações em que os atos administrativos podem aperfeiçoar-se com o atributo da autoexecutoriedade. A maior parte das atividades administrativas comporta medidas suscetíveis de serem

diretamente executadas pela própria Administração, sem recurso a providências judiciais.

Podem conter conteúdo autoexecutório: a) os atos administrativos gerais ou regulamentares, mormente quanto aos preceitos abstratos conversíveis em providências concretas, ainda que expedidos sem destinatários específicos, com fins normativos de alcance difuso para todos os administrados; b) os atos individuais ou especiais, como os decretos de desapropriação, de nomeação, de exoneração, as outorgas de licença, permissão e autorização, e outros mais que confiram um direito ou imponham encargo a determinado administrado ou servidor, quer tenham efeitos externos ou restritos; c) os atos administrativos internos destinados a produzir efeitos no recesso das repartições; e, d) todos os demais atos da administração que incidam sobre direitos, obrigações, negócios ou condutas dos administrados, contratantes ou servidores.

É, entretanto, no exercício do poder de polícia que o atributo da autoexecutoriedade aparece com maior destaque, sobretudo: a) no restabelecimento da ordem perturbada ou comprometida, em cujo exercício os agentes públicos emitem ordens que devem ser obedecidas pelos administrados, sob pena de incidência de sanções, inclusive de natureza penal; b) nas interdições de atividades ilegais; c) nos embargos e demolições de obras clandestinas, ou daquelas regulares que ameacem cair; d) nas determinações de fechamento total ou parcial de residências ou de quaisquer outras edificações que representem perigo à incolumidade pública; e) no estabelecimento unilateral da extensão do domínio público, especialmente nos locais de construção de obras públicas; f) na apreensão e destruição de gêneros impróprios para o consumo, ou de circulação proibida; g) na prisão de recalcitrantes; h) na apreensão de contrabando; i) na ordem de encerramento de estabelecimentos não licenciados ou que desenvolvam atividades danosas ao meio ambiente; j) nas interdições de certos direitos; e, l) na interrupção de espetáculos públicos que exponham os cidadãos a risco.

5 Mecanismos de controle da execução das decisões administrativas

A prerrogativa que a Administração Pública possui de executar diretamente, em determinadas situações, as suas decisões sem intervenção judicial ou concordância dos destinatários da medida, é correlata com "a noção de que os administrados necessitam de veículos igualmente eficazes para poderem, em cada caso concreto, contrastar a correção do ato administrativo (estatal) e, o que é mais evidente, se efetivamente, naquela situação concreta, o ato administração poderia estribar-se em exigibilidade ou em executoriedade" (BUENO, 1999:72).

Portanto, a autoexecutoriedade de uma decisão administrativa não subtrai do administrado o direito à proteção jurídica. Para além das vias administrativas, poderá recorrer ao Judiciário tanto para obstar preventivamente a execução direta, como para suspender a medida executória concretizada, sempre que a sua aplicação ameace ou ofenda direitos que entenda estarem consolidados no seu patrimônio jurídico, sem prejuízo do manejo de ação reparatória dos danos que suportou em decorrência da ilegítima ou abusiva prática de atos executórios pelo Poder Público.

No sistema brasileiro, todo e qualquer ato ou comportamento da Administração Pública se submete a um duplo controle, um realizado de ofício, ou mediante provocação, pela própria Administração no exercício do poder de autotutela centrado no exame do mérito e da legalidade dos seus atos; e outro, efetivado pelo Poder Judiciário, após devidamente provocado, visando, precipuamente, à aferição da legalidade da conduta guerreada.

Os juízes e tribunais judiciais gozam de plena jurisdição face à Administração Pública, podendo tanto anular decisões ou eleições efetivadas

ao alvedrio da lei, como ordenar aos agentes da administração ou a quem suas vezes fizer que cumpram a lei, praticando ou se abstendo de realizar determinados atos.

O controle da legalidade e da constitucionalidade dos atos ou decisões administrativas pode ser efetuado, paralela e concorrentemente, pela própria Administração e pelo Poder Judiciário.

No primeiro caso, atende-se à ideia de que, sendo a Administração Pública detentora da atribuição precípua de assegurar a realização do direito e a promoção do bem comum, não pode, no exercício das suas funções, desviar-se da lei, desrespeitar a moralidade administrativa, nem desprezar os fins eminentemente sociais da sua atuação, incumbindo-lhe, quando constatar que por erro, culpa, dolo ou corrupção dos seus agentes, a atividade pública afrontou a lei, desgarrou-se da moral ou desviou-se do bem comum, invalidar espontaneamente, ou mediante provocação, os atos ilegais, imorais, inoportunos, inconvenientes e atentatórios aos seus fins.

No exercício desse poder, controla plenamente os seus atos, examinando-os sob os aspectos da oportunidade, conveniência, justiça, conteúdo, forma, finalidade, moralidade e legalidade. Para fins de anulação, o conceito de ilegalidade ou ilegitimidade do ato administrativo abarca tanto o de inobservância do texto constitucional ou legal, como o de abuso por excesso ou desvio de poder, ou por ofensa aos princípios gerais do direito.

Independentemente da procedência, natureza ou objeto do ato administrativo praticado, ou da atividade administrativa desenvolvida, o controle jurisdicional compreende não só a verificação da sua lesividade a direito individual ou ao patrimônio público, mas, também, o exame da sua conformação com o ordenamento jurídico, englobando a análise da competência, da observância às formalidades extrínsecas e aos requi-

sitos substanciais, definidos em lei como elementares e indispensáveis para a regular formatação do ato, bem como dos motivos apontados com determinantes para a sua emissão.

Mesmo com relação aos atos administrativos discricionários, quando escapam do controle judicial as razões de mérito administrativo relativas à oportunidade e conveniência para a sua prática, é cabível o exame jurisdicional da legalidade, da moralidade e da correspondência dos fundamentos fáticos e jurídicos do ato com os motivos alegados.

Isto implica afirmar que a análise judicial da atuação administrativa igualmente compreenderá a verificação da "realidade dos fatos e também a coerência lógica da decisão discricionária com os fatos, pois, se ausente a coerência, a decisão estará viciada por infringência ao ordenamento jurídico e, mais especificamente, ao princípio da proibição da arbitrariedade dos poderes públicos que impede o extravasamento dos limites razoáveis da discricionariedade, evitando que esta se converta em causa de decisões desprovidas de justificação fática e, consequentemente, arbitrárias" (MORAES, 2005:833).

A legislação disponibiliza aos administrados (indivíduos, servidores ou pessoas jurídicas), independentemente da procedência, natureza, objeto ou atributo do ato administrativo praticado, ou da atividade administrativa desenvolvida, um conjunto de instrumentos jurídicos habilitados para viabilizarem a execução desses controles, possibilitando, no que respeita aos atos autoexecutáveis, pela via do exame da sua lesividade a direito individual ou ao patrimônio público e da sua conformação com o ordenamento jurídico, a suspensão preventiva ou a revogação das medidas impugnadas.

No plano administrativo ou interno, o interessado pode formular pleito de revogação ou de invalidação do ato, postular a suspensão dos seus efeitos, bem como recorrer da decisão proferida (artigos 5º, 6º e

56 a 65, da Lei nº 9784/99). A opção pela via administrativa não o impede de formular, concomitantemente, pretensões idênticas perante o Poder Judiciário, o qual não está vinculado às deliberações proferidas naquela instância.

No âmbito administrativo, de regra, depois de exauridos os efeitos decorrentes da voluntária operatividade ou da formação de coisa julgada administrativa, o ato administrativo torna-se irrevogável, porém, enquanto não consolidadas tais situações, os atos perfeitos podem ser revogados por motivos de conveniência, oportunidade ou de mérito administrativo, mediante decisão fundamentada, com efeitos *ex nunc*. A autoridade administrativa, inclusive, poderá suspender, por determinado período e quando as circunstâncias e o interesse público exigirem, a exequibilidade do ato.

Os administrados podem, em princípio, ajuizar contra a Administração Pública todos os procedimentos judiciais contenciosos aptos para impedir ou reprimir a ilegalidade suscitada, invalidar o ato reputado ilegal ou abusivo, e propiciar a compensação e a reparação dos danos patrimoniais e imateriais suportados. Igualmente lhes é facultado requerer ao Judiciário a suspensão liminar da operatividade dos atos ou decisões administrativas.

Dentre as ações especiais previstas no Código de Processo Civil que podem ser, adequadamente, utilizadas pelo particular contra a Administração, destacam-se as ações possessórias (arts. 920 a 933), a ação de nunciação de obra nova (arts. 934 a 940) e a ação de consignação em pagamento (arts. 890 a 900).

Além destas, podem ser ajuizadas pelos administrados todas as demais ações previstas e disciplinadas pelo processo comum, com rito ordinário ou sumário, de acordo com o valor e a natureza da causa, e que comportem pedidos, simples ou cumulados, constituti-

vos ou declaratórios, indenizatórios, anulatórios, cominatórios, possessórios ou dominiais.

O ordenamento também coloca à disposição dos administrados a possibilidade de pleitearem tutelas sumárias de urgência, acautelatórias ou antecipatórias, com o intuito de obstar ou suspender a executoriedade das decisões administrativas, quer mediante medidas preventivas para assegurar "a preservação dos direitos, antes que gozem de garantia efetiva, pela execução proferida em processo contencioso" (ROCHA 1981:11), quer por intermédio da antecipação dos efeitos da tutela pretendida, garantindo a satisfação precária do direito.

Conquanto a "existência de uma tutela sumária antecipatória, ladeando a tutela cautelar e, posicionando-se, também ao lado da tutela urgente de cognição exauriente, como espécie do gênero tutela de urgência" (MARINONI, 1992:13) possa ser problemática e não dispense a ponderação das limitações impostas ao julgador quando lançadas em desfavor da Administração Pública, parece haver consenso na doutrina e na jurisprudência no sentido de que todas estas medidas, ainda que previstas no título das cautelares, se destinam a possibilitar soluções ágeis, em circunstâncias especiais e com eficácia para conter violências e impedir injustiças maculatórias a direitos substanciais ou processuais, capazes de expurgar ou permitir a ocorrência de fatos com o objetivo de salvaguardar a plena satisfação de um direito juridicamente respaldado.

Sem embargo de integrarem o rol das tutelas de urgências, as medidas cautelares não se confundem como o instituto da antecipação dos efeitos da tutela. O Código de Processo Civil conferiu autonomia plena ao processo cautelar, gravando-o com características próprias que o distinguem dos processos de conhecimento e de execução.

Posicionado como espécie do gênero das tutelas de urgência, pressupõe a existência do *periculum in mora* e a configuração da necessidade de

prevenir, temporária e provisoriamente, até o advento do provimento jurisdicional a ser proferido no processo principal, a ocorrência de lesão a um direito aparentemente plausível (*fumus boni iuris*), por intermédio de forma abreviada de procedimento.

As cautelares podem ser concedidas de ofício, tanto nos casos previstos em lei, quanto em situações excepcionais, desde que instaurado o processo. Apesar de referirem-se sempre a um direito acautelado, protegido ou assegurado, são meramente instrumentais porque não se vinculam à sua declaração, não promovem a eventual realização do direito e servem, apenas, a uma necessidade de segurança revelada numa situação que se impõe como relevante para a futura atuação jurisdicional definitiva, carecendo, por conseguinte, de carga declaratória suficiente para produzir coisa julgada material.

Com exceção das medidas que podem ser tomadas de ofício ou pleiteadas, incidentalmente, e no bojo de outros processos de rito específico, a tutela cautelar pressupõe provocação da parte interessada no provimento acautelatório, a qual deverá demonstrar estar legitimada por um direito aparentemente bom, e exposto a perigo de dano irreparável ou de difícil reparação.

A seu turno, o instituto da antecipação dos efeitos da tutela constitui espécie diferenciada do gênero das tutelas sumárias de urgência que, além de não incorporar providência voltada para a garantia da utilidade de provimento futuro a ser exarado em processo principal, revela-se como medida, eminentemente, direcionada à proteção e satisfação do direito material discutido, fundada na necessidade de evitar a produção de dano irreparável ou de difícil reparação ao bem jurídico ameaçado, e no juízo de probabilidade e de verossimilhança das alegações formuladas, construído a partir da produção de prova inequívoca do direito pretendido ou do flagrante abuso do direito de defesa do demandado.

Quando as medidas acautelatórias ou antecipatórias são concedidas ou aplicadas antes da instauração do contraditório, em razão do evidente risco de perecimento do direito material perseguido ou da imperiosa necessidade de resguardar a utilidade prática da jurisdição ou do direito de defender-se previamente, são denominadas tutelas liminares.

Sua admissibilidade nos pedidos não cautelares requer a caracterização da necessidade de antecipação da eficácia do direito, devido à probabilidade de risco decorrente da demora do provimento final, tal como ocorre em sede de mandado de segurança, ação civil pública e ação coletiva em defesa do consumidor, ou a configuração dos pressupostos arrolados na norma específica, a exemplo das hipóteses previstas em ações possessórias.

A exemplo do que se constata nos sistema inglês e americano, que também adotam a jurisdição una, os comandos emitidos contra a Administração Pública, nomeadamente aqueles resultantes destes provimentos, sofrem algumas restrições quanto ao seu cabimento ou à sua efetividade imediata.

O artigo 5º, da Lei nº 4.348/64 veda a concessão de medida liminar em mandados de segurança impetrados, visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens; o § 4º, do artigo 1º, da Lei nº 5.021/66 proíbe a concessão de liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias; o artigo 1º, da Lei nº 2.770/56 impede o deferimento de medida preventiva que, direta ou indiretamente, nas ações e procedimentos judiciais de qualquer natureza, vise obter a liberação de mercadorias, bens ou coisas de qualquer espécie, procedentes do estrangeiro e importe na entrega da mercadoria, bem ou coisa.

A Medida Provisória nº 118, de 5 de dezembro de 1989, convertida na Lei nº 7.969, de 22 de dezembro do mesmo ano, no seu art. 1.º,

estendeu os efeitos do artigo 5.º da Lei n. 4.348/64, às medidas cautelares. O artigo 1º e seus parágrafos, da Lei nº 8.437, de 30.6.92, vetou a concessão de medida liminar contra atos do Poder Público, nos procedimentos cautelares ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal; bloqueou a admissão no Juízo de 1º Grau, de medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de Tribunal (§ 2º), com exceção dos processos de ação popular e de ação civil pública; e o deferimento de medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação.

A Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, resultante da conversão da Medida Provisória nº 1.570, de 26 de março de 1997, estendeu à tutela antecipada as limitações insertas nos artigos 5º e seu parágrafo único, e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no artigo 1º e seu parágrafo 4º da Lei nº 5.021, de 1966, e nos artigos 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 1992.

Todas essas normas, embora editadas de forma casuística com a finalidade de proteger determinadas conjunturas, continuam em vigor e são passíveis de incidir em situações concretas nas quais se discuta a legalidade da execução direta de decisões administrativas.

Na instância judicial, onde a decisão que proclama a invalidade do ato administrativo se opera *ex tunc,* afetando todos os efeitos passados, presentes e futuros do ato, ressalvados, quanto às consequências reflexas, os terceiros de boa-fé, o administrado também pode fazer uso dos remédios constitucionais ou infraconstitucionais, especialmente, estruturados para viabilizarem a pronúncia de determinadas ilegalidades ou de situações caracterizadoras de abuso de poder.

Dentre as ações constitucionais, o mandado de segurança, previsto no artigo 5º, incisos LXIX e LXX, da Constituição Federal de 1988, e regulado pela Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009, destaca-se como remédio posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual ou universalidade reconhecida por lei, para buscar proteção jurisdicional de direito adquirido, individual ou coletivo, próprio, líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão por ato de qualquer autoridade pública, não amparado por *habeas corpus*.

Consagrado como instrumento de maior densidade no combate ao cometimento de ilegalidades e de desvios ou abusos de poder, pode ser manejado como medida preventiva ou repressiva imediata. A sua utilização tem por vantagem a possibilidade de suspensão liminar do ato impugnado e a dispensa de uma instrução demorada, devido à supressão da fase probatória propriamente dita, uma vez que somente será cabível e admitido quando os fatos alegados forem incontroversos ou figurarem provados de forma inequívoca, *ab initio*, pela prova documental que acompanha a postulação inaugural.

Como remédio extraordinário, o mandado de segurança só pode ser utilizado quando não existirem outros meios hábeis para suspender a eficácia do ato estatal (BUENO, 1999:70), carecendo de interesse jurídico para a impetração aquele que, apesar da previsão de recurso interno com efeito suspensivo sem caução, deixou de movimentá-lo contra a decisão administrativa.

O mandado de segurança comporta suspensão liminar e decisão final com efeito mandamental imediato. Conquanto provisória, a liminar concedida *initio litis* implica inequívoca antecipação da tutela jurisdicional reclamada, diversamente do que se visualiza no processo cautelar, cuja liminar tem por objeto precípuo assegurar a utilidade e eficácia do provimento judicial a ser proferido na ação principal.

A medida liminar pode ser revogada a qualquer tempo pelo juiz que a concedeu, nomeadamente, quando fatos supervenientes tornem insubsistentes os motivos que ensejaram o seu deferimento; ou ter seus efeitos suspensos por decisão do Presidente do Tribunal ao qual o juiz concedente esteja vinculado.

O *habeas corpus*, também com assento constitucional no artigo 5º, inciso LXVIII, e disciplina na legislação processual penal, igualmente figura como remédio preventivo e repressivo de ilegalidades perpetradas na execução de decisões administrativas, cabível quando alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

A ação popular é outra via de controle, que admite tanto proteção cautelar como tutela antecipatória, com previsão constitucional no inciso LXXIII, do artigo 5º, regulada pela Lei nº 4.717, de 29.6.1965, suscetível de ser manejada, concomitantemente, com a Ação Civil Pública, por qualquer eleitor, para obter a invalidação de atos ou contratos administrativos, ou a eles equiparados, considerados ilegais e lesivos ao patrimônio federal, estadual ou municipal, ou de qualquer das suas autarquias, entidades paraestatais e pessoas jurídicas subvencionadas com dinheiros públicos, bem como à moralidade, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

A ação civil pública, disciplinada pela Lei 7.347, de 24.7.1985, da mesma forma, serve ao controle dos atos executórios da Administração, ao instrumentalizar a tutela de interesses difusos na sociedade, sobretudo, aqueles relacionados ao meio ambiente, ao consumidor, e a bens ou direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Trata-se de ação que pode ser deflagrada por órgão do próprio Estado ou por entidades representativas de segmentos sociais, visando à defesa de interesses de natureza coletiva, difusos e homogêneos, oponí-

vel, inclusive, à decisão do Poder Público que se aperfeiçoe ofensiva aos direitos tutelados, e que admita tutela preventiva quer por intermédio de ação cautelar preparatória ou incidental, quer pela via da antecipação dos efeitos da tutela.

Contrariamente ao que se verifica na ação popular, em que a proposta do autor restringe-se à invalidação da conduta administrativa lesiva aos bens protegidos, na ação civil pública o objeto da pretensão é atribuir ao sujeito passivo obrigação de fazer ou não fazer, ou o dever de indenizar. Devido a sua maior abrangência subjetiva e objetiva e à sua modernidade tem, praticamente, absorvido a ação popular, que possui linhas mais acanhadas e anacrônicas (CARVALHO FILHO, 1995:10).

Com a referência constitucional ao instituto, de forma a ampliar o catálogo de direitos transindividuais passíveis de proteção, foram editados novos diplomas que estenderam a sua utilização para a tutela de outros direitos coletivos e difusos, diversos daqueles arrolados na Lei nº 7.347/85.

É o que se depreende da Lei nº 7.853/89, ao dispor sobre a proteção das pessoas portadoras de deficiência e sua integração social; da Lei nº 7.913/89, ao tratar da responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários; da Lei nº 8.069/80, ao contemplar a viabilidade da ação civil pública para proteção de interesses individuais ou coletivos das crianças e adolescentes; da Lei nº 8.078/90, ao admitir a tutela coletiva de direitos dos consumidores; da Lei nº 8.7974/95, relativamente aos danos causados ao homem, aos animais, às plantas e ao meio ambiente pelo uso indevido de técnicas de engenharia genética; e da Lei nº 10.741/2003, no que tange à tutela dos direitos dos idosos.

O *habeas data* também se estabilizou como remédio constitucional manejável para coibir ilegalidades e abusos de poder. Prescrito no inciso

LXXII, do artigo 5º, da Carta, consubstancia ação pela qual qualquer pessoa física ou jurídica pode recorrer, a fim de assegurar o conhecimento de registros que lhe sejam concernentes, constantes de repartições públicas ou particulares acessíveis ao público, bem como para retificação de seus dados pessoais.

6 Efeitos do incumprimento dos atos e decisões administrativas

A executoriedade autoriza o emprego pela Administração de todos os meios diretos e indiretos de coação, a fim de ver cumprida a ordem constante do ato ou decisão administrativa, sem necessidade de provocação do Poder Judiciário, contudo, diante de eventual impossibilidade de executar diretamente o ato, quer em razão de resistência intransponível oposta pelo destinatário da medida, quer por carência de meios efetivos de fazer valer a sua vontade, o ordenamento lhe faculta o manejo de todas as ações judiciais cabíveis, incluindo providências cautelares e cominatórias previstas no Código de Processo Civil e na Legislação Extravagante, para o acertamento judicial dos atos autoexecutórios resistidos pelos particulares, bem como para execução daqueles desprovidos de autoexecutoriedade não cumpridos voluntariamente pelos administrados.

No plano processual, a Administração Publica possui diversos privilégios, como a quadruplicação do prazo para responder e a duplicação dos prazos recursais, a representação legal sem necessidade de instrumento de outorga, a não submissão aos efeitos da revelia, o duplo grau obrigatório de jurisdição, a impenhorabilidade dos bens e o sistema de execução mediante precatórios.

A par destas prerrogativas, a Lei nº 6.830/80 confere tratamento especial aos créditos constituídos a partir das multas ou sanções compulsórias

aplicadas pela União, Estados, Distrito Federal, Municípios e respectivas autarquias, em razão do desempenho das suas atividades, estabelecendo procedimento próprio para a execução judicial dos valores apurados.

A propositura de ações cíveis, com o objetivo de fazer cumprir atos administrativos qualificados ou não pelo atributo da autoexecutoriedade, não inviabiliza a instauração de procedimentos penais com o objetivo de apurar e punir a consumação de uma série de delitos previstos no Decreto-Lei nº 2.848/40 (Código Penal), e na legislação superveniente, cujos tipos incorporam condutas consumadas a partir do descumprimento de ordens executórias materializadas em diversas modalidades de atos administrativos.

Dentre outras figuras que podem quedar consumadas, o Diploma Punitivo, no capítulo destinado aos crimes praticados por particular contra a administração, tipifica: a) no artigo 329, como crime de resistência, a oposição do particular à execução de ato legal, mediante violência ou ameaça a funcionário competente para executá-lo ou a quem lhe esteja prestando auxílio, sancionado-o com pena restritiva de liberdade de 2 (dois) meses a 2 (dois) anos de detenção, e, na hipótese de o ato, em razão da resistência, não se executar(§1º), de 1 (um) a 3 (três) anos de reclusão, sem prejuízo das penas correspondentes à violência (§2º); b) no artigo 330, como crime de desobediência, o ato de desobedecer à ordem legal de funcionário público, incriminando-o com detenção, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, e multa; c) no artigo 331, como desacato, a conduta do particular consistente em desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela, punindo-a com detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa; e, d) no artigo 333, como corrupção ativa, a oferta ou promessa de vantagem indevida a funcionário público, com o objetivo de induzi-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício, incriminando-a com reclusão de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa, pena que deverá ser aumentada de um terço se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional (Parágrafo Único).

7 Conclusões

Do texto é possível inferir que as relações jurídico-administrativas no Brasil são qualificadas pela presença determinante da Administração Pública, cuja vontade, expressada por intermédio de atos unilaterais ou bilaterais, praticados pelos seus agentes ou particulares investidos na função pública, se submete integralmente à lei.

Por desenvolver atividade destinada à realização de interesses coletivos, a Administração Pública desfruta de prerrogativas que lhe conferem supremacia, gravando os seus atos com os qualificativos da presunção de legitimidade, da imperatividade, da exigibilidade e, em certos casos, da autoexecutoriedade.

Contudo, a despeito das inúmeras situações nas quais os atos administrativos podem aperfeiçoar-se com o atributo da autoexecutoriedade, inexistem normas que estabeleçam princípios específicos que disciplinem a execução direta e coercitiva pela própria Administração.

Para bloquear a prática de ilegalidades e abusos, o ordenamento disponibiliza um conjunto de instrumentos jurídicos aos administrados (indivíduos, servidores ou pessoas jurídicas). No plano administrativo permite-lhes pleitear a revogação ou invalidação do ato ou postular a suspensão dos seus efeitos, e na órbita judicial faculta-lhes o acesso tanto a ações comuns, ordinárias, cautelares e especiais, previstas no Código de Processo Civil, como aos remédios constitucionais próprios (mandado de segurança, habeas corpus, ação popular, ação civil pública, habeas data), capazes de viabilizar a suspensão liminar da operatividade de atos administrativos impugnados, a sua invalidação e o ressarcimento dos danos deles decorrentes.

Por outro lado, o sistema jurídico também autoriza à Administração, diante de eventual impossibilidade de executar diretamente seus atos e

decisões, quer em razão de resistência intransponível oposta pelo destinatário da medida, quer por carência de meios efetivos para fazer valer a sua vontade, o manejo de todas as ações judiciais cabíveis para o acertamento judicial dos mesmos, sem prejuízo da instauração de procedimentos penais com o objetivo de apurar e punir delitos como o de resistência, desobediência, desacato, corrupção ativa, cujos tipos incorporam condutas materializadas pela recalcitrância dos particulares em cumprirem ordens autoexecutórias ou não, emitidas por autoridades públicas.

The Auto Enforceability of Administrative Acts Decision-Making in Brazilian Law court

Abstract

In Brazilian model, the subordination of government to law and privilege of auto enforceability as an attribute of certain administrative acts or decisions are revealed as fundamental principles of system functionality and backing the judicial review of the legality of administrative acts and decisions, especially in cases it is necessary to use for the administrator, the direct means of administrative coercion in order to impose by coercion absolute compliance with the provision required. Despite the lack of standards governing specifically the acts of direct execution, administrative activity, in general, is guided by the principles Constitutional legality, impersonality, morality, publicity and efficiency, the implementation of which is subjected to principles of defense, the adversarial legal certainty and the public interest, so as to allow the control of legality and constitutionality of these actions or decisions can be made parallel and concurrently by the Administration and the Judiciary.

Keywords: Administrative acts. Auto Enforceability. Control of legality.

Referências

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1994.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. São Paulo: Renovar, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1999.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Liminar em Mandado de Segurança: Um tema com variações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CARVALHO FILHO, Jose dos Santos. **Ação Civil Publica**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Executoriedade do Ato Administrativo Unilateral**. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Serviço de Publicações da Fundação Getúlio Vargas, vol. 71, pp. 16-28, Janeiro-Março de 1963.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 1999.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. São Paulo: Dialética, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002.

FREITAS DO AMARAL, Diogo. **O Novo Código do Procedimento Administrativo – O Regime do Acto Administrativo**. In: Separata de O Código do Procedimento Administrativo. Seminário. Fundação Calouste Gulbenkian, 18 e 19 de Março de 1992. Lisboa: INA, pp. 101-111, 1992.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, vol. 1, 2006.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2006.

GRECO FILHO, Vicente. **A Extinção da Ação Cominatória no Código de Processo de 1973 e a Executoriedade do Ato Administrativo**. In: Justitia. São Paulo: Serviço de Documentação e Jurisprudência do Ministério Público, vol. 96, ano XXXIX, pp. 25-33, 1º Trimestre de 1977.

JUSTEN FILHO. Marçal. **O Direito das Agencias Reguladores Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2006.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. Revista e reelaborada por Paulo Alberto Pasqualini. São Paulo: Malheiros, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1992.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1994.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2005.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. São Paulo: Renovar, 2007.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de (II). **Mandado de Segurança e o Controle Jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. **A Executoriedade dos Atos Administrativos**. In: BDA – Boletim de Direito Administrativo. São Paulo: NDJ, nº 3, pp. 180-187, Março de 2001.

OLIVEIRA. Régis Fernandes de. **Executoriedade dos Atos Administrativo**. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 684, pp. 44-46, Outubro de 1992.

PEDREIRA, Ana Maria. **Direito Administrativo e Processo Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ROCHA, José de Moura. **Exegese do Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Aide, Vol. VIII, 1981.

SUNDFELD, Carlos Ari. **O Controle da Administração Publica Brasileira e as Medidas Cautelares**. In: Revista de Direito Administrativo Aplicado. Curitiba: Gênesis, n. 9, pp. 333-345, 1996.

Referência do texto

MENDONÇA, José Júnior Florentino dos Santos. A Autoexecutoriedade dos Atos Administrativos Decisórios no Direito Brasileiro. **Revista da ESMAPE**, Recife, v. 17, n. 35, p. 223-248, jan./jun. 2012.

** Artigo recebido em: 10 maio. 2012. Aprovado em: 5 jun. 2012.*

Considerações sobre algumas polêmicas acerca do pedido, da competência e das despesas processuais nos juizados especiais cíveis estaduais

José Raimundo dos Santos Costa
Juiz de Direito da Capital do Estado de Pernambuco. Especialista em Direito Público e Privado pela UFPE; Mestre em Gestão Pública pela UFPE; Mestrando em Direito Constitucional Pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Membro do Colégio Recursal Cível da Capital; Professor de Direito Processual Civil da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – ESMAPE e da Universidade Salgado de Oliveira – UNIVERSO.

Resumo

Nos Juizados Especiais Cíveis basicamente existem duas teorias acerca da repercussão econômica do pedido a fim de interpretar a competência descrita no artigo 3º da Lei nº 9.099/95. Pela teoria unitária, toda e qualquer causa somente poderá ser proposta se o seu valor não ultrapassar a 40 salários mínimos. Pela teoria dualista, existem dois critérios de fixação da competência, o critério do valor da causa que não pode ultrapassar a 40 salários mínimos previstos nos incisos I e IV e § 1º, inciso II do artigo 3º da Lei nº 9.099/95 e o critério da causa de menor complexidade que depende da natureza da causa sem que haja qualquer limite no valor do pedido, conforme incisos II e III do artigo 3º da citada lei.

Entendo, porém, que na fase da postulação qualquer que seja a hipótese do artigo 3º da Lei nº 9.099/95, não deve haver limitação ao valor do pedido uma vez que pode o autor buscar uma solução conciliada pela via do Juizado Especial Cível já que não há limite de valor, qualquer que seja a natureza da causa, para sentença homologatória de acordo, não se aplicando ao caso, a renúncia tácita do art. 3º, § 3º e nem a ineficácia da sentença do art. 39, ambos da Lei especial.

Como regra não há despesas processuais ou honorários advocatícios a serem impostos às partes no primeiro grau de jurisdição nos Juizados Especiais Cíveis, salvo se o autor faltar a qualquer das audiências, hipótese em que a sentença que

extinguir o processo o condenará ao pagamento das custas processuais; quando qualquer das partes for considerada litigante de má fé, que pagará custas processuais e honorários advocatícios e, haverá ainda o pagamento de despesas processuais, quando os embargos do executado forem julgado improcedentes e quando se tratar de execução de sentença confirmada em segundo grau de jurisdição.
Para interpor recurso inominado contra sentença o recorrente deverá pagar todas as despesas processuais e fazer o depósito recursal. Sendo que o preparo deve compreender as despesas para recorrer e as despesas processuais dispensadas no primeiro grau de jurisdição. O recorrente vencido total ou parcialmente suportará o ônus da sucumbência devendo ser condenado ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios.

Palavras-chave: Juizados. Especiais. Competência. Despesas.

Introdução

Os Juizados Especiais Cíveis Estaduais, órgãos do Poder Judiciário competente para processar e julgar causas de menor complexidade e de pequeno valor pelo rito sumaríssimo da Lei nº 9.099/95, ainda é palco de muita discussão sobre a correta aplicação dos institutos previstos na referida lei. Já há consenso em muitos aspectos que inicialmente geraram polêmica, como a obrigatoriedade ou não de serem demandadas nos Juizados Especiais as ações cuja matéria ou valor se enquadrarem nas hipóteses do artigo 3º da citada lei. Superada essa polêmica uma vez que hoje, é pacífico que é da livre escolha do autor, a opção pelo sistema dos Juizados Especiais, ainda persistem algumas polêmicas sobre pedido, valor da causa, competência, despesas processuais e ônus da sucumbência entre outras.

O presente artigo pretende fazer considerações acerca de algumas questões ainda muito discutidas na doutrina e na jurisprudência sobre a formulação de pedidos, sobre competência e despesas processuais nos Juizados Especiais Cíveis tanto na fase de conhecimento como no procedimento de execução de sentença e de títulos executivos extrajudiciais.

1 Do pedido nos juizados especiais cíveis

1.1 Requisitos formais do pedido

Nos Juizados Especiais Cíveis o pedido deve atender as regras do artigo 286 do Código de Processo Civil, devendo, portanto, ser certo e determinado. Contudo, deve atender às regras específicas descritas no artigo 14 e 15 da lei nº 9.099/95.

Quanto a forma, o pedido pode ser apresentado em petição escrita ou oralmente, quando o mesmo será tomado por termo por servidor destinado a esse fim.[1]

Da petição ou do pedido oral deverão constar de forma simples e em linguagem acessível o nome, a qualificação e o endereço das partes, devendo os fatos e os fundamentos jurídicos serem expostos sucintamente, seguida do pedido e do seu respectivo valor.[2]

Na forma do § 2º, do artigo 14 da lei especial, quando não for possível determinar até o momento da propositura da demanda, a extensão pecuniária da obrigação, é possível formular pedido genérico.[3]

1 Art. 14. O processo instaurar-se-á com a apresentação do pedido, escrito ou oral, à Secretaria do Juizado. § 1º Do pedido constarão, de forma simples e em linguagem acessível: I - o nome, a qualificação e o endereço das partes; II - os fatos e os fundamentos, de forma sucinta; III - o objeto e seu valor.

2 De forma sucinta significa que o autor deve relatar todos os fatos relevantes e os fundamentos jurídicos deles decorrentes de forma objetiva. Deve, portanto, evitar relatar fatos irrelevantes para a causa bem como evitar a retórica da linguagem jurídica tradicional.

3 Por pedido genérico deve-se entender aquele em que se identifica a espécie, sem, contudo, identificar a sua quantidade. No procedimento comum, conforme o artigo 286, segunda parte, o pedido genérico pode ser formulado em três hipóteses: I - nas ações universais, se não puder o autor individuar na petição os bens demandados; II - quando não for possível determinar, de modo definitivo, as consequências do ato ou do fato ilícito e III - quando a determinação do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu. Nos Juizados Especiais Cíveis, entretanto, o pedido genérico só é possível, quando no momento da propositura da demanda não for possível determinar a extensão pecuniária da obrigação que se busca impor ao demandado.

Podem ser formulados pedidos alternativos ou cumulativos, observando que sendo cumulativos, deverão ser necessariamente conexos[4] e, se for feito com base nos incisos I e IV do artigo 3º da Lei nº 9.099/95, a soma da pretensão econômica dos mesmos não devem ultrapassar a quarenta vezes o valor do salário mínimo nacional.[5]

1.2 Limite de valor a ser postulado e a renúncia a crédito em razão da opção pelo Juizado Especial Cível

A doutrina ainda diverge sobre a tese adotada pela Lei nº 9.099/95 acerca de limite na pretensão econômica a ser postulada nos Juizados especiais cíveis.

Existem aqueles que defendem sem exceção que a pretensão econômica a ser postulada não pode ultrapassar a quarenta salários mínimos. Há também quem defenda que só há limite na pretensão deduzida com base nas hipóteses onde a lei, expressamente, fixou limite. Essas hipóteses estão previstas no artigo 3º, incisos I e IV da Lei nº 9.099/95.

Humberto Theodoro Júnior apresenta uma solução mista para as hipótese do artigo 275, II do CPC ao afirmar que:

4 Conforme art. 103 do CPC "reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir".

5 Conforme artigo 15 da Lei nº 9.099/95: "Os pedidos mencionados no art. 3º desta Lei poderão ser alternativos ou cumulados; nesta última hipótese, desde que conexos e a soma não ultrapasse o limite fixado naquele dispositivo". Esta limitação ao valor decorrente da soma dos pedidos é objeto de minha crítica, pois entendemos não haver limite para o pedido inicial nos Juizados Especiais Cíveis, conforme demonstrarei mais adiante.

> Pela matéria, são da competência do Juizado Especial: a) as causas enumeradas no art. 275, II, do Código de Processo Civil, ou seja, todas aquelas que, ratione materiae, devem, na justiça contenciosa comum, seguir o rito sumário (Lei n. 9.099, art. 3º II). A maioria delas refere-se à cobrança de créditos (aluguéis, danos, rendas, honorários, seguros etc.). Algumas, porém, referem-se a coisas, como as derivadas do arrendamento rural e da parceria agrícola. Nas primeiras, o procedimento do Juizado Especial ficará restrito ao teto de 40 salários. Nas últimas, não haverá restrição ao valor da causa, por não se tratar de cobrança de crédito (Lei n. 9.099, art. 3º, § 3º)[6]

O referido artigo trata da competência dos Juizados Especiais Cíveis em razão do valor da causa e em razão da matéria.[7] Resta claro que o legislador adotou dois critérios para fixar a competência na Lei nº 9.099/95. O primeiro foi o valor atribuído à causa[8], ao fixar o limite de quarenta salários mínimos para o valor da pretensão econômica a ser deduzida no pedido,[9] o segundo foi o critério da natureza da causa ou do bem da vida pretendido na demanda e, neste particular, apenas em duas hipóteses estabeleceu limite do valor da pretensão. A primeira se refere as ação possessórias sobre bens imóveis[10] e a segunda se refere a execução de títulos executivos extrajudiciais[11], tendo ambas sido limitadas a quarenta salários mínimos.

Nas demais hipóteses do artigo 3º da citada lei, não houve pelo legislador qualquer limitação ao valor da causa. Assim, quando o pedido se tratar de uma das hipóteses do artigo 275, inciso II do CPC[12] ou de

6 Direito Processual Civil, 1997, p. 471.

7 Art. 3º O Juizado Especial Cível tem competência para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade, assim consideradas: I - as causas cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo; II - as enumeradas no art. 275, inciso II, do Código de Processo Civil; III - a ação de despejo para uso próprio; IV - as ações possessórias sobre bens imóveis de valor não excedente ao fixado no inciso I deste artigo.

8 Considerando que o valor atribuído à causa deve, quando for possível, se equivalente à pretensão econômica deduzida no pedido.

9 Inciso I do artigo 3º da Lei nº 9.099/95.

10 Conforme inciso IV, do artigo 3º, da Lei nº 9.099/95.

11 Conforme Inciso II, § 1º, do artigo 3º da Lei nº 9.099/95.

12 Conforme Inciso II, do artigo 3º do CPC.

despejo para uso próprio[13], a pretensão econômica pode ultrapassar a quarenta salários mínimos.[14]

Por esse motivo Alexandre Freitas Câmara entende que os Juizados Especiais Cíveis na forma da lei nº 9.099/95 se constituem, ao mesmo tempo, em *Juizados Especiais Cíveis* e em verdadeiros *Juizados de Pequenas Causas.*[15]

Esse também é o que pensa Felipe Borring Rocha quando afirma que o legislador fez sua opção pela teoria dualista[16], bem como Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e João Bosco Won Held Gonçalves de Freitas Filho[17]. Tendo esses últimos ao falarem sobre o limite imposto no inciso I, do artigo 3º da Lei nº 9.099/95, assim se expressado:

> O inciso I, não sendo norma geral, é apenas um dos casos de competência dos Juizados, assim como o é o inciso II. Ademais, se a intenção do legislador fosse, de fato, realizar uma limitação no valor de alçada, teria feito uma ressalva expressa, como fez claramente em relação às ações possessórias, as quais estão vinculadas ao valor de 40 salários mínimos, ante a previsão do inço IV do art. 3º da Lei nº 9.099/95. A mesma limitação ocorre na execução dos títulos executivos extrajudiciais, valor que fica limitado a 40 salários mínimos, nos

13 Conforme Inciso III, do artigo 3º do CPC.

14 Conforme entendimento de Antonio Pereira Gaio Júnior. O processo nos Juizados Especiais Cíveis, p. 27. Saliento que conforme demonstrarei mais adiante, entendo que a pretensão econômica deduzida no pedido, em qualquer caso, pode ultrapassar a quarenta salários mínimos.

15 "...Optou-se pela revogação pura e simples da Lei nº 7.244/1984, criando-se um só órgão jurisdicional, chamado de Juizado Especial Cível, com competência para causas cíveis de *pequeno valor* e de *pequena complexidade*. Isso faz com que os Juizados Especiais Cíveis, na forma como são regidos pela Lei nº 9.099/1995, sejam, a rigor, não só Juizados Especiais Cíveis, mas também Juizados de Pequenas Causas" (Câmara, Alexandre Freitas. Juizados Especiais Cíveis Estaduais, Federais e da Fazenda Pública: Uma abordagem Crítica. 6. Ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 25).

16 ROCHA, Felipe Borring. *Desmitificando os Fantasmas: Formalismo, idealismo e Pragmatismo nos Juizados Especiais Cíveis Estaduais.* In: Juizados Especiais Cíveis. Novos Desafios, 2010, p. 25.

17 MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro e FREITAS FILHO, João Bosco Won Held Gonçalves de. *Considerações em torno de algumas questões polêmicas no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis.* In: Juizados Especiais Cíveis. Novos Desafios, 2010, p 115.

> termos da inequívoca previsão legislativa disposta no inciso II, do § 1º, do art. 3º da referida lei.[18]

Nesse contexto, o disposto do § 3º do artigo 3º da Lei nº 9.099/95, não se aplica a todas as hipóteses previstas no referido artigo, mas somente, naquelas em que haja a limitação imposta expressamente. Logo, a renúncia tácita ao crédito excedente a quarenta salários mínimos quando se opta pelo procedimento dos Juizados Especiais Cíveis não se impõe quando o pedido tiver como base quaisquer das hipóteses previstas no artigo 275, II, do CPC e quando se tratar de ação de despejo para uso próprio.

Para Alexandre Freitas Câmara o § 3º do artigo 3º da Lei nº 9.099/95, "só se aplica às *pequenas causas*", ou seja, àquelas em que a competência dos Juizados Especiais Cíveis é fixada *ratione valoris.* Não se aplica o disposto no art. 3º, § 3º, às *causas cíveis de menor complexidade*"[19], concluindo que nos casos de competência em razão da matéria pode ser postulada pretensão de bem jurídico de valor superior a quarenta salários mínimos, sem que haja qualquer renúncia ao que exceder a este patamar.

1.3 Postulação sem limites quanto ao valor da pretensão

Considerando o aspecto processual, a Lei nº 9.099/95 constitui-se um microssistema processual de rito sumaríssimo, conforme artigo 98, inciso I, da Constituição Federal.[20] No entanto, partindo-se da matriz principiológica que deu origem a este sistema, não se pode considerar que a referida

18 Idem, p. 116

19 Câmara, Alexandre Freitas. Juizados Especiais Cíveis Estaduais, Federais e da Fazenda Pública: Uma abordagem Crítica. 6. Ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 29.

20 Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

lei instituiu no nosso ordenamento jurídico apenas mais um rito processual, acredito que o procedimento proposto pela lei traz no seu núcleo como objeto a tentativa de instituir um novo modelo de resolução de litígios.

É certo que a lei anda sempre atrás das mudanças sociais, afinal, a partir da mudança de valores sociais é que se concebe a necessidade de criação de normas jurídicas para regulamentar os novos modelos de relacionamento intersubjetivos.

Segundo Alexandre Freitas Câmara não há sociedade justa sem um direito justo por isso o que deve ser buscado não é o direito, mas a justiça e, para justificar o seu posicionamento diz:

> O direito deve ser apenas um meio para que a justiça, o verdadeiro fim, seja alcançada. Sendo assim, é dever do jurista buscar dar às normas e aos institutos jurídicos a interpretação mais justa que seja capaz de produzir. Essa é a função social do jurista, e isso muitas vezes só se alcança com o exame crítico dos institutos existentes, buscando demonstrar-se que a norma jurídica já não mais está de acordo com os valores da sociedade. Os avanços da sociedade precisam ser, necessariamente acompanhados pelos avanços do direito, sob pena de fica este defasado, perdendo toda a sua eficácia social.[21]

Não é necessário esforço incomum para compreender que a sociedade contemporânea anseia por uma forma mais ágil, eficiente e justa de resolução de conflitos pelo Poder Judiciário. Para tanto, devemos interpretar a nova sistemática processual instituída pela Lei nº 9.099/95, de forma a extrair do seu conteúdo normativo, através de um esforço hermenêutico principiológico, um novo instrumento de resolução de conflitos por meio da composição.

21 Câmara, Alexandre Freitas. Juizados Especiais Cíveis Estaduais, Federais e da Fazenda Pública: Uma abordagem Crítica. 6. Ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 29.

Nesse contexto, podemos afirmar que a finalidade principal do microssistema processual introduzido pela Lei nº 9.099/95 é promover a conciliação entre os litigantes[22]. Caso não seja obtida a conciliação, a continuação da demanda nos Juizados Especiais Cíveis, não é tão diferente do procedimento comum sumário quanto a concentração dos atos probatórios e torna-se ainda muito pior pela vedação ao uso de recursos contra decisão interlocutória, da ação rescisória e, ainda pela impossibilidade do julgamento antecipado da lide.[23]

Alexandre Freitas Câmara afirma:

> Quando se estiver diante de uma causa cível de menor complexidade, o Juizado Especial Cível poderá atuar de forma legítima qualquer que seja o valor da causa, ainda que o mesmo ultrapasse os quarenta salários mínimos. Não há, pois, qualquer limite de valor à atuação dos Juizados Especiais Cíveis quando se tratar de causa cível de menor complexidade. As causas em que os Juizados Especiais Cíveis são competentes *ratione materiae* estão enumeradas no art. 3º, II e III, da Lei nº 9.099/1995, e são as referidas no art. 275, II, do CPC e a ação de despejo para uso próprio".[24]

22 No artigo 2º da Lei nº 9.099/95, onde são relacionados os princípios orientadores do procedimento, o legislador concluiu o rol invocando a busca permanente pela "conciliação" ou pela "transação". No artigo 17, determina que se ambas as partes comparecerem no JEC deve ser de imediato instaurada a sessão de conciliação, dispensando, inclusive a formulação do pedido. O artigo 21, determina que aberta a sessão, o Juiz togado ou leigo esclarecerá as partes presentes sobre as vantagens da conciliação, mostrando-lhes os riscos e as consequências do litígio, especialmente quanto ao disposto no § 3º do art. 3º da lei, que trata da renúncia tácita. Não havendo a conciliação, a lei ainda permite que o litígio seja resolvido por meio de juízo arbitral, conforme artigo 24. Os §§ 1º e 2º do artigo 53, possibilitam nova conciliação na fase de execução ou na execução de título executivo extrajudicial. Pelo artigo 57 o acordo extrajudicial, de qualquer natureza ou valor, poderá ser homologado, no juízo competente, independentemente de termo, valendo a sentença como título executivo judicial.

23 Embora haja posicionamento doutrinário admitindo a possibilidade de impugnação de decisão interlocutória por meio de Agravo de Instrumento, mas a maioria ainda entende que por falta de previsão legal, não se admite recurso contra as interlocutórias, admitindo-se, quando se enquadrar na hipótese o Mandado de Segurança. O artigo 59 da lei veda expressamente a possibilidade de ação rescisória no Juizado Especial Cível.

24 CÂMARA, 2010, p. 30

Se considerarmos a interpretação sistêmica do artigo 22 com o artigo 39 da Lei nº 9.099/95, podemos concluir sem medo de erro que a lei autoriza a conciliação em obrigação de pagar sobre qualquer valor, uma vez que a ineficácia da parte da sentença que ultrapassar os quarenta salários mínimos só se aplica nas sentenças condenatórias.

Interessante ressaltar que a apresentação da resposta do réu, somente ocorrerá após a tentativa de conciliação e da formação do juízo arbitral.[25] É que após essas fases iniciar-se-á a fase da instrução, ocasião em que o autor poderá juntar documentos e, em seguida, o réu poderá apresentar contestação oral ou escrita.[26]

Assim, poderá o autor logo após a tentativa da conciliação, caso seja frustrada, desistir da ação, independentemente da anuência do réu, não podendo o juiz se recusar a homologar tal pedido, uma vez que formulado antes da resposta do réu. [27]

Ademais a Lei nº 9.099/95, no inciso II do artigo 51, expressamente prevê a possibilidade de extinção do processo sem resolução do mérito quando for inadmissível o prosseguimento do procedimento após a tentativa de conciliação, é, exatamente a hipótese de, sendo frustrada a conciliação, o autor optar por não continuar o feito a fim de evitar a renúncia de direito que superar a 40 salários mínimos, pode requerer a desistência da ação.[28]

Portanto é perfeitamente possível que o autor busque os Juizados Especiais Cíveis Estaduais, com o objetivo de obter uma conciliação, mesmo quando a sua pretensão seja superior a quarenta salários mínimos, em qualquer das hipóteses do art. 3º da Lei nº 9.099/95. Caso haja acordo mesmo que o valor ultrapasse os quarenta salários mínimos[29] o Juiz deve homologar o acordo que terá eficácia plena, uma vez que o artigo 39 da referida Lei, que declara ineficaz a sentença na parte que ultrapassar quarenta salários mínimos, não se aplica às sentenças homologatórias.[30] Por outro lado se não houver acordo e o demandante não quiser se submeter à renúncia tácita do artigo 39 da citada lei, pode desistir da ação e promover o seu pedido na jurisdição comum.

Pode-se concluir, portanto, que todo cidadão, desde que legitimado a demandar, tem um direito subjetivo de buscar pela via dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais uma solução conciliada para sua pretensão, qualquer que seja a natureza da causa[31] e o seu valor.

Essa conclusão também decorre da interpretação do espírito da Lei 9.099/95 que a meu ver não instituiu mais um procedimento processual no mundo jurídico brasileiro, mas trouxe uma nova ideologia que pretende implantar uma nova cultura na forma de solucionar os conflitos intersubjetivos de interesses, a cultura da conciliação.

25 Art. 27. Não instituído o juízo arbitral, proceder-se-á imediatamente à audiência de instrução e julgamento, desde que não resulte prejuízo para a defesa.

26 Art. 30. A contestação, que será oral ou escrita, conterá toda matéria de defesa, exceto arguição de suspeição ou impedimento do Juiz, que se processará na forma da legislação em vigor.

27 Conforme art. 267, § 4o do CPC, aplicável aos Juizados Especiais Cíveis, somente "depois de decorrido o prazo para a resposta, o autor não poderá, sem o consentimento do réu, desistir da ação".

28 Art. 51. Extingue-se o processo, além dos casos previstos em lei: (...); II - quando inadmissível o procedimento instituído por esta Lei ou seu prosseguimento, após a conciliação;

29 Mesmo nas hipóteses dos incisos I e IV da Lei 9.099/95.

30 Art. 39. É ineficaz a sentença **condenatória** na parte que exceder a alçada estabelecida nesta Lei.

31 Desde que a causa não se em enquadrem nas exclusões legais do artigo 3º § 2º da Lei nº 9.099/95: "§ 2º Ficam excluídas da competência do Juizado Especial as causas de natureza alimentar, falimentar, fiscal e de interesse da Fazenda Pública, e também as relativas a acidentes de trabalho, a resíduos e ao estado e capacidade das pessoas, ainda que de cunho patrimonial".

2 Despesas processuais nos juizados especiais cíveis

2.1 O não comparecimento do autor à audiência de conciliação e instrução e julgamento.

A Lei nº 9.099/95 facilitou o acesso ao Poder Judiciário dispensando o adiantamento de qualquer despesa processual. No entanto, ajuizada a ação deve o autor comparecer a todos os atos processuais para os quais for intimado, salvo na hipótese de justo motivo, caracterizado por força maior, sob pena de ser condenado ao pagamento das custas processuais das quais foi dispensado inicialmente.

Essa conclusão decorre da interpretação do artigo 51, inciso I c/c o § 2º do mesmo artigo, da Lei nº 9.099/95. Assim, a sentença que extinguir o processo sem resolução do mérito por ausência do autor a quaisquer das audiências, deve condenar o mesmo ao pagamento das custa processuais, das quais foi dispensado de antecipar para propor a ação[32]. Essa condenação, conforme § 2º do artigo 51 da Lei nº 9.099/95, somente poderá ser relevada se o autor comprovar que a ausência decorreu de força maior[33].

Segundo Ricardo da Cunha Chimenti:

> O § 2º do art. 51 dita que, no caso de extinção do processo em razão da ausência injustificada do autor em qualquer das audiências, deve ele ser condenado ao pagamento das custas, inexigindo na hiptóse a verificação da má-fé. A regra visa impedir que o autor movimente a máquina judiciária, imponha à parte contrária deslocamentos desnecessários e ainda assim não compareça à audiência designada. Se verificada a má-fé do autor, poderá ser decretada sua condenação ao pagamento dos honorários advocatícios e demais despesas.[34]

32 Art. 51. Extingue-se o processo, além dos casos previstos em lei: I - quando o autor deixar de comparecer a qualquer das audiências do processo; (...) § 2º No caso do inciso I deste artigo, quando comprovar que a ausência decorre de força maior, a parte poderá ser isentada, pelo Juiz, do pagamento das custas.

33 Enunciando nº 28 do FONAJE: "Havendo extinção do processo com base no inciso I, do art. 51, da Lei n. 9.099/95, é necessária a condenação em custas".

Vale ressaltar que embora o termo utilizado na lei seja de que a parte poderá ser "isentada" pelo Juiz do pagamento das custas, caso comprove que sua ausência à audiência decorreu de força maior, na verdade, o que pode ocorrer é a "dispensa" do seu pagamento para a propositura de nova ação idêntica, uma vez que a extinção do feito sem resolução do mérito não faz coisa julgada material.

A isenção somente poderia ocorrer se o Juiz na sentença que extinguir o feito sem resolução do mérito já tenha condições de avaliar e considerar que a ausência do autor se deu por força maior e, consequentemente, tenha sido justificada. Essa possibilidade só pode ocorrer se a justificativa do autor vier aos autos antes da audiência e, nesse caso, entendendo que, estando provada a força maior, não deve o Juiz extinguir o processo sem resolução do mérito, mas deve remarcar a audiência.

Considerando que na hipótese da ausência do autor e não havendo justificativa nos autos na mesma audiência será proferida sentença de extinção do processo sem resolução do mérito e de logo a sua condenação ao pagamento das custas processuais dispensadas inicialmente. Essa condenação, no entanto, poderá ser relevada e o a parte dispensada de seu pagamento, se a requerer e demonstrar a justa causa de sua ausência, caso queira renovar a ação.

Por força maior em matéria processual podemos compreender como sendo as mesmas que constituem a justa causa, conforme artigo 183, §

34 CHIMENTI, 2005, p. 14.

1º do CPC. Assim, podemos entender que força maior é todo evento imprevisto, alheio à vontade da parte, e que a impediu de praticar o ato por si ou por mandatário.[35]

Importante questão é verificar se o beneficiário da gratuidade judicial, será dispensado desse ônus tão somente pela declaração de impossibilidade de pagar as custas processuais sem prejuízo próprio ou de sua família, na forma do artigo 4º da Lei nº 1.060/50 ou terá que demonstrar a ocorrência de força maior conforme impõe § 2º do artigo 51 da Lei nº 9.099/95.

Se considerarmos a norma específica da Lei dos Juizados Especiais Cíveis, poderemos até considerar como exigência única para a dispensa do pagamento das custas a comprovação da força maior, até porque o comparecimento às audiências constitui verdadeiro ônus às partes. Logo, assim como a ausência do réu tem como consequência a revelia a do autor teria a extinção do feito com o pagamento das custas.

Entretanto diante de Lei especifica que trata exclusivamente da dispensa de despesas processuais, entendo que ao caso deve ser aplicada a Lei nº 1.060/50, e, em consequência, se o autor não comprovar a força maior, também será dispensado do pagamento das custas se alegar sua impossibilidade de pagar as custas processuais sem prejuízo próprio ou de sua família.

35 Art. 183. Decorrido o prazo, extingue-se, independentemente de declaração judicial, o direito de praticar o ato, ficando salvo, porém, à parte provar que o não realizou por justa causa. § 1o Reputa-se justa causa o evento imprevisto, alheio à vontade da parte, e que a impediu de praticar o ato por si ou por mandatário.

2.2 Na hipótese de litigância de má-fé

Como regra geral a sentença proferida no primeiro grau dos Juizados Especiais Cíveis não condenará o vencido nas despesas decorrentes da sucumbência, assim está expresso no artigo 55, primeira parte da lei 9.099/95.

Entretanto se no curso do processo qualquer das partes for considerado litigante de má fé pela prática de um dos atos relacionados no art. 17 do CPC,[36] na sentença deverá ser condenado ao pagamento de uma multa no percentual não superior a 1% do valor da causa e se desse ato resultar danos, poderá ser condenado a indenizar a outra parte os prejuízos decorrentes do ato considerado de má fé além de ser condenado ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios.[37]

2.3 Preparo do recurso contra sentença

Na forma prescrita no artigo 54 da Lei nº 9.99/95, a parte autora está dispensada do adiantamento das custas processuais ao propor nos Juizados Especiais Cíveis ação de conhecimento.[38]

Do mesmo modo prevê o Parágrafo Único do artigo 55 da referida lei a dispensa do pagamento de custas para o processo de execu-

36 Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que: I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II - alterar a verdade dos fatos; III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI - provocar incidentes manifestamente infundados; VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

37 "Por outro lado, ainda que, como regra geral, não haja sucumbência no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais, a sentença somente condenará o vencido em custas e honorários de advogado quando se observar a presença de litigância de má-fé, havendo, por isso a legitima necessidade de reprimi-la caso houver, conforme respaldo do art. 55 da LJE (Gaio, Júnior, Antônio Pereira. O processo nos Juizados Especiais Cíveis Estaduais. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p.118).

38 Art. 54. O acesso ao Juizado Especial independerá, em primeiro grau de jurisdição, do pagamento de custas, taxas ou despesas.

ção, considerando tanto o procedimento de cumprimento de sentença, como a ação de execução de título executivo extrajudicial.

Encerrada a fase de conhecimento com ou sem resolução de mérito, também não haverá condenação da parte nas despesas decorrentes da sucumbência, tais como custas processuais e honorários advocatícios, tudo na forma do artigo 55, *caput,* primeira parte, da Lei nº 9.099/95.[39]

Trata-se de política de acesso à justiça, assim no microssistema processual dos Juizados Especiais Cíveis, com o intuito de promover o acesso à justiça principalmente da camada menos favorecida economicamente, as partes ficaram dispensadas (e não isentas) do pagamento de despesas processuais. Assim, o autor é dispensado do pagamento adiantado de custas processuais quando propõe a ação e o sucumbente é dispensado do pagamento das custas e de honorários advocatícios.

A dispensa do adiantamento das custas pelo autor tem a finalidade de promover o acesso à justiça, conforme art. 54, caput da lei nº 9.099/95. Já a dispensa do pagamento das despesas de sucumbência (custas e honorários advocatícios), conforme art. 55, primeira parte, da mesma lei especial, tem a finalidade de estimular a parte vencida a se conformar com a decisão de primeira instância, evitando, assim, provocar o segundo grau de jurisdição.

Essas dispensas, como dito antes, no entanto, não devem ser confundidas com isenções, uma vez que elas estão condicionadas a determinados comportamentos das partes, que não sendo observados, serão as respectivas dispensas revogadas, nos casos previstos em lei.

É a hipótese do Parágrafo Único do artigo 54 da lei 9099/95, que exclui a isenção das custas no primeiro grau da parte que, não concordando com a decisão proferida pelo juízo monocrático, impugna-a mediante recurso, estendendo a procedimento para a fase recursal e, consequentemente, prolongando o tempo para a solução da lide.

39 Art. 55. A sentença de primeiro grau não condenará o vencido em custas e honorários de advogado, ressalvados os casos de litigância de má-fé.

Há de ser ressaltado que o legislador não isentou as partes, mas apenas dispensou, condicionando essa dispensa a uma conduta de aceitação da decisão monocrática, como política de celeridade processual. E isso é perfeitamente possível, na medida em que não sendo isenção e sim dispensa, a lei pode especificar as situações em que as partes usufruirão deste benefício.

Sendo assim, a parte que pretender recorrer, o que importará no prolongamento do feito prorrogando o tempo para a solução do conflito ou para inibir eventuais recursos meramente procrastinatórios, arcará com o ônus da renúncia tácita ao benefício da dispensa das despesas processuais no primeiro grau de jurisdição.

É o que expressamente prevê o Parágrafo único do artigo 54 da lei nº 9099/95, quando expressamente diz: "*O preparo do recurso, na forma do § 1º, do art. 42 desta lei, compreenderá todas as despesas processuais,* **inclusive aquelas dispensadas em primeiro grau de jurisdição,** *ressalvada a hipótese de assistência judiciária gratuita*".

Induvidoso, portanto, que a dispensa das despesas processuais no primeiro grau de jurisdição dos Juizados Especiais Cíveis, está condicionada a aceitação da decisão do juiz do primeiro grau, pois se a parte sucumbente pretender recorrer da sentença, estará renunciando, tacitamente, a este benefício, devendo recolher além das custas do recurso inominado, as custas as quais deveria ter sido condenado na sentença recorrida.

Dessa forma, se o sucumbente recorrer, além das custas do recurso inominado, deve também recolher as custas processuais das quais foi dispensado de pagar no primeiro grau, estas calculadas sobre o valor

atribuído à causa.[40] O não recolhimento, de ambas as custas, portanto, ensejará o reconhecimento da deserção e o não conhecimento do recurso, salvo se o recorrente for beneficiário da gratuidade judicial.

Esse é o entendimento de Antônio Pereira Gaio Júnior quando diz:

> Nisto então caberá ao recorrente suportar as respectivas despesas, não só as do recurso propriamente dito, mas também as do processo, pelo se andamento em primeiro grau, que não foram até então exigidas, salvo, como se espera, se a parte estiver sob o manto da assistência judiciária.[41]

Neste mesmo sentido é o entendimento de Ricardo Cunha Chimenti ao afirmar que:

> Para o recurso inominado (os arts. 41 a 46 da Lei n. 9.99/95 se aplicam para os Juizados Estaduais e para os Juizados Federais), excetuada a hipótese de assistência judiciária gratuita, exige-se o pagamento do preparo, que compreenderá todas as despesas processuais, inclusive aquelas dispensadas em primeiro grau de jurisdição.[42]

Não é diferente o entendimento de Alexandre Freitas Câmara uma vez que ao tratar sobre recurso contra a sentença proferida nos Juizados Especiais Cíveis, entende que se trata de apelação e:

40 Inclusive no sitio do TJPE, nas instruções para o preenchimento dos boletos para recolhimento das custas processuais para recurso contra sentença nos Juizados Especiais Cíveis, estão previstos os recolhimentos de ambas as custas.

41 GAIO JUNIOR, 2010, p. 117-118.

42 CHIMENTI, 2005, p. 15. Na mesma página o autor relata que na Justiça estadual de São Paulo o valor do preparo (espécie do gênero despesas) será calculado pelo percentual de 2% sobre o valor da causa. O percentual é de 2% porque as custas dispensadas no momento da distribuição da ação (1% do valor da causa) devem ser somadas às custas devidas pela interposição do recurso (parágrafo único do art. 54 da Lei n. 9.099/95, c/c os incisos I e II do art. 4º da Lei paulista n. 4.952/85).

> A apelação está sujeita a preparo, o que significa dizer que não se aplica ao segundo grau de jurisdição a gratuidade do processo que se manifestou no primeiro grau de jurisdição. Esse preparo, conforme estabelece o art. 54, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95, compreende o adiantamento do valor necessário para custear todas as despesas do processo, inclusive aquelas que tenham sido dispensadas em primeiro grau de jurisdição. Fica dispensado do preparo, porém (e evidentemente), o recorrente beneficiário da justiça gratuita.[43]
>
> Não se vai, agora voltar a tratar do preparo como requisito de admissibilidade do recurso, mas de seu conteúdo. E sobre o ponto estabelece o parágrafo único do art. 54 da Lei nº 9.099/1995 que "o preparo do recurso, na forma do § 1º do art. 42 desta Lei, compreenderá todas as despesas processuais, inclusive aquelas dispensadas em primeiro grau de jurisdição, ressalvada a hipótese de assistência judiciária gratuita". Ressalvam-se, pois, os beneficiários da gratuidade de justiça, em relação a quem incide, na sua plenitude, o sistema estabelecido pela Lei nº 1.060/1950. Feita essa ressalva, porém, o recorrente terá o ônus de depositar o valor necessário para custear todas as despesas do processo. **O preparo, resgistre-se, inclui todas as despesas do processo, aí incluídas aquelas despesas cujo custo foi dispensado em primeiro grau de jurisdição.**[44] (grifo meu)

No Estado de Pernambuco, além das custas processuais do recurso e das dispensadas no primeiro grau de jurisdição, o preparo compreende também taxa judiciária e depósito recursal se o recorrente foi condenado em obrigação de pagar, dar, fazer ou não fazer, conforme artigo 4º da Lei Estadual nº 14.404/96 (Lei de Custa)[45]. O valor do depósito recursal corresponde a 100% do valor da condenação na obrigação de pagar[46]e ao que for fixado pelo juiz na sentença, nas obrigações de dar, fazer ou não fazer.[47]

43 CAMARA, 2010, P. 130.

44 CÂMARA, 2010, P. 186.

45 Lei nº 14.404/96 (...) Art. 4º - A interposição de qualquer recurso nos Juizados Especiais, dependerá da efetivação de depósito recursal, custas e taxas, conforme determinado no capítulo II desta

46 Lei Estadual nº 14.404/96. Art. 12 - O valor do depósito recursal cível será sempre 100% (cem por cento) do valor da condenação, efetuado no prazo da Lei, acrescido da despesa cobrada para reduzir a escrito o conteúdo da fita magnética referente à audiência de primeiro grau, excetuado o previsto no art. 13 e seu parágrafo único.

47 Lei Estadual nº 14.404/96. Art. 13 - Nas causas em que a parte sucumbente for condenada em obrigação de fazer ou de deixar de fazer, o valor do depósito recursal será fixado pelo Juiz, observado o valor do pedido.

atribuído à causa.[40] O não recolhimento, de ambas as custas, portanto, ensejará o reconhecimento da deserção e o não conhecimento do recurso, salvo se o recorrente for beneficiário da gratuidade judicial.

Esse é o entendimento de Antônio Pereira Gaio Júnior quando diz:

> Nisto então caberá ao recorrente suportar as respectivas despesas, não só as do recurso propriamente dito, mas também as do processo, pelo se andamento em primeiro grau, que não foram até então exigidas, salvo, como se espera, se a parte estiver sob o manto da assistência judiciária.[41]

Neste mesmo sentido é o entendimento de Ricardo Cunha Chimenti ao afirmar que:

> Para o recurso inominado (os arts. 41 a 46 da Lei n. 9.99/95 se aplicam para os Juizados Estaduais e para os Juizados Federais), excetuada a hipótese de assistência judiciária gratuita, exige-se o pagamento do preparo, que compreenderá todas as despesas processuais, inclusive aquelas dispensadas em primeiro grau de jurisdição.[42]

Não é diferente o entendimento de Alexandre Freitas Câmara uma vez que ao tratar sobre recurso contra a sentença proferida nos Juizados Especiais Cíveis, entende que se trata de apelação e:

40 Inclusive no sitio do TJPE, nas instruções para o preenchimento dos boletos para recolhimento das custas processuais para recurso contra sentença nos Juizados Especiais Cíveis, estão previstos os recolhimentos de ambas as custas.

41 GAIO JUNIOR, 2010, p. 117-118.

42 CHIMENTI, 2005, p. 15. Na mesma página o autor relata que na Justiça estadual de São Paulo o valor do preparo (espécie do gênero despesas) será calculado pelo percentual de 2% sobre o valor da causa. O percentual é de 2% porque as custas dispensadas no momento da distribuição da ação (1% do valor da causa) devem ser somadas às custas devidas pela interposição do recurso (parágrafo único do art. 54 da Lei n. 9.099/95, c/c os incisos I e II do art. 4º da Lei paulista n. 4.952/85).

> A apelação está sujeita a preparo, o que significa dizer que não se aplica ao segundo grau de jurisdição a gratuidade do processo que se manifestou no primeiro grau de jurisdição. Esse preparo, conforme estabelece o art. 54, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95, compreende o adiantamento do valor necessário para custear todas as despesas do processo, inclusive aquelas que tenham sido dispensadas em primeiro grau de jurisdição. Fica dispensado do preparo, porém (e evidentemente), o recorrente beneficiário da justiça gratuita.[43]
>
> Não se vai, agora voltar a tratar do preparo como requisito de admissibilidade do recurso, mas de seu conteúdo. E sobre o ponto estabelece o parágrafo único do art. 54 da Lei nº 9.099/1995 que "o preparo do recurso, na forma do § 1º do art. 42 desta Lei, compreenderá todas as despesas processuais, inclusive aquelas dispensadas em primeiro grau de jurisdição, ressalvada a hipótese de assistência judiciária gratuita". Ressalvam-se, pois, os beneficiários da gratuidade de justiça, em relação a quem incide, na sua plenitude, o sistema estabelecido pela Lei nº 1.060/1950. Feita essa ressalva, porém, o recorrente terá o ônus de depositar o valor necessário para custear todas as despesas do processo. **O preparo, resgistre-se, inclui todas as despesas do processo, aí incluídas aquelas despesas cujo custo foi dispensado em primeiro grau de jurisdição.**[44] (grifo meu)

No Estado de Pernambuco, além das custas processuais do recurso e das dispensadas no primeiro grau de jurisdição, o preparo compreende também taxa judiciária e depósito recursal se o recorrente foi condenado em obrigação de pagar, dar, fazer ou não fazer, conforme artigo 4º da Lei Estadual nº 14.404/96 (Lei de Custa)[45]. O valor do depósito recursal corresponde a 100% do valor da condenação na obrigação de pagar[46]e ao que for fixado pelo juiz na sentença, nas obrigações de dar, fazer ou não fazer.[47]

43 CAMARA, 2010, P. 130.

44 CÂMARA, 2010, P. 186.

45 Lei nº 14.404/96 (...) Art. 4º - A interposição de qualquer recurso nos Juizados Especiais, dependerá da efetivação de depósito recursal, custas e taxas, conforme determinado no capítulo II desta

46 Lei Estadual nº 14.404/96. Art. 12 - O valor do depósito recursal cível será sempre 100% (cem por cento) do valor da condenação, efetuado no prazo da Lei, acrescido da despesa cobrada para reduzir a escrito o conteúdo da fita magnética referente à audiência de primeiro grau, excetuado o previsto no art. 13 e seu parágrafo único.

47 Lei Estadual nº 14.404/96. Art. 13 - Nas causas em que a parte sucumbente for condenada em obrigação de fazer ou de deixar de fazer, o valor do depósito recursal será fixado pelo Juiz, observado o valor do pedido.

Assim, a fim de propiciar ao recorrente a integração total do preparo, na sentença condenatória em obrigação de dar, fazer ou não fazer, cumuladas ou não com obrigação de pagar, deve o juiz fixar o valor do depósito recursal para aquelas, cuja decisão é irrecorrível[48]. Não há a necessidade de fixar o valor para a obrigação de pagar uma vez que por força de lei deve sempre corresponder a 100% do valor da condenação[49].

Obtendo êxito no recurso o valor do depósito recursal será restituído ao recorrente e, em caso contrário, o valor depositado servirá como garantia para o cumprimento da obrigação.

2.4 Despesas processuais para interposição de reclamação

Reclamação é um instrumento processual com natureza de recurso, previsto no artigo 38 da Resolução nº 01 de 02/12/1999, alterada pela Resolução nº 01 de 09/05/2007 (Regimento Interno do Colégio Recursal do Recife), que tem como fim específico de impugnar decisão que nega seguimento a recurso interposto contra sentença proferida em Juizados Especiais Cíveis e, ainda para impugnar a omissão do juiz por não proferir decisão de admissibilidade do recurso[50].

A reclamação possui os mesmos pressupostos de admissibilidade do recurso inominado devendo ser interposta no juízo *a quo* no prazo de 10 (dez) dias, através de simples petição subscrita, necessariamente, por advogado, devendo ser instruída com cópias autênticas das peças

48 Parágrafo Único do art. 13 da Lei Estadual nº 14.404/96 – "Não caberá qualquer recurso da decisão que fixar o valor do depósito".

49 Lei Estadual nº 14.404/96. Art. 12 - O valor do depósito recursal cível será sempre 100% (cem por cento) do valor da condenação, efetuado no prazo da Lei, acrescido da despesa cobrada para reduzir a escrito o conteúdo da fita magnética referente à audiência de primeiro grau, excetuado o previsto no art. 13 e seu parágrafo único.

50 Art. 38 - Cabe reclamação somente na hipótese do juiz monocrático negar seguimento ao recurso ou não exercer o juízo de admissibilidade no prazo legal.

processuais que achar necessárias e com o comprovante de pagamento das custas processuais e taxa judiciária na forma do artigo 4º da Lei Estadual nº 11.404/96 (Lei de Custas do Estado de Pernambuco)[51].

Assim, salvo a hipótese de beneficiário da justiça gratuita, a impugnação da decisão que negar seguimento ao recurso interposto contra sentença ou contra omissão do juiz para proferir a decisão de admissibilidade no prazo legal[52], através da "reclamação", exige o recolhimento de despesas processuais como um dos seus requisitos de admissibilidade.

2.5 Sucumbência recursal

Como já dito, conforma a primeira parte do artigo 55 da Lei nº 9.099/95 no primeiro grau de jurisdição não haverá condenação do sucumbente nas custas processuais e em honorários advocatícios[53]. Porém, havendo recurso e sendo vencido o recorrente este suportará o ônus da sucumbência devendo ser condenado ao pagamento das despesas processuais recursais[54] e honorários advocatícios que serão fixados entre 10% a 20% do valor da condenação conforme artigo 20 do CPC[55].

51 Art. 39 - A reclamação será processada em autos apartados no próprio Juizado Especial Cível.
§ 1º A reclamação será formalizada por simples petição, subscrita por advogado, no prazo de 10 dias contados da ciência do despacho que não admitiu o recurso, devendo ser instruída com cópia autêntica das peças que a parte reclamante entender necessárias e com o comprovante do pagamento das custas processuais e da taxa judiciária (art. 4º da Lei 11.404/96), salvo quando a parte reclamante for beneficiária da justiça gratuita. *(Redação dada pela resolução 01/2007 de 09.05.07.)*

52 Não havendo na Lei nº 9.099/95 prazo estabelecido para o juiz exercer o juízo de admissibilidade do recurso inominado, para fins de reclamação contra a omissão do juiz, o prazo a ser considerado deve ser o previsto no artigo 189, inciso II do CPC que é de 10 (dez) dias para preferir decisões, uma vez que a decisão de admissibilidade do recurso inominado é uma interlocutória.

53 Lei nº 9.099/95 - Art. 55. A sentença de primeiro grau não condenará o vencido em custas e honorários de advogado, ressalvados os casos de litigância de má-fé. Em segundo grau, o recorrente, vencido, pagará as custas e honorários de advogado, que serão fixados entre dez por cento e vinte por cento do valor de condenação ou, não havendo condenação, do valor corrigido da causa.

54 As despesas processuais nas quais o recorrente vencido será condenado na segunda instância compreenderá aquelas pagas para recorrer e as da sucumbência do primeiro grau de jurisdição.

55 Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Essa verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.

Questão importante é definir qual ou quais as situações que caracteriza essa situação de vencido. É que na prática das turmas recursais de Pernambuco predomina o entendimento de que sendo provido parte do pedido recursal o recorrente não é considerado vencido e, por conseguinte, não será condenado ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios.

Entretanto, penso que o recorrente quando obtêm êxito apenas em parte de sua pretensão recursal é, também, vencido em parte e, por via de consequência, deve suportar, também em parte, o ônus da sucumbência recursal. Assim, quando recurso for provido em parte, deve ser aferido no acórdão o percentual da parte do pedido que obteve provimento a fim de fixar o percentual das custas a serem restituídas ao recorrente e percentual dos honorários advocatícios a serem pagos pelo recorrente vencido em parte, tudo conforme previsão do artigo 21 do CPC[56].

Alexandre Freitas Câmara entende, entretanto, que não só o recorrente vencido, mas o recorrido, se vencido, também deve arcar com o ônus do pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios[57]. Respeitando o ponto de vista do renomado processualista, mas não concordo com esse entendimento, uma vez que a imposição ao recorrente vencido do ônus da sucumbência recursal serve como instrumento inibidor para eventuais recursos procrastinatórios o que não deve ser aplicado ao recorrido quando vencido.

§ 3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos:
a) o grau de zelo do profissional;
b) o lugar de prestação do serviço;
c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.
§ 4º Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior.

56 Art. 21. Se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas.
Parágrafo único. Se um litigante decair de parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e honorários.

57 CÂMARA, 2010, p. 187.

2.5 Na fase de execução de sentença e na execução de título executivo extrajudicial

Na fase de execução de sentença ou na execução de título executivo extrajudicial também são dispensadas as despesas processuais para iniciar o procedimento[58].

Contudo, havendo a prática de atos de litigância de má fé, além da imposição da multa e de eventuais danos conforme artigo 18 do CPC, a parte será também condenada ao pagamento das despesas processuais dispensadas (custas processuais e taxa judiciária) e honorários advocatícios, salvo se for beneficiário da justiça gratuita.

Também será condenado ao pagamento das despesas processuais o executado que embargar a execução[59]e tiver, os mesmos, julgados improcedentes.

Por fim, no caso de execução de sentença confirmada em grau de recurso, o executado suportará o ônus de pagar as despesas processuais das quais o exequente foi dispensado para iniciar o procedimento de execução.

Conclusão

De tudo o que foi exposto posso concluir sem ter a pretensão de ser o dono da verdade, mas para contribuir para uma discussão acadêmica sobre os temas nos quais expus o meu ponto de vista, que:

58 Lei nº 9.099/95. Art. 54. Parágrafo único. Na execução não serão contadas custas, salvo quando: I - reconhecida a litigância de má-fé; II - improcedentes os embargos do devedor; III - tratar-se de execução de sentença que tenha sido objeto de recurso improvido do devedor.

59 Tanto na execução de sentença quanto na execução de título executivo extrajudicial

1. Qualquer que seja a hipótese do artigo 3º da Lei nº 9.099/95, poder o autor formular pedido superior a 40 salários mínimos, tendo em vista que poderá a parte obter um acordo na fase de conciliação, cujo valor não se submete a qualquer limite, uma vez que a renúncia tácita do § 3º, do art. 3º e a ineficácia do artigo 39, ambos da Lei nº 9.099/95, só se aplica se a demanda for resolvida por sentença condenatória.

2. Como regra não haverá adiantamento de custas processuais e nem ônus à parte decorrente de sucumbência, salvo se: a) o processo for extinto sem resolução do mérito pela ausência injustificada do autor, cuja sentença deve condená-lo ao pagamento das custas processuais; b) se qualquer das partes for declarada litigante de má-fé, hipótese em que será condenada ao pagamento das custas processuais, honorários advocatícios, multa de até 1% do valor da causa (CPC, art. 18) e perdas e danos se houver; c) No processo de execução se os embargos do executado forem julgados improcedentes e se a execução for de sentença confirmada em segundo grau de jurisdição, hipóteses em que haverá imposição de pagamento de custas ao executado; d) o recurso contra sentença e a reclamação contra decisão que nega seguimento ao recurso ou falta de decisão de admissibilidade do recurso tem como um dos pressupostos de admissibilidade o preparo, que deve corresponder ao pagamento das custas processuais, taxa judiciária, e, no caso de recurso de depósito recursal, salvo na hipótese de beneficiário da gratuidade judicial.

3. O preparo do recurso contra a sentença deve compreender as despesas processuais do recurso e mais as que foram dispensadas no primeiro grau de jurisdição, além do depósito recursal. Assim, sob pena de deserção, deve o recorrente comprovar o pagamento das custas processuais e taxa judiciária devidas para recorrer e mais as mesmas despesas das quais o recorrente foi dispensado de pagamento na sentença do primeiro grau.

4. A sucumbência recursal ocorre toda vez que o recorrente não obtém tudo o pediu nas razões do recurso, assim, somente se o recurso for totalmente provido, o recorrente não será considerado vencido e não suportará, por óbvio, ônus pecuniário da sucumbência. Por outro lado, se for provido em parte o recurso, significa que o recorrente foi vencido em parte, logo, deverá, pagar, proporcionalmente à sua sucumbência, as custas processuais e honorários advocatícios, conforme artigo 21 do CPC.

Considerations some controversies about the application of skills and court costs in special courts civil state

Abstract

In small claims courts basically there are two theories about the economic impact of the application in order to interpret the powers described in Article 3 of Law No. 9.099/95. By unitary theory, any question can only be brought in if their value does not exceed 40 times the minimum wage. For the dualist theory, there are two criteria for determining jurisdiction, the criterion of value because it can not exceed 40 times the minimum wage provided for in items I and IV § 1, item II of Article 3 of Law No. 9.099/95 and the criterion of because of lower complexity that depends on the nature of the cause without any limit on the value of the order as items II and III of Article 3 of the said law.

I understand, however, that during the postulation whatever hypothesis of Article 3 of Law No. 9.099/95, there should be no limitation to the claim since the author may seek a solution reconciled via the Small Claims Court since there is no limit value, whatever the nature of the cause, according to the ratification decision does not apply to the case, the tacit waiver of art. 3, § 3 nor the ineffectiveness of the sentence of art. 39, both of the Special Law.

As a rule there is no litigation costs and attorneys' fees to be imposed on the parties in the first degree of jurisdiction in small claims courts, unless the author miss any of the hearings, when the sentence to terminate the process condemn him to pay court costs, when any of the Parties is deemed barrator who will pay court costs and attorney fees, and there will still be paying court costs when embargoes are run and judged unfounded in the case of execution of judgment confirmed in the second degree of jurisdiction.

To appeal against sentence the unnamed appellant shall pay all court costs and make the appeal bond. Since

the preparation should understand the costs and expenses to appeal procedural dispensed in the first degree of jurisdiction. The applicant won wholly or partially bear the burden of defeat must be ordered to pay court costs and attorney's fees.

Keywords: Courts. Special. Competence. Expenses.

Referências

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Juizados especiais Federais.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Juizados especiais: a nova mediação paraprocessual -** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

CÂMARA, Alexandre Freiras. **Juizados especiais cíveis estaduais, federais e da fazenda pública: uma abordagem crítica** – 6. ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Teoria e prática dos juizados especiais cíveis estaduais e federais. Lei n. 9.099/95 – parte geral e parte cível, comentada artigo por artigo em conjunto com a lei dos juizados federais – Lei n. 10.259/2001** – 8. ed. – São Paulo: Saraiva, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Manual dos Juizados Cíveis.** São Paulo: Malheiros, 2001.

GAIO JUNIOR, Antônio Pereira. **O Processo nos juizados especiais cíveis estaduais –** Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama/ROCHA, Felippe Borring (org.). **Juizados especiais Cíveis: Novos desafios** – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Direito Processual Civil.** 13. ed. Rio de Janeiro: Forense. V. 3, 1997.

ROCHA, Felippe Borring. **Juizados Especiais Cíveis.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

Referência do texto

COSTA, José Raimundo dos Santos. Considerações sobre algumas polêmicas acerca do pedido, da competência e das despesas processuais nos juizados especiais cíveis estaduais. **Revista da ESMAPE**, Recife, v. 17, n. 35, p. 249-276, jan./jun. 2012.

** Artigo recebido em: 10 maio. 2012. Aprovado em: 6 jun. 2012.*

O sigilo do orçamento no regime diferenciado de contratações públicas

Pietra Alexandrina Ferreira Pires de Albuquerque Montenegro
Servidora do Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE),
Formada pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE)
com Curso de Pós Graduação em Processo Civil pela ESMAPE.
Colaboradora do Centro de Estudos Judiciários (CEJ)
na elaboração das Súmulas do TJPE.

Resumo

O presente trabalho trata da criação da Lei nº 12.462/2011, que instituiu o novo regime diferenciado de licitações e contratações públicas (RDC), a ser aplicado para a Copa das Confederações FIFA de 2013, a Copa do Mundo FIFA de 2014 e os Jogos Olímpicos e Paraolímpicos do Rio de 2016. Faz uma crítica à maneira como foi conduzido o processo legislativo, tendo como pano de fundo as ADIs 4645 e 4655 ajuizadas no Supremo Tribunal Federal (STF). Apresenta os princípios aplicáveis à lei geral de licitações, bem como ao regime diferenciado de contratações públicas (RDC). Por fim, analisa um dos dispositivos mais polêmicos do RDC, qual seja, o sigilo do orçamento.

Palavras-chaves: Criação. Regime Diferenciado de Contratações Públicas. Colisão. Princípio.

1 Introdução

Em 30 de outubro de 2007, o Brasil tornou-se oficialmente sede da Copa do Mundo FIFA de 2014. Desde então decorreram quase 04 (quatro) anos para que o governo, de fato, tomasse a frente desse desafio e iniciasse as obras e serviços necessários para realização desse evento.

A população e o mundo duvidaram da capacidade do País levar adiante um desafio de tal porte. Durante esse período praticamente nada foi feito. Em 2011, faltando menos de 03 (três) anos para a realização da Copa do Mundo FIFA de 2014 não havia nenhum estádio pronto, aeroportos impróprios, ineficazes e inseguros, estradas federais precárias, um descaso geral.

Diante dessa situação, de maneira furtiva e temerária, o governo usou uma manobra para criar o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) com vistas a acelerar os processos de licitações e contratações para viabilizar o projeto da Copa do Mundo FIFA de 2014, da Copa das Confederações FIFA de 2013 e dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos do Rio de 2016.

Lamentavelmente, a criação do novo Regime (RDC), ao que tudo indica, não surgiu pela necessidade de mudanças nas atuais contratações, mas pelo atraso nas obras e ineficiente planejamento por parte do Governo que, mesmo tendo conhecimento da escolha do Brasil como sede da Copa do Mundo – desde 2007 – não agiu, ao contrário, omitiu-se ao dever de eficiência e celeridade, e agora, às vésperas dos grandes eventos, institui, às pressas, um regime polêmico de contratações que merecia mais discussão e amadurecimento por parte de toda a sociedade civil.

Pergunta-se: como foi que tramitou e foi aprovada a Lei nº 12.462, de 05 de agosto de 2011 de maneira tão abrupta e repentina? Quais foram as principais mudanças trazidas pela nova lei? Houve um avanço ou um retrocesso?

O Regime Diferenciado de Contratações (RDC) trouxe diversas soluções inovadoras ao regime geral de licitações (Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993). Entretanto, muitos são os dispositivos impugnados na referida lei.

Nesse trabalho vamos tratar de um dos temas polêmicos, criado pela Lei nº 12.462/2011, qual seja: o sigilo do orçamento do custo das obras no RDC.

É possível que alguns dos institutos criados pelo RDC venham a cumprir sua função de eficiência e celeridade. Não estamos duvidando disso. Talvez esse regime excepcional criado especificamente para os eventos supracitados seja no futuro incorporado definitivamente ao ordenamento jurídico.

Há fortes indícios de que isso realmente venha a acontecer.

Na verdade, esse processo de incorporação em definitivo ao ordenamento jurídico já está ocorrendo. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) já está sendo utilizado para diversos outros fins que não aqueles originariamente previstos.

É que, desde a criação do regime com a Lei nº 12.462, de 05 de agosto de 2011, até os dias de hoje, foram promulgadas 3 (três) novas leis estendendo o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) para outros fins, são elas:

> a) Lei nº 12.688 de 18 de julho de 2012 (estendeu o RDC às ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC);
>
> b) Lei nº 12.722 de 03 de outubro de 2012 (estendeu o RDC às licitações e contratos necessários à realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino);
>
> c) Lei nº 12.745 de 2012 (estendeu o RDC às licitações e contratos necessários à realização de obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS).

Ainda é cedo para afirmarmos com precisão qual o rumo dos acontecimentos e as consequências que a aplicação desse regime irá causar para a nação.

Desse modo, no presente trabalho não se pretende esgotar o assunto, mas sim fomentar o espírito crítico e debater a matéria com o objetivo de amadurecer o pensamento em torno desse novo Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC).

2 Do processo de elaboração do RDC e suas consequências jurídicas

2.1 Da Ordem Cronológica dos Fatos

Para se entender como deu o processo é preciso retroceder à origem dos fatos, como veremos a seguir.

Em 18/03/2011 foi editada pela Presidenta da República Dilma Roussef a Medida Provisória (MP) nº527/2011[1] com o intuito de alterar a Lei nº 10.683/2003, e, com isso, modificar a estrutura organizacional e as atribuições dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios, além de promover as adaptações daí decorrentes na legislação que disciplina a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC e a Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – INFRAERO.

No curso de sua tramitação na Câmara dos Deputados, o relator, deputado José Guimarães (filiado ao Partido dos Trabalhadores – PT/

1 Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados. Nota descritiva à Medida Provisória 527/2011. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/medidasprovisorias/2011_3056.pdf>. Acesso em: 04 de novembro de 2011.

CE), apresentou em plenário o projeto de lei de conversão da referida medida provisória, acrescentando ao diploma normativo dispositivos que regulam o denominado Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), com vistas às obras da Copa do Mundo FIFA 2014, da Copa das Confederações FIFA de 2013 e dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016.

Após a votação na Câmara dos Deputados, o projeto de lei de conversão à MP nº527/2011 foi apreciado e aprovado no Senado Federal, e, posteriormente, encaminhado à sanção da Presidenta da República. E, finalmente, em 05 de agosto de 2011 foi sancionada a Lei nº 12.462/2011 de que trata o presente artigo.

Em seguida, no dia 11 de outubro de 2011, foi editado o Decreto nº 7.581, o qual veio a regulamentar a referida lei.

2.2 Das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs)

Ressalte-se que a constitucionalidade da tal diploma legal já está sendo contestada pelo Procurador Geral da República – Ministério Público Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4655 e pelos Partidos da Social Democracia Brasileira – PSDB, Democratas – DEM e Partido Popular Socialista – PPS, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4645.

As Ações Diretas de Inconstitucionalidades (nºs 4655 e 4645) foram distribuídas para a relatoria do Min. Luiz Fux, o qual, reconhecendo revestir-se a matéria de indiscutível relevância e de especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, proferiu despacho em ambas as ações, no qual determinou a adoção do rito previsto no art. 12 da Lei nº 9.868/99, com a notificação da Presidente da República

e do Congresso Nacional para a prestação de informações no prazo de dez dias. Após, determinou a remessa dos autos, sucessivamente, à Advocacia-Geral da União e à Procuradoria-Geral da República, para manifestarem-se nos respectivos prazos quinquidiais.

Até o presente momento, conforme consulta realizada no site do Supremo Tribunal Federal (STF), não houve pronunciamento da relatoria quanto ao pedido liminar nas ações diretas de inconstitucionalidade acima citadas.

Dessa forma, teremos que esperar que decorram os procedimentos supramencionados para o Min. Relator possa se manifestar acerca dos pedidos cautelares presentes nas duas ações.

Atente-se que a lei como um todo, desde o seu processo embrionário, está sendo impugnada nas referidas ações, isso porque a tramitação da Medida Provisória nº527/2011 e do respectivo Projeto de Lei de Conversão no Congresso Nacional não observou o devido processo legislativo constitucional, tendo em vista a admissão de emendas absolutamente impertinentes ao texto da Medida Provisória nº527/2011.

A questão que talvez mais impressione é como a matéria foi conduzida pelo governo federal, vez que o mesmo se utilizou da prerrogativa de possuir a maioria governista no Congresso Nacional, para lançar mão desse artifício de inserir matérias estranhas àquelas tratadas na Medida Provisória, com o livre propósito de aprovar de qualquer maneira a referida lei que instituiu o regime diferenciado de contratações públicas.

Um dos argumentos levantados na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº4645, pelos Partidos da Social Democracia Brasileira – PSDB, Democratas – DEM e Popular Socialista – PPS é de que tal artifício procedimental tem implicações diretas no plano constitucional e consequências práticas severas para atuação do Poder Legislativo.

Alegam os referidos autores que a admissão de emendas, pelo relator, a texto oriundo do Poder Executivo, sem que estas guardem pertinência com a matéria versada pela Presidente da República traz duas consequências institucionais que não podem desprezar: (a) impede discussões públicas amplas sobre a matéria objeto das emendas e (b) afasta a possibilidade do oferecimento de emendas parlamentares pelos demais membros do legislativo.

Os alegados vícios formais, em síntese, seriam os seguintes: a) ausência de relevância e urgência (art.62 da CF/88) para edição da MP nº 527/2011, convertida posteriormente na Lei nº 12.462/2011; e b) abuso do poder de emenda parlamentar, tendo em vista que a redação original da MP nº 527/2011 não tratava do RDC e o tema foi inserido no Congresso por emenda parlamentar (arts. 2º, 59 e 62 da CF/88).

Além dos vícios formais acima descritos, não bastassem os atropelos no processo legislativo de conversão da Medida Provisória nº527, há ainda vícios de conteúdos que afetam a própria Lei nº 12.462, de 05 de agosto de 2011, maculando de inconstitucionalidade o ato normativo em exame.

Os alegados vícios materiais da Lei nº 12.462/2011 podem ser assim sintetizados: a) excesso de vagueza da norma e ampla margem de discricionariedade para regulamentação por parte de entidades administrativas, como a Autoridade Pública Olímpica (APO), o que violaria os arts. 22, XXVII, e 37, XXI, da CF/88; b) contratação integrada, com a elaboração do projeto básico pelo licitante vencedor, inexistindo critérios objetivos prévios para tratamento isonômico entre os interessados; c) remuneração variável; d) restrição à publicidade de determinados atos (sigilo) em afronta aos princípios da publicidade e da moralidade; e) pré-qualificação permanente, com a possibilidade de licitação restrita aos pré-qualificados, ofendida a competitividade e a isonomia (art.37, XXI, da CF/88); e f) relativização de exigências ambientais, com a previsão

de compensações e aparente facultatividade no cumprimento dos requisitos de sustentabilidade ambiental (art.225 da CF/88)[2].

As inconstitucionalidades encontradas na Lei nº 12.462, de 05 de agosto de 2011 dizem respeito à essência e ao todo do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), contudo, no que tange ao presente artigo trataremos apenas da presunção de sigilo do custo das obras (art.6º da Lei nº12.462/2011).

3 Licitação: previsão no ordenamento jurídico e dos princípios aplicáveis

3.1 Da Previsão no Ordenamento Jurídico

Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos[3].

No direito pátrio, os parâmetros do dever de licitar encontram-se estabelecidos na Constituição Federal de 1988 (art. 22, XXVII, art.37, inc. XXI; art.173, §1º; art.175; art.195, §3º) e também na legislação infraconstitucional subsequente.

2 FREITAS, Rafael Veras de; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende. *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) e a Administração de Resultados*. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP. Belo Horizonte. Ano 09, n.35, p.09-36, out/dez 2011.

3 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.271/272.

A Constituição da República, em seu artigo 37, XXI, diz que:

> XXI ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

A Carta Magna também prevê os princípios regentes da Administração Pública, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, *caput*).

Os princípios acima indicados estabelecem as diretrizes a serem seguidas pelo administrador público. É certo também que os atos administrativos devem respeitar a ética e a moralidade, além de serem exercidos de maneira satisfatória ao interesse dos administrados.

Ressalte-se que a tendência inicial do legislador nacional, em matéria de licitação e contratos, foi a de reunir num único veículo legislativo, inúmeras sortes de procedimentos e contratos, independentemente dos objetos e das características de cada qual, tendência esta robustamente presente na Lei nº 8.666/93[4].

No entanto, com o passar dos anos dita tendência foi revertida e várias leis esparsas, tais como exemplo as Leis nºs 8.987/95 (concessões e permissões de serviços públicos), 10.520/02 (pregão), 11.079/04 (parcerias público-privadas) e 12.232/10 (licitação e contratação pela administração pública de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências

4 FERRAZ, Luciano. *Regime Diferenciado de Contratações (RDC) e Composição de Custos – Desafios na Aplicação da Regra do Sigilo e Contratação Integrada*. Revista Interesse Público – IP. Belo Horizonte. ano 14, n. 76, p. 71-82, nov/dez. 2012.

de propaganda) foram criadas e retiraram do âmbito de incidência da Lei nº 8.666/93 determinadas matérias cujos objetos necessitavam de procedimentos distintos, com maior agilidade e menos formalidades.

A edição da Lei Federal nº 12.462/2011 seguiu a nova tendência e instituiu o regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável às licitações e contratos necessários à realização da Copa das Confederações de 2013, da Copa do Mundo de 2014, dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, aos contratos de infraestrutura e aeroportuários localizados em distância de até 350 quilômetros das cidades sede da Copa (art.1º), com extensão anunciada (art. 28 da Lei nº 12.688/2012) para os contratos de obras que compõem o PAC (Programa de Aceleração do Crescimento).

3.2 Dos Princípios Aplicáveis à Licitação e ao RDC

A licitação, qualquer que seja o regime a ser adotado (Lei nº 8.666/93 ou Lei nº 12.462/2011), por ser um processo administrativo, pressupõe o atendimento dos princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública, notadamente aqueles expressamente previstos no art. 37, *caput*, da CF/88 (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência).

Ao lado dos princípios constitucionais, existem princípios específicos os quais se encontram previstos no art. 3º da Lei nº 8.666/93 (Lei Geral das Licitações) e no art. 3º da Lei nº 12.462/2011 (RDC – Regime Diferenciado de Contratações Públicas), quais sejam: economicidade, desenvolvimento nacional sustentável, vinculação ao instrumento convocatório e princípio do julgamento objetivo.

A seguir vamos tratar apenas do princípio da publicidade acima referido.

3.3 Do Princípio da Publicidade

A publicidade é um princípio básico na Administração Pública e que está consagrado na Constituição Federal de 1988. É ela que permite aos contribuintes em geral acompanharem o dia a dia da administração pública. É preciso ter em mente que a "coisa pública" não pertence a quem quer que seja, ela é do coletivo, do povo. E evidentemente tem que se primar pela transparência.

Dessa forma, questionamos: podem coabitar o mesmo teto o princípio da publicidade e o sigilo no orçamento da licitação?

Apesar de ser o povo o detentor do poder[5], vê-se constantemente no governo, a figura do seu gestor tratar a coisa pública como sua. Como o poder é exercido por meio de representação, é da sociedade o maior interesse que haja respeito à supremacia do interesse público.

Sendo o agente um mero gestor do bem comum, o Poder Público tem o dever de repassar em obras e serviços a receita arrecadada pela máquina estatal e, para isso os gastos devem ser realizados de maneira que não haja desperdício.

Diante da necessidade de se certificar quanto à realização desse fim, o ordenamento deve viabilizar meios de fiscalização da atuação administrativa. Assim, tem-se meio de controle pela própria Administração, pelo Judiciário, pelo Legislativo ou aquele realizado pelo cidadão.

A publicidade é estendida a toda atuação estatal, inclusive na divulgação da conduta interna de seus agentes. Atinge, pois, os atos concluídos e em formação, os processos em andamento, os pareceres dos órgãos,

5 Art.1º da CF/88 [omissis] Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

técnicos e jurídicos, os despachos intermediários e finais, as atas de julgamentos das licitações e os contratos com quaisquer interessados, bem como os comprovantes de despesas e as prestações de contas submetidas aos órgãos competentes[6].

O objetivo evidente da imposição de observância do princípio da publicidade nas licitações é permitir o acompanhamento e a fiscalização do procedimento, não só pelos licitantes, como também pelos diversos órgãos de controle interno e externo e pelos administrados em geral[7].

O princípio da publicidade ou transparência tem se destacado como o mais relevante na transição da Administração Pública burocrática para gerencial, pois dá efetividade aos princípios da participação popular e o da impessoalidade, permitindo a aplicação do controle social da Administração Pública.

Não pode haver despesa pública protegida por sigilo. Como é que a sociedade pode ser privada do acesso a informações relacionadas às despesas públicas?

Nas contratações com a utilização do RDC, a publicidade dos atos praticados é restringida em duas hipóteses: a) orçamento estimado para a contratação não será divulgado aos licitantes (art.6º da Lei nº 12.462/2011); e b) o procedimento licitatório e de pré-qualificação, em determinados casos, será divulgado apenas em sítio eletrônico oficial centralizado de divulgação de licitações ou mantido pelo ente encarregado do procedimento licitatório na rede mundial de computadores (art.15, §2º, da Lei nº 12.462/2011)[8].

6 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 95.

7 ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 19ª Ed. 2011, Editora Método, fls.565.

8 FREITAS, Rafael Veras de; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende. *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) e a Administração de Resultados*. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP. Belo Horizonte. Ano 09, nº35, p.09-36, out/dez 2011.

4 O Sigilo do Orçamento da Copa

Um dos temas mais polêmicos em torno da Copa do Mundo 2014 é o que vem sendo chamado de "sigilo do orçamento da Copa", que seria um sigilo temporário quanto ao valor de referência das licitações (estimativa do orçamento do objeto do certame).

Trata-se de regra distinta daquela consagrada no art.40, §2º, II, da Lei nº 8.666/93, que exige a apresentação, no anexo do edital de licitação, do orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários.

O chamado "sigilo do orçamento da Copa" está previsto no artigo 6º da Lei, senão vejamos:

> Art. 6º O orçamento previamente estimado para a contratação será fornecido somente após o encerramento da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas.
>
> §1º Nas hipóteses em que for adotado o critério de julgamento por maior desconto, a informação de que trata ocaputdeste artigo constará do instrumento convocatório.
>
> §2º No caso de julgamento por melhor técnica, o valor do prêmio ou da remuneração será incluído no instrumento convocatório.
>
> §3º Se não constar do instrumento convocatório, a informação referida nocaputdeste artigo possuirá caráter sigiloso e será disponibilizada estritamente a órgãos de controle interno e externo.

Os defensores da medida utilizam o argumento de que metodologias similares de postergação da publicidade de determinadas fases licitatórias já são bastante aplicáveis em certames ocorridos em nosso país e, o

mais importante, gozam de prestígio por órgãos de controle, a exemplo do TCU – Tribunal de Contas da União.

Alegam os simpatizantes que o sigilo seria temporário, uma vez que seria mantido somente até o encerramento da licitação, além disso, o mesmo não existiria perante os órgãos de controle interno e externo, ou seja, órgãos como Tribunal de Contas da União (TCU) e Controladoria Geral da União (CGU) teriam pleno acesso ao valor de referencia da licitação.

> Dita regra, conquanto seja objeto de questionamentos no STF (ADI nºs 4654 e 4655) e de respeitável crítica doutrinária, não demonstra incompatibilidade com o princípio constitucional da publicidade, seja porque o sigilo não significa ausência de orçamento prévio – elaborável na fase interna da licitação, seja porque o seu §3º do art.6º determina o acesso dos órgãos de controle externo e interno ao orçamento a qualquer tempo (preservando os interesses da sociedade no quesito controle), seja, enfim, porque descabe confundir diferimento procedimental da publicidade com ausência de publicidade orçamental[9].

Justificam que o sigilo é temporário, sendo mantido durante toda a licitação e tendo fim juntamente com o seu encerramento. Afirmam que o sigilo, em tese, não traria prejuízo aos licitantes, uma vez que todas as especificações do objeto da licitação estariam previstas no edital, de maneira que a omissão do valor de referência não impede que o licitante busque no mercado os preços praticados usualmente e elabore sua proposta a partir de seus próprios parâmetros.

Alegam os defensores da nova regra que a Lei nº 8.666/1993 (Lei de Licitações) sempre estabeleceu a obrigatoriedade da divulgação dos

9 FERRAZ, Luciano. *Regime Diferenciado de Contratações (RDC) e Composição de Custos – Desafios na Aplicação da Regra do Sigilo e Contratação Integrada.* Revista Interesse Público – IP. Belo Horizonte, ano 14, n. 76, p. 71-82, nov/dez. 2012.

preços aos licitantes. Já a Lei nº 10.520/2002, que regula a modalidade pregão para aquisição de bens e serviços comuns, silenciou sobre o assunto, fazendo com que parte dos órgãos públicos licitantes não divulgasse o preço estimado da licitação e outra parte, os divulgasse.

O Tribunal de Contas da União (TCU) por muito tempo entendeu que era necessário que o orçamento fosse anexado ao edital do pregão, fulcrando as suas decisões na aplicação do inciso II do § 2º do art. 40 da Lei nº 8.666/93[10].

Em 2007, o Plenário do TCU modificou seu posicionamento (Acórdão 114/2007) para fixar que, nos pregões, o gestor não está obrigado a anexar o orçamento ao edital; basta que o mesmo integre o respectivo processo administrativo de licitação, como ilustra o seguinte julgado:

> REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. MODALIDADE PREGÃO. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DA LEI DE LICITAÇÕES. POSSIBILIDADE DE COMBINAÇÃO DE AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS COM ALIENAÇÃO. INCOMPATIBILIDADE ENTRE DISPOSITIVOS DO EDITAL. CONTRATO. EXECUÇÃO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. DETERMINAÇÕES. 1. Na licitação na modalidade pregão, o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários não constitui um dos elementos obrigatórios do edital, devendo estar inserido obrigatoriamente no bojo do processo relativo ao certame. Ficará a critério do gestor, no caso concreto, a avaliação da oportunidade e conveniência de incluir esse orçamento no edital ou de informar, no ato convocatório, a sua disponibilidade aos interessados e os meios para obtê-lo. 2. A Lei 8.666/93 somente é aplicável aos pregões de forma subsidiária. 3. Comprovadas as vantagens para a Administração, e tendo em vista os princípios da economicidade e da efi-

10 Art.40.O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte: [...]
§2ºConstituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante: [...]
II-orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários;

ciência, admite-se a combinação de aquisição de serviços com alienação em um único procedimento licitatório. 4. Constatada incompatibilidade entre dispositivos do edital de licitação, impõe-se sua adequação e divulgação da retificação pelos mesmos meios utilizados para publicidade do texto original e a reabertura do prazo inicialmente estabelecido. 5. Peculiaridades inerentes ao objeto licitado podem justificar a exigência da Administração em acompanhar a fase inicial de execução do contrato. Não há se falar em limitação à competitividade ou violação da igualdade entre os licitantes visto tratar-se de medida que visa o atendimento e a satisfação do interesse da Administração[11].

Portanto, a matéria em discussão – sigilo do preço estimado – não é tão estranha aos ouvidos da comunidade especializada em licitação. Ao contrário, é muito comum a não disponibilização do preço estimado da licitação (na modalidade pregão), com vistas a não prejudicar o processo de negociação do pregoeiro com o detentor da melhor proposta[12].

Desse modo, podemos verificar que o artigo 6º da Lei nº 12.462/2011 (RDC), portanto, limita-se a tratar do sigilo na fase da veiculação do edital aos interessados em participar do certame, uma vez que os preços propostos e o valor estimado da licitação serão todos divulgados a partir da escolha do melhor classificado.

Os que defendem o dispositivo alegam que o que a Administração pretende com o artigo 6º, § 3º, é justamente evitar que as empresas conheçam, de antemão, o valor de que dispõe o Poder Público para custear o objeto da licitação.

A necessidade de modificação da regra tradicional de licitação com a previsão do orçamento sigiloso, sempre foi defendida por parcela da doutrina, especialmente para evitar que a divulgação do orçamento influen-

11 TCU, Acórdão nº 114/07, Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, DOU, 09 fev. 07.

12 PEIXOTO, Ariosto Mila. *RDC – Regime Diferenciado de Contratações*. Disponível em: <http://novo.licitacao.com.br/regime-diferenciado-de-contratacoes-rdc/367-artigos-rdc-regime-diferenciado-de-contratacao.html>. Acesso em 06 de abril de 2013.

ciasse a elevação dos valores constantes das propostas e a formação de cartel entre os licitantes, já que, sem a ciência do preço estimado pela Administração, fica mais difícil de fazer combinações entre concorrentes[13].

Dessa maneira, a ideia inicial seria obrigar o participante da licitação a oferecer os preços sem conhecer o montante de recursos que a Administração teria para despender; de modo que cada licitante deverá elaborar sua proposta com base na sua experiência individual e no custo real do projeto, sem vinculá-lo à pesquisa e ao valor estimado da Administração Pública.

Aliás, segundo os defensores da medida, o sigilo do valor estimado auxiliará a Administração na negociação para a obtenção de preços mais vantajosos, conforme permite o art. 26 do RDC[14].

Ademais, seria equivocado pensar que orçamento sigiloso quer significar ausência de orçamento prévio do objeto em licitação. Até porque a Lei nº 12.462/2011 não alterou a obrigatoriedade de elaboração do orçamento estimado pela Administração, apenas o regime de sua divulgação.

Na defesa de tal argumento, alegam que nas licitações realizadas na modalidade pregão, o sigilo do preço estimado não parece ter prejudicado o caráter competitivo; a ausência da informação confere maior disputa com preços mais vantajosos ao poder público.

A desvantagem repousaria na possibilidade, ainda que em tese, da quebra ao princípio da isonomia, caso apenas um licitante ou um peque-

13 FREITAS, Rafael Veras de, e OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende. O *Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) e a Administração de Resultados*. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP. Belo Horizonte. Ano 09, nº35, p.09-36, out/dez 2011.

14 Art. 26. Definido o resultado do julgamento, a administração pública poderá negociar condições mais vantajosas com o primeiro colocado.
Parágrafo único. A negociação poderá ser feita com os demais licitantes, segundo a ordem de classificação inicialmente estabelecida, quando o preço do primeiro colocado, mesmo após a negociação, for desclassificado por sua proposta permanecer acima do orçamento estimado.

no grupo de licitantes tivesse acesso à informação sigilosa (preço), com a finalidade de manipular a licitação a seu favor.

Nada obstante ao sigilo do preço estimado, continua obrigatória a divulgação a todos que participem da licitação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias à elaboração objetiva e completa da proposta.

Todavia há os que entendem que o valor estimado de qualquer contratação deva ser amplamente divulgado para a sociedade como um todo, e não apenas para os órgãos de controle.

Argumentam que não é convincente a tese de que na iniciativa privada a surpresa da proposta do comprador faz com que esse consiga valores menores junto aos vendedores; e que os fornecedores, ao saberem com antecedência o valor estimado da licitação oportuniza conluio entre eles.

Aduzem que a publicização apenas faz bem para o procedimento, e o sigilo pode permitir que particulares com informações privilegiadas sejam beneficiados.

> "Ora, a publicidade dos atos administrativos não se revela como uma faculdade ou mero adorno, mas condição *sine qua non* de consolidação do exercício do poder democrático. A prática transparente se relaciona intimamente com a democracia, pois os atos dos Estados democráticos são a expressão daqueles que legitimam seu poder. Dessa forma, tais atos devem orientar-se por normas que possibilitem a constante interação entre o povo e o Estado, quer seja através da divulgação de informações, prestação de contas ou mesmo da participação direta da população na Administração Pública[15]."

15 DIAS, Roberto. FERREIRA, João Paulo. *A Publicidade no Regime Diferenciado de Contratações Públicas: Algumas Considerações Críticas*. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (coord.) *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC: aspectos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 56.

Dessa forma, sustentam que o sigilo do valor estimado da contratação é uma inconstitucionalidade flagrante, contrária ao Princípio da Publicidade, contido no caput do art. 37 da Constituição da República e um dos pilares do Estado Social e Democrático de Direito.

Afirmam que a transparência na Administração Pública é uma obrigação constitucional, e o sigilo apenas é admitido na Constituição nos casos imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado, nos termos do art. 5°, inc. XXXIII.

Por fim, defendem que o que poderá vir a acontecer, na prática, é que o administrador público corrupto poderá tranquilamente divulgar o valor estimado para quem ele quer beneficiar, prejudicando os demais licitantes que apresentarão suas propostas no escuro.

Interessante a observação crítica feita por Márcio Cammarosano nos comentários aos artigos 5° a 7° quando questiona o seguinte:

> "O que se tem apresentado como justificativa para a instituição do sigilo do orçamento previamente estimado, que só será dado a conhecimento público imediatamente após o encerramento da licitação, é a necessidade de impedir conluio entre os licitantes. Estes sabendo de antemão quais os valores orçados pela Administração, e por ela assim fixados, como referenciais para decisões que venha a tomar em face do que for proposto pelos que acorrem ao certame, poderiam, de comum acordo, acertarem-se quanto aos valores a consignarem em suas respectivas propostas, para a consecução dos resultados que almejam, deixando, cada qual, de disputar diretamente o objeto do certame, como seria mister, apresentando preços que lhes fossem realmente factíveis em razão de seus próprios cálculos e empenho em vencer a licitação.
>
> Todavia, o argumento é falacioso, pois com ou sem sigilo quanto ao orçamento prévio, conluio sempre poderá haver, mesmo porque se a Administração Pública só pode elaborar orçamento prévio de acordo

com os preços vigentes no mercado, estes também são, obviamente, do conhecimento das empresas do ramo.

Por outro lado, se o sigilo do orçamento estimado fosse assim tão decisivo para evitar conluios, por que instituí-lo somente no Regime Diferenciado de Contratação? Só sob esse regime é que se deve impedir ou dificultar conluios? Por que não o sigilo também para as licitações sob a égide da Lei nº 8.666/93?

Ademais, em sendo sigiloso o orçamento estimado previamente, mas disponível aos órgãos de controle interno e externo, sempre haverá risco de quebra do sigilo por parte de algum integrante dos referidos órgãos"[16].

De fato, se considerarmos que o sigilo comprovadamente é eficaz para a realização de licitações do porte daquelas previstas no RDC, como sustentar o argumento da aplicabilidade apenas para o RDC e não para o sistema geral de licitações?

Agora é cedo para conclusões acerca do funcionamento desse regramento. Somente ultrapassada a experiência obtida através da aplicabilidade desse instituto é que poderemos ver a sua efetiva eficácia no ordenamento jurídico.

5 Conclusões

A escolha do Brasil para sediar a Copa das Confederações FIFA 2013, a Copa do Mundo FIFA 2014 e os Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016 foi acompanhada do compromisso do país de propiciar toda a infraestrutura necessária para a realização dos eventos desportivos de maior repercussão mundial[17].

16 CAMMAROSANO, Márcio. *Artigos 5º a 7º da Lei nº 12.462, de 5 de agosto de 2011*. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (coord.) *Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC: aspectos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 39-40.

17 GARCIA, Flávio Amaral. *Aspectos Jurídicos da Lei Geral da Copa e suas Flexibilizações*. Revista Brasileira de Direito

O foco principal do RDC é a celebração de contratos para obras e serviços relacionados aos eventos desportivos acima citados. Trata-se de acontecimentos coordenados por entidades internacionais, que determinam minuciosamente os padrões mínimos a serem observados pelas estruturas a serem utilizadas nos eventos[18].

Sabemos que a Copa do Mundo FIFA de 2014 é centro das atenções em todo o país e a ideia do Regime Diferenciado de Contratações (RDC) é fazer com que as contratações sejam aceleradas para que as reformas e construções fiquem prontas a tempo para os jogos, mas será que o desespero para lidar com uma situação de emergência é um mal necessário para o País?

É certo que os atrasos na reforma de aeroportos e na construção de estádios, entre outras dificuldades que o Brasil está enfrentando para cumprir o cronograma de obras para a Copa do Mundo de Futebol em 2014, são indícios de que o país poderá gastar mais do que o necessário para garantir a infraestrutura dos jogos. Isso irá abrir brechas para superfaturamento, desvio de dinheiro público, corrupção, sobrepreço e instabilidade jurídica.

Entretanto, precisamos ter em mente que as palavras sustentabilidade e responsabilidade devem nortear as ações dos administradores públicos neste momento quando o Brasil prepara sua estrutura para sediar pelo menos quatro eventos de importância planetária, como a Copa do Mundo FIFA de 2014, a Copa das Confederações FIFA de 2013 e os Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016.

Segundo opinião do jurista Flávio Amaral Garcia[19]:

Público (RBDP), ano 10 n. 37, p. 89/94, abr/jun. 2012, Belo Horizonte, Fórum.

18 KLEIN, Aline Lícia. Alteração dos Contratos no Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), in Revista Brasileira de Direito Público (RBDP), ano 10 n. 37, p. 95/118, abr/jun. 2012, Belo Horizonte, Fórum.

19 GARCIA, Flávio Amaral. *Aspectos Jurídicos da Lei Geral da Copa e suas Flexibilizações*. Revista Brasileira de Direito Público (RBDP), ano 10 n. 37, p. 89/94, abr/jun. 2012, Belo Horizonte, Fórum.

> A Copa do Mundo organizada pela FIFA é, juntamente com os Jogos Olímpicos, o evento esportivo que mais atrai o interesse dos espectadores em todo o planeta. Com efeito, desde a década de 1990 – quando o futebol tornou-se um esporte midiático por excelência – a realização de um evento como este desborda os limites do desporto, envolvendo interesses comerciais e financeiros dos mais diversos.

A democracia brasileira necessita que a atuação do governo seja transparente, vez que a representação do poder é dada para que os administradores façam bom uso do que lhe foi designado.

O que se deve buscar com a realização desses eventos esportivos de grande porte é a concretização de um interesse público primário, com a promoção do desenvolvimento nacional, a visibilidade do país, investimentos maciços em infraestrutura, o incremento do turismo no país e a entrada de novos recursos.

Não é possível aplicar recursos governamentais em bens de propriedades privadas a fundo perdido. É necessário criar mecanismos para que esses investimentos em equipamentos possam ser utilizados pelo governo após os eventos. A falta de planejamento gera a necessidade de contratações emergenciais, que dão margem a superfaturamentos e direcionamento de licitações.

No caso, a criação de uma nova lei com procedimentos inteiramente modificados obrigaria um tempo mínimo para que os gestores pudessem estudá-la, interpretá-la, participar de treinamentos e discussões para, como medida derradeira, aplicá-la. Sabemos que qualquer novo texto legal exigiria um tempo de maturação e experiência. Contudo, o curto prazo para o início dos grandes eventos e o texto do RDC parecem não figurar na mesma cena.

Seria uma ideia viável aplicar um "novo regulamento" com mudanças significativas, sem que tivesse havido um amplo debate público?

É fato que as obras da Copa precisam ser aceleradas, mas não podemos deixar de concluir que o Regime Diferenciado de Contratações (RDC) é o resultado da imprevidência do governo federal.

A falta de uma discussão ampla e aprofundada, e o consequente imediatismo e improvisação na legislação de licitações – e o RDC é exemplo acabado disto – ao invés de garantirem agilidade e segurança, podem colocar em risco não só os eventos esportivos quanto todo o sistema de contratação e licitação de obras em nosso país.

É de se indagar: será que uma vez aprovado no Congresso Nacional e sancionado pela Presidenta da República, o RDC não só conduzirá as licitações transitórias (aquelas referentes à Copa das Confederações FIFA 2013, à Copa do Mundo FIFA 2014 e aos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016) como também será a nova metodologia de licitações no nosso País a substituir inteira ou parcialmente a atual Lei nº 8.666/93? Ou seja, ela será definitiva e não transitória?

A depender da decisão a ser proferida pelo Min. Relator Luiz Fux, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº4655 de autoria do Procurador Geral da República e na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº4645 de autoria dos Partidos da Social Democracia Brasileira – PSDB, Democratas – DEM e Partido Popular Socialista – PPS, poderá haver duas regras para a contratação. A Lei de Licitações e esse novo regramento. Qual deles deverá prevalecer?

Ainda não sabemos as respostas a todos os questionamentos feitos nesse trabalho. Precisamos refletir e acompanhar o deslinde das questões. Mas além de tudo, precisamos ter consciência política do nosso dever de cidadão de proteger os recursos públicos, os quais são obtidos quando do pagamento dos nossos impostos.

O controle social, entendido como a participação do cidadão na gestão pública, é um mecanismo de prevenção da corrupção e de fortalecimento da cidadania.

No Brasil, a preocupação em se estabelecer um controle social forte e atuante torna-se ainda maior, em razão da sua extensão territorial e do grande número de municípios que possui.

Assim, diante da iminência da Copa do Mundo FIFA de 2014 e de toda a incerteza de como serão empregados os recursos públicos no financiamento das obras e contratos, o controle social revela-se como complemento indispensável ao controle institucional, exercido pelos órgãos fiscalizadores.

Desse modo, o sucesso ou o fracasso do RDC dependerá, necessariamente, da forma de aplicação de suas normas pelos administradores públicos e da eficiência dos instrumentos de controle.

Confidentiality of budget in differential treatment of public contracts

Abstract

The present work deals with the creation of Law nº 12.462/2011, which established the new Special Public Contracting System (DRC), to be applied to the FIFA Confederations Cup 2013, FIFA World Cup 2014 and the Olympics Olympic and Paralympic Games Rio 2016. Criticizes the way the legislative process was conducted, with the backdrop of the 4645 and 4655 ADIs filed in the Supreme Court (STF). Presents the general principles applicable to the law of bids, and the Special Public Contracting System (DRC). Finally, it analyzes one of the most controversial provisions of the DRC, namely the secrecy of the budget.

Keywords: Creation. Special Public Contracting System. Collision. Principle.

Referências

ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado.** 19ª ed. São Paulo: Método 2011;

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio, **Curso de Direito Administrativo**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999;

BRASIL. Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados. **Nota descritiva à Medida Provisória nº 527/2011.** Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/medidasprovisorias/2011_3056.pdf>. 2011;

CARVALHO FILHO, José dos Santos, **Manual de Direito Administrativo**. 18ª ed. São Paulo: Lumen Juris, 2007;

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000;

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby e REOLON, Jaques Fernando. **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas.** Coleção Jorge Ulisses Jacoby Fernandes de Direito Público. Vol. 09, Editora Fórum, 1ª edição, Belo Horizonte;

FERRAZ, Luciano. **Regime Diferenciado de Contratações (RDC) e Composição de Custos – Desafios na Aplicação da Regra do Sigilo e Contratação Integrada**. Revista Interesse Público – IP. Belo Horizonte, ano 14, n. 76, p. 71-82, Nov/dez. 2012;

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Direitos dos Licitantes**. São Paulo: Malheiros, 1992;

FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005;

GARCIA, Flávio Amaral. **Aspectos Jurídicos da Lei Geral da Copa e suas Flexibilizações**. Revista Brasileira de Direito Público (RBDP), ano 10 n. 37, p. 89/94, abr/jun. 2012, Belo Horizonte: Fórum;

JUNIOR, Jessé Torres Pereira e DOTTI, Marinês Restelatto. **Políticas Públicas nas Licitações e Contratações Administrativas**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum. 2012;

JURKSAITIS, Guilherme Jardim. **Em defesa do RDC**. Artigo publicado em 6/9/2011 no sítio eletrônico da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP. Disponível em: http://www.sbdp.org.br;

JUSTEN FILHO, Marçal. **Procedimentos Auxiliares das Licitações e a Pré-qualificação no Regime Diferenciado de Contratações Públicas**. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP. Belo Horizonte, 35, p. 61 – 98, out./dez.2011;

KLEIN, Aline Lícia. **Alteração dos contratos no Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC).** Revista Brasileira de Direito Público – RBDP. Belo Horizonte, 37, abr./jun.2012;

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012;

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**, Editora Revista dos Tribunais, 2008;

MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito Administrativo Brasileiro**, 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006;

MOTTA, Carlos Pinto Coelho e BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira. **RDC Contratações para As Copas e Jogos Olímpicos.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012;

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende. **Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Método. 2012.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende e FREITAS, Rafael Veras de. **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) e a Administração de Resultados.** Revista Brasileira de Direito Público – RBDP. Belo Horizonte, 35, out./dez.2011;

PEIXOTO, Ariosto Mila. **RDC – Regime Diferenciado de Contratações.** Disponível em: <http://novo.licitacao.com.br/regime-diferenciado-de-contratacoes-rdc/367-artigos-rdc-regime-diferenciado-de-contratacao.html>.

RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro e JUNIOR, Mario Engler Pinto. **Regime Diferenciado de Contratação – Licitação de Infraestrutura para Copa do Mundo e Olimpíadas.** São Paulo: Editora Atlas, 2012;

RODRIGUES, Isabelle de Carvalho; Lima, Victor Godeiro de Medeiros. **Regime Diferenciado de Contratações sob a Ótica do Princípio da Supremacia do Interesse Público**. A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Belo Horizonte, 49, jul./set. 2012;

SANTOS, Murilo Giordan e BARKI, Teresa Villac Pinheiro (coord.) **Licitações e Contratações Públicas Sustentáveis.** Belo Horizonte: Fórum, 2011;

SCHWIND, Rafael Wallbach. **Remuneração variável e Contratos de Eficiência no Regime Diferenciado de Contratações Públicas**

(RDC). Revista Brasileira de Direito Público – RBDP. Belo Horizonte, 36, jan./mar.2012;

VALENTE, Manoel Adam Lacayo. **Marco Legal das Licitações e Compras Sustentáveis na Administração Pública**. Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados. Estudo Março 2011. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/5704/marco_legal_valente.pdf?sequence=1>.;

VALIM, Rafael, DAL POZZO, Augusto Neves e CAMMAROSANO, Márcio. **Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

Referência do texto

MONTENEGRO, Pietra Alexandrina Ferreira Pires de Albuquerque. O sigilo do orçamento no regime diferenciado de contratações públicas. **Revista da ESMAPE**, Recife, v. 17, n. 35, p. 277-304, jan./jun. 2012.

** Artigo recebido em: 26 abr. 2012. Aprovado em: 5 jun. 2012.*

Novos rumos da terceirização na iniciativa privada e na administração pública

Rogéria Gladys Sales Guerra
Mestra e doutoranda em Direito do Trabalho pela UFPE.
Professora de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho da UNICAP e da Faculdade Marista. Advogada.

Resumo

Diante das novas formas de organização do trabalho, com a mudança do trabalho baseado no modelo fordista, centrado na figura do trabalho subordinado dentro da fábrica no século XX para as novas formas de trabalho pautadas no regime de acumulação do capital, o artigo pretende demonstrar os Novos Rumos da Terceirização na Iniciativa Privada e na Administração Pública, com ênfase na responsabilidade da Administração Pública decorrente do inadimplemento da empresa prestadora de serviço à luz do novo entendimento dos Tribunais Superiores (STF e TST).

Palavras chaves: Terceirização. Precarização. Administração Pública.

Introdução

Dentre os fatores que influenciaram a modificação das relações individuais de trabalho estão as alterações na organização da produção e nos métodos utilizados na gestão da mão de obra. A terceirização surge como modalidade de emprego flexível, em face das novas necessidades econômicas impostas pelo modelo de produção neoliberalista.

No Brasil, a disseminação da terceirização teve início na década de 90, período marcado pelas transformações econômicas mundiais, em decorrência da globalização que ocasionou a reestruturação produtiva no mercado de trabalho.

Hoje, todas as atividades e tipos de trabalho, tais como indústria, comércio e o setor público terceirizam, sob a alegação de redução de custos e das vantagens da especialização da mão de obra.

Mas, a terceirização também tem sido alvo de críticas, por ser uma das causas da precarização do trabalho e pulverização da classe dos trabalhadores, em face da inexistência ou da fragmentação dos sindicatos obreiros.

O presente artigo trata dos Novos Rumos da Terceirização na Iniciativa Privada e na Administração Pública propiciando inicialmente uma visão geral sobre o tema, seu conceito, tipos e a responsabilidade decorrente do inadimplemento da empresa prestadora de serviço, além da problemática da regulamentação e as principais formas de enfrentamento desse instituto adotadas pelos agentes públicos.

1 Generalidades sobre a terceirização

O papel da terceirização se redefiniu com as mudanças do Capitalismo, dos padrões produtivos e dos modelos organizacionais do trabalho. Estudos revelam que essa "avalanche" de terceirização teve início nos anos 1990, período que marca as transformações no mundo do trabalho do Brasil, sob a denominação da reestruturação produtiva e da globalização com a implantação de políticas de conteúdo neoliberal, novas formas de controle, gestão e organização do trabalho, juntamente com a redefinição do papel do Estado e da regulação sobre o mercado de

trabalho, contribuindo para um novo regime de acumulação, em que a flexibilização passa a ser o eixo central[1].

É fato que a terceirização hoje é um fenômeno que se generalizou entre todas as atividades e tipos de trabalho, na indústria, comércio, nos setores públicos, na zona rural, apresentando diferentes modalidades e formas de regulação e legislação.

Mas o crescimento da terceirização também ganhou destaque no setor público e nas empresas estatais, o que pode ser explicado pela adoção de políticas neoliberais pelos sucessivos governos que, em nome do superávit fiscal recomendado pelo "Consenso de Washington", suspenderam concursos públicos e buscaram sanar a necessidade de servidores através da terceirização em várias modalidades, tais como contratação de estagiários, de cooperativas (na área de saúde), externalização ou transferência de serviços públicos para o setor privado e subcontratação de empresas privadas[2].

Terceirização é a contratação, por uma empresa, de terceiro, pessoa física ou jurídica, para desempenhar parte de suas atividades. Em outras palavras, é a subcontratação da produção ou dos serviços. Em princípio, é plena a sua legalidade jurídica porque nada impede que duas empresas ou duas pessoas jurídicas, como no caso da Administração Pública, façam um determinado tipo de contrato não vedado pela legislação empresarial e como expressão de liberdade econômica. Na terceirização ocorre fenômeno inverso ao dos grupos econômicos, porque nela impera, como fator do desenvolvimento econômico, a descentralização, e nos grupos empresariais dá-se a concentração para o mesmo fim. Em ambas as situações impera a iniciativa do poder econômico[3].

1 DRUCK, Graça. **O avanço da terceirização do trabalho: principais tendências nos últimos 20 anos no Brasil e n Bahia.** Revista Bahia Análise e Dados, Salvador, vol. 21. n.2, abr/jun. 2011.p.3.

2 THÉBAUD-MONY,Annie. **Terceirização: A Erosão dos Direitos dos Trabalhadores na França e no Brasil.** A perda da razão social do trabalho: terceirização e precarização/organizadoras Graça Druck, Tânia Franco. São Paulo: Boitempo, 2007.p. 25.

3 NASCIMENTO,Amauri Mascaro. **Direito Contemporâneo do Trabalho.** São Paulo: Saraiva, 2011.p.236.

Sob o prisma empresarial, a necessidade de especialização, o desenvolvimento de novas técnicas de administração para melhor gestão dos negócios, o aumento de produtividade e a redução de custos, fomentam a contratação de serviços prestados por outras empresas, no lugar daqueles que poderiam ser prestados pelos seus próprios empregados, expediente que pode trazer problemas trabalhistas e que se denomina terceirização.

Dentre os fatores que favorece a crescente utilização da mão de obra terceirizada encontra-se o aspecto econômico, pois viabiliza um grau de liberdade do capital para gerir e dominar a força de trabalho praticamente sem limites, conforme demonstra a flexibilização dos contratos, a transferência de responsabilidade de gestão e de custos trabalhistas para um terceiro.

Uma vez esclarecidas as generalidades sobre a temática passa-se no próximo tópico aos tipos existente para sua prática.

2 Tipos de terceirização e a responsabilidade decorrente do inadimplemento da empresa prestadora de serviço

A Terceirização pode ser externa ou interna. A externa lembra o trabalho por conta própria. Uma empresa contrata a outra, mas o que lhe interessa é o produto final. Essa forma de terceirização não afeta de forma negativa as subjetividades, pois trabalhar num fábrica que fornece peças não é substancialmente diferente do que trabalhar numa montadora. Nessa hipótese, não se pode dizer que o operário da fábrica de autopeças exerça uma atividade-meio, já que o fim dessa fábrica é exatamente produzir as peças, ainda que, num segundo momento, sejam estas vendidas para a montadora, pois não se evidencia a discussão entre atividade-meio ou fim[4].

4 VIANA,Márcio Túlio. **A Terceirização revisitada – algumas críticas e sugestões para um novo tratamento da matéria.** Revista LTr. São Paulo. Ano 77. no.2. Fev/2013.p.143.

Enquanto a terceirização interna nos remete ao trabalho por conta alheia. Nesse caso, a empresa se serve dos empregados contratados por outra, e o que lhe interessa, diretamente, éa própria prestação de serviços, a mão de obra que diretamente executa o trabalho. Assim, à medida que o produto ou serviço está sendo construído/prestado, vai passando automaticamente para as mãos do tomador.

Dependendo do lugar onde se desenvolve e de acordo com a classificação adotada acima, pode acontecer -mesmo por exceção – que a empresa externalize etapas de seu ciclo produtivo, mas suas parceiras atuem na mesma planta, num único ambiente, como ocorre em algumas fábricas automotivas. Outras vezes, inversamente, a empresa internaliza empregados de outra, mas esses trabalhadores permanecem fora dela, como é o caso de alguns call-centers.

Diante da pessoalidade nas terceirizações internas, o Tribunal Superior do Trabalho entende gerar relação de emprego. Só não será assim com o trabalho temporário, pois, nesse caso, a lei elegeu como critério para definir o empregador, não o direito de dirigir o trabalho, mas a obrigação de pagar o salário, não se levando em consideração a pessoalidade existente neste vínculo.

Para o Professor Márcio Túlio Viana[5]:

> a terceirização interna desloca o empregador para fora da relação jurídica de emprego, como se ele fosse uma peça de xadrez. Aliás, o novo modelo tem feito muito esse jogo, embora quase sempre prefira deslocar o empregado. Como acontece, por exemplo, nos contratos de estágio ou nas cooperativas de mão de obra. Mas isso em nada altera o resultado final, já que a relação jurídica, de um modo ou de outro, se desmonta. Assim, quando a Súmula n. 331 do TST taxa uma terceirização de ilícita, e reconhece o tomador como empregador, o que ele faz é apenas recolocar as peças num lugar de onde nunca deveriam ter saído.

5 VIANA,Márcio Túlio. **A Terceirização revisitada – algumas críticas e sugestões para um novo tratamento da matéria.** Revista LTr. São Paulo. Ano 77. no.2. Fev/2013.p.143.

Em caso de inadimplência do prestador do serviço, o princípio protetor indica a responsabilidade solidária entre contratante e contratada pelos débitos trabalhistas não solvidos por estas. Uma atenuação é a responsabilidade subsidiária que prioriza a contratada como a primeira a responder e só quando esgotados os seus recursos os créditos trabalhistas podem ser executados sobre a contratante.

Em qualquer caso, a sobrecarga de obrigações trabalhistas sobre a contratante a transformaria praticamente em empregadora, e do equilíbrio do uso dos mecanismos de proteção é que deve resultar uma solução razoável.

Os argumentos contrários à terceirização podem ser assim resumidos:

a) Afeta o núcleo do contrato individual de trabalho;

b) Reduz direitos do empregado quanto a promoções, salários, fixação na empresa e vantagens decorrentes de convenções e acordos coletivos;

c) Fragmentação da coletividade operária.

d) Descuido das normas de segurança e medicina do trabalho por parte das empresas terceirizadas em relação a seus empregados, o que tem ocasionado aumento considerável dos acidentes de trabalho.

e) Precarização da relação de trabalho, com altos índices de rotatividade da mão de obra terceirizada.

f) Degradação do ambiente de trabalho.

Por outro lado, são apontados como argumentos favoráveis a necessidade de se modernizar a administração empresarial, visando a novos métodos de racionalização administrativa, aumento de produtividade, eficiência, além de redução dos custos.

Além dos pontos positivos referendados acima, ainda se faz necessário trazer à baila a idoneidade da prestadora, uma vez que, evidentemente, não há proteção ao trabalhador se a contratada não tem meios de responder com o seu patrimônio pelos débitos trabalhistas ou não apresenta condições mínimas de natureza econômica para funcionamento, aspecto que tem valorizado a responsabilidade solidária.

Ainda é de bom alvitre destacar outro aspecto protetor, qual seja, a isonomia salarial entre as duas empresas, pois a partir do momento em que o ordenamento jurídico coibisse a diferença gritante entre o salário do trabalhador contratado diretamente e o terceirizado para o desempenho da mesma função, desapareceria o interesse em terceirizar do tomador, que voltaria a contratar diretamente e reduziria a precariedade desse tipo de trabalho.

Por fim, é importante frisar que, as transformações no mundo do trabalho têm dificultado o desempenho do papel dos sindicatos na defesa dos interesses dos empregados, pois a elevada oferta de mão de obra e a constante oscilação nos contratos de trabalho impedem a ampliação da sindicalização. Os trabalhadores com mais tempo de serviços são os que têm condições de se filiarem aos sindicatos e valorizar a importância deste na representação de seus interesses.

Para os empregados contratados por prazo determinado, temporário ou precariamente(muito comum na terceirização), essa rotatividade afasta a possibilidade de um entrosamento com os colegas de trabalho, pois as diversas modalidades de contrato de trabalho torna impossível a solidariedade de classe, por outro lado, a preocupação do empregado é tentar manter esse contrato e conseguir quem sabe uma contratação direta ou por prazo indeterminado.

3 A Regulamentação da terceirização no Brasil

Apesar da ordem jurídica distinguir entre a terceirização lícita e ilícita, o padrão genérico de contratação da força de trabalho no país, continua dentro da fórmula empregatícia clássica, linear: empregado e empregador. Razão pela qual pode-se concluir que as hipóteses de terceirização lícitas são exceções.

Em face da escassez de leis sobre o tema, as situações-tipo de terceirização lícita estão claramente previstas no texto da Súmula 331, I a VI, do TST. Constituem quatro grandes grupos de situações sociojurídicas delimitadas[6]:

> 1) Em primeiro lugar, situações empresariais que autorizam contratação de trabalho temporário, expressamente especificadas pela Lei n. 6019\74;
>
> 2) Em segundo lugar, atividades de vigilância, regidas pela Lei n. 7.102\83;
>
> 3) O terceiro grupo de situações passíveis de contratação terceirizada lícitaéo que envolve atividades de conservação elimpeza (Súmula 331,III);
>
> 4) O quarto grupo de situações passíveis de contratação terceirizada lícita diz respeito a serviços especializados ligadosàatividade-meio do tomador.

Verifica-se que a Súmula n. 331 do TST ampliou as hipóteses de terceirização ao revisar o antigo Enunciado n. 256 do TST que tratava do tema e restringia a prática da terceirização, permitindo a subcontratação apenas nas hipóteses de trabalho temporário e nas atividades de vigilância,conforme texto in verbis:

6 DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho.** São Paulo: LTr, 2011.p.437.

> "Salvo os casos previstos na Lei n. 6.019, de 3.1.74 e 7.102, de 20.6.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços"

Mas uma das maiores dificuldades enfrentadas sobre esse tema encontra-se no quarto grupo, ou seja, o que se configura como Atividades-fim e Atividades-meio.

Para Maurício Godinho[7], Atividades-fim podem ser conceituadas como as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico. São, portanto, atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços. Geralmente estão elencadas no contrato social.

Por outro lado, atividades-meio[8] são aquelas funções e tarefas empresariais e laborais que não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, nem compõem a essência dessa dinâmica ou contribuem para a definição de seu posicionamento no contexto empresarial e econômico mais amplo. São, portanto, atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços.

Mas, na prática as empresas estão terceirizando as atividades-fim, situação corriqueira, sobretudo, nas empresas prestadoras de serviços de telefonia(call-center), bancos(call-center), hospitais(maqueiros, motoristas), que transferem para as empresas prestadoras de serviços funções essenciais e indispensáveis para sua administração.

7 DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho.** São Paulo: LTr, 2011.p.437.

8 DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho.** São Paulo: LTr, 2011.p.438

Por fim, tentando explicar, ou melhor, justificar a terceirização a Súmula tenta explicar a questão da Ausência de Pessoalidade e subordinação diretas – Esclarece o inciso III,da Súmula 331 do TST, que o modelo terceirizante não pode ser utilizado de modo fraudulento. Assim, estatui que se manterá lícita a terceirização perpetrada, nas três últimas situações-tipo acima enunciadas, desde que inexistente à pessoalidade e subordinação direta entre trabalhador terceirizado e tomador de serviços.

A subordinação e a pessoalidade, desse modo, terão de se manter perante a empresa terceirizante e não diretamente em face da empresa tomadora dos serviços terceirizados. O que na prática é quase impossível.

É claro que no tocante ao trabalho temporário (Lei n. 6019\74) não se exige falta de pessoalidade e subordinação entre o obreiro e tomador de serviços. Sendo, desse modo, à única situação de terceirização lícita em que se permite a pessoalidade e subordinação diretas do trabalhador terceirizado perante o tomador de serviços.

Sendo assim, excluídas as quatro situações-tipo acima examinadas, que ensejam a terceirização lícita no direito brasileiro, não há na ordem jurídica do país preceito legal a dar validade trabalhista a contratos mediante os quais uma pessoa física preste serviços não eventuais, onerosos, pessoais e subordinados a outrem (arts. 2º, caput, e 3º, caput, CLT), sem que esse tomador responda, juridicamente, pela relação laboral estabelecida[9].

Pois, a terceirização em si não é ilegal, o que é vedada é a intermediação de mão de obra, repudiada desde o começo do Direito do Trabalho. Não há disposição legal que impeça ou proíba a terceirização, mas sim o fornecimento de trabalhadores[10].

9 DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho.** São Paulo: LTr, 2011.p.439.

10 CARELLI,Rodrigo de Lacerda. **Formas atípicas de trabalho.** São Paulo: LTr, 2004.p.48.

Ressalte-se que a Declaração da Filadélfia de 1944 estatuiu como primeiro princípio para a proteção do trabalho humano, o da não Mercantilização do trabalho. Assim, no desempenho de suas atividades o trabalhador deve ter como garantia a sua dignidade, a fim de alcançar algum grau de cidadania, jamais devendo ser tratado como uma mercadoria.

Por fim, se a "terceirização" na verdade tentar encobrir uma relação jurídica trabalhista existente, será tido como nulo de pleno direito o pactuado, gerando todos os efeitos jurídicos da relação empregatícia, pois o contrato de trabalho é contrato-realidade e a nulidade em caso de fraude poderá ser declarada pelo Juiz do Trabalho ou autoridade administrativa do Ministério do Trabalho.

4 As Principais formas de enfrentamento da terceirização adotadas pelos agentes públicos

Após a Constituição de 1988, o ingresso na Administração Pública para a investidura em cargo ou emprego público, depende de aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, sendo nulo o ato de admissão sem o preenchimento de tal requisito, conforme preceitua o art. 37,II, e parágrafo 2º da CR/88). Dessa forma, criou-se um obstáculo ao reconhecimento de vínculos empregatícios com entes da administração pública, mesmo nas hipóteses de terceirização ilícita.

Referida vedação encontra-se também na Súmula n. 331,II, do TST: "A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional.(art. 37, II, da CF/88).

Mas, agora o argumento de inexistência de lei proibindo a terceirização, utilizado no setor privado não poderá ser alegado no caso da

Administração Pública, pois sabemos que um de seus princípios é o da legalidade, e conforme esse princípio o ente público só pode realizar aquilo que lhe é previsto em lei[11].

Vejamos o que prevê a legislação administrativa:

O primeiro texto legal que dispôs sobre a organização da Administração Pública brasileira foi sem dúvida o Dec.lei n. 200/67.

No capítulo III do citado Decreto-lei, ao dispor sobre a descentralização do serviço público, um dos princípios fundamentais da Administração Pública dispostos pelo diploma legislativo, insere-se o parag. 7º do art. 10, que assim dispõe:

> Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão, controle e com objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

Depreende-se do texto acima, que em nenhum momento se fala em fornecimento de pessoal, o que seria impossível diante da exigência constitucional de concurso público, mas que se trata claramente de terceirização, cessação de tarefas ou serviços a serem realizados autonomamente por empresas capacitadas tecnicamente(especializadas).

Mas, em face das distorções que surgiram da aplicação do Dec. Lei n. 200\67 foi criado o Decreto n. 2.271\97, para disciplinamento da contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, havendo no mesmo claras disposições para evitar o desvirtuamento da contratação de serviços pela Administração Pública[12].

11 CARELLI,Rodrigo de Lacerda. **Formas atípicas de trabalho.** São Paulo: LTr, 2004.p.48

Dispõe o Decreto n. 2.271/97:

> "Art. 4ºÉ vedada a inclusão de disposições nos instrumentos contratuais que permitam:
>
> (...)
>
> II-caracterização exclusiva do objeto como fornecimento de mão de obra;
>
> (...)
>
> IV-subordinação dos empregados da contratada à administração da contratante."

Sendo assim, de acordo com o decreto não poderá ser contratada a prestação de serviços que permita a subordinação direta dos empregados da contratada ao órgão ou entidade contratante. Mas na prática, muitas vezes a Administração Pública tem utilizado esse instituto(a terceirização) como forma de burlar a exigência de concurso público. Mascarado sob a forma de contrato de prestação de serviços, ele oculta verdadeiro contrato de fornecimento de mão de obra, em que aparecem os atributos da pessoalidade e subordinação na relação entre pessoal da empresa contratada e o tomador de serviços, caracterizando verdadeira relação de emprego[13].

No caso da utilização fraudulenta de terceirização para provimento de cargos públicos, a própria Constituição Federal prevê punição, que

12 CARELLI,Rodrigo de Lacerda. **Formas atípicas de trabalho.** São Paulo: LTr, 2004.p.49

13 DI PIETRO,Maria Sylvia Zanella. Apresentação de RAMOS,Dora Maria de Oliveira. **Terceirização na Administração Pública.**São Paulo: LTr, 2001.p.10.

se confirmou com a criação da Lei n. 8429/92(Improbidade Administrativa), nesse caso na modalidade que atenta os princípios da Administração Pública.

Por fim, no tocante a responsabilidade do ente estatal em caso de inadimplemento da empresa prestadora de serviço registre-se que o STF, em 24.11.2010 na ADC 16 declarou constitucional o art. 71 da Lei n. 8.666/93, e afastou a responsabilidade objetiva das entidades estatais em face do mero inadimplemento trabalhista da prestadora de serviços terceirizados. Agora, a responsabilidade é subjetiva (derivada da culpa *in eligendo* e *in vigilando*) evidenciada pela ausência de fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. Entendimento que foi adotado também pelo TST, na Súmula 331, inciso V, alterado por força do novo entendimento do STF.

Para o professor Márcio Túlio Viana, tanto a decisão do STF como a Súmula do TST falam em culpa, mas não se referem ao ônus da prova muito menos se seria possível considerar uma presunção de culpa da Administração[14].

Nosso entendimento, é de que haverá culpa da Administração sempre que ela deixar de cumprir o seu duplo papel de escolher bem e de fiscalizar com eficiência a empresa prestadora contratada. Ressaltando, que diante desse novo entendimento dos Tribunais Superiores, os juízes devem adotar uma postura pró-ativa na tentativa de minimizar os problemas decorrentes da terceirização, pois em caso de inadimplemento da Administração Pública ela passa a ser equiparada a qualquer devedor trabalhista, como vem entendendo alguns juízes do TRT da 6ª Região[15].

14 VIANA,Márcio Túlio. A Terceirização revisitada – algumas críticas e sugestões para um novo tratamento da matéria. **Revista LTr.** São Paulo. Ano 77. no.2. Fev/2013.p.143.

15 Nesse sentido a sentença da Juíza do Trabalho Ana Maria de Freitas, da 11ª Vara do Trabalho de Recife-PE. (Processo n. 0001828-25.2011.5.06.0011).

Conclusões

A nova conjuntura organizacional, decorrente do processo de transformação industrial das sociedades ocidentais apresenta o trabalho de forma multiforme e pressionado pelo novo regime de acumulação de capital decorrente do modelo pós-fordista. Dentre essas multiplicadades de trabalho encontra-se a terceirização, fenômeno mundial que se generalizou para todas as atividades e setores, em que se destacam os seguintes elementos: transferência de atividades a terceiros, especialização, atividade-fim, parceria e foco na atividade principal.

Ocorre que, esse instituto vem gerando inúmeros problemas na seara do Direito do Trabalho, como demonstrado no presente artigo, citando como exemplo: a redução de direitos dos empregados, a fragmentação da coletividade operária, a falta de segurança no ambiente de trabalho, sobretudo, o inadimplemento dos direitos dos trabalhadores pelas prestadoras de serviços.

Razão pela qual também foram abordados os efeitos do inadimplemento e a responsabilidade das empresas tomadoras (privadas e públicas) sem esquecer que, nessas hipóteses, os princípios do Direito do Trabalho, bem como do princípio da dignidade da pessoa humana do trabalhador devem ser aplicados, a fim de evitar a mercantilização do trabalho.

New directions of outsourcing in the private sector and public administration

Abstract

In face of new forms of work organization, with the change of work based on fordist model focused on the figure of paid labor inside the facility in the twentieth century for the new forms of work guided by the regime of capital accumulation. The purpose of this article is to demonstrate the New Directions of outsourcing on private initiative ant the Public Administration resulting from the nonfulfillmente of the Company service in the light of the new understanding of superior courts(STF and TST).

Keywords: Outsourcing. Job insecurity-public administration.

Referências

CARELLI,Rodrigo de Lacerda. **Formas atípicas de trabalho.** São Paulo: LTr, 2004.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho.** São Paulo: LTr, 2011.

DI PIETRO,Maria Sylvia Zanella. Apresentação de RAMOS,Dora Maria de Oliveira. **Terceirização na Administração Pública.** São Paulo: LTr, 2001.

DRUCK, Graça. **O avanço da terceirização do trabalho: principais tendências nos últimos 20 anos no Brasil e na Bahia.** Revista Bahia análise e Dados, Salvador, v. 21, n. 2

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito contemporâneo do trabalho.** São Paulo:Saraiva, 2011.

THÉBAUD-MONY, Annie. Terceirização: A Erosão dos Direito dos Trabalhadores na França e no Brasil. **A perda da razão social do trabalho: terceirização e precarização**/organizadoras Graça Druck, Tânia Franco. São Paulo: Boitempo, 2007.

VIANA, Márcio Túlio. **A Terceirização revisitada-algumas críticas e sugestões para um novo tratamento da matéria.** Revista LTr. São Paulo. n. 2. Fev 2013.

Referência do texto

GUERRA, Rogéria Gladys Sales. Novos rumos da terceirização na iniciativa privada e na administração pública. **Revista da ESMAPE**, Recife, v. 17, n. 35, p. 305-322, jan./jun. 2012.

** Artigo recebido em: 6 maio. 2012. Aprovado em: 11 jun. 2012.*

O relator pode decidir solitariamente o mérito de recurso de apelação com base em questões predominantemente de fato? Análise à luz de precedentes do Superior Tribunal de Justiça, do CPC em vigor e do Projeto do Novo Código de Processo Civil

Rosalina Freitas Martins de Sousa
Doutoranda em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE.
Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP.
Especialista em Direito Privado pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – ESMAPE. Graduada em Direito e em Administração de Empresas. Assessora Técnica Judiciária de Desembargador do Tribunal de Justiça de Pernambuco. Professora de Direito Processual Civil no Estado de Pernambuco, em cursos de graduação e pós-graduação.

Resumo

O presente artigo busca demonstrar que, de acordo com o CPC em vigor (art. 557), bem assim na esteira do entendimento do STJ, o relator está autorizado a decidir, solitariamente recurso de apelação com base em questões de fato. Examina-se, ainda, o tratamento que o Projeto do novo Código de Processo Civil dispensa ao procedimento abreviado de julgamento no âmbito dos tribunais, oportunidade em que se apresentam comentários, críticas e sugestões para o aprimoramento da futura legislação.

Palavras-chave: Apelação. Relator. Colegialidade.

Introdução: a notícia publicada no *site* do Superior Tribunal de Justiça

Recentemente, foi publicada no *site* do Superior Tribunal de Justiça uma notícia destaque, daquelas que são atualizadas diariamente, a fim de dar a publicidade necessária a algumas decisões – consideradas paradigmáticas – tomadas por aquela Corte. Eis a enfática chamada jornalística: "Julgamento de apelação que reexamina fatos não pode ser feito individualmente pelo relator"[1].

A nota divulgada, que brotou do julgamento do Recurso Especial distribuído sob o nº 1261902, que tramitou perante a Terceira Turma do STJ, sob a Relatoria da Ministra Fátima Nancy Andrighi, dizia, em linhas bem gerais, que o relator somente poderia decidir, monocraticamente, o recurso de apelação quando a matéria nele versada fosse de direito. Se, por outro lado, fosse necessário reapreciar as provas, perquirir sobre fatos, o julgamento do apelo deveria ser levado a efeito, desde o início, pelo colégio de julgadores.

Porém, conforme se analisará no transcorrer do presente artigo, a afirmativa constante do sítio eletrônico do STJ deverá ser apreendida com temperamentos, isto porque não se pode dizer que o relator, em todo e qualquer caso, só está habilitado a obstar o trânsito do recurso, solitariamente, quando estiver diante de questões de direito.

Para negar provimento ao recurso de apelação e, portanto, manter a decisão impugnada, o art. 557, *caput*, do CPC, autoriza o pronunciamento monocrático do relator no recurso de apelação, mesmo que seja o caso de apreciação de matérias de cunho fático.

1 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=106854>. Acesso em: 05 set. 2012.

Isto porque, no referido dispositivo legal, está contemplada a hipótese de o relator negar provimento a recurso manifestamente improcedente, entendido, malgrado algumas divergências doutrinárias, como sendo aquele em que não procede a própria pretensão recursal, a qual, registre-se, pode abranger tanto matérias de direito, como também aquelas que envolvem considerações de fato.

Isso não foi considerado quando da publicação da notícia jornalística...

Somente para dar provimento monocrático ao recurso de apelação e, portanto, reformar a sentença de primeiro grau, é que é vedado ao relator decidir sobre questões de fato, já que o §1º-A do art. 557 do CPC estabelece que o relator só está habilitado a trancar precocemente o apelo se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do STF ou de Tribunal Superior.

Como se vê, a conformidade com a súmula ou com jurisprudência dominante é a única hipótese que autoriza o relator a reformar a decisão impugnada pelo recurso. Somente nesta hipótese é que o pronunciamento isolado do relator deve se restringir às matérias, predominantemente, de direito.

I A possibilidade de trancamento do recurso de apelação pelo relator com base no art. 557 do CPC

Malgrado os poderes do relator tenham sido intensificados ao longo do tempo, inclusive com a edição das Leis nºs 8.038/90 e 9.139/95, pode-se dizer que somente com o advento da Lei nº 9.756/98, que imprimiu nova redação ao art. 557 do CPC, a comunidade jurídica despertou para as mudanças e, efetivamente, procurou discutir as implicações decorrentes dessa nova sistemática.

É bem verdade que, muito tempo antes da previsão constante do art. 557 do CPC, já era dado ao relator apreciar monocraticamente o recurso pelo fundamento da sua inadmissibilidade, isto em razão de serem os pressupostos de admissibilidade matérias de ordem pública e, como tais, cognoscíveis de ofício.

Entretanto, essas possibilidades de manifestações monocráticas no âmbito dos tribunais sempre se mostraram extremamente acanhadas[2] e, nem de longe, alcançavam a dimensão e relevância que atualmente se verifica, em que é possível ao relator, analisar se estão presentes os requisitos de admissibilidade e, para muito além disso, perquirir sobre o próprio mérito do recurso, dando-lhe ou negando-lhe provimento, isto sem qualquer intervenção do órgão colegiado. Essa é a inteligência do *caput* e do §1°-A, ambos do Art. 557 do CPC.

> Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.
>
> § 1°-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

Embora conste da redação do Art. 557 do CPC, uma previsão genérica, de forma a permitir, pelo menos em princípio, seja obstado o trânsito de todo e qualquer recurso, independentemente da sua espécie[3], doutrina e jurisprudência apontam alguns casos em que o mencionado artigo não deve ser aplicado, tal como se poderia supor por uma interpretação literal do dispositivo.

2 DIAS, Maria Berenice. As decisões monocráticas do art. 557 do CPC. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, n. 83, set. 2001, p. 279.

3 Chame-se a atenção para o fato de que o texto legal faz referência a qualquer tipo de recurso, já que em seu *caput* consigna que "o relator negará seguimento a recurso", e, no §1°-A, permite seja dado "provimento ao recurso".

Realmente, em algumas situações, não só a técnica, mas também a prática recomendam, em vez do trancamento monocrático do recurso, o direto encaminhamento do feito ao órgão colegiado, sob pena não só de se afrontar o sistema jurídico positivo, mas, também, de se acabar abrindo caminho a um efeito indesejável, consistente na possibilidade de se legitimar injustificadamente sucessivas interposições, com resultados nefastos e, pior, na contramão das mais recentes alterações legislativas, surgidas justamente para combater a morosidade do processo.

Contudo, no tocante à apelação, recurso-tipo por excelência[4], não há que se fazer quaisquer ressalvas, estando sedimentada, tanto na doutrina[5] como na jurisprudência[6], a possibilidade de seu trancamento monocrático pelo relator, isto com base no art. 557 do CPC e, diga-se, sem qualquer interveniência do órgão agremiado.

Isto quer significar que, nos termos do art. 557, *caput*, do CPC, o relator poderá negar seguimento ou provimento ao apelo e, ainda, nos moldes previstos no §1°-A do mesmo dispositivo legal, dar provimento ao recurso, desde que, neste último caso, a sentença recorrida esteja em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior.

Francisco Peçanha Martins, quando ainda estava em atividade como ministro do Superior Tribunal de Justiça, mesmo depois de transcorridos cerca de dois anos de vigência da Lei n° 9.756/98, defendeu a im-

4 "a apelação pode ser considerada como 'recurso-tipo', por ser aquele de conteúdo mais amplo, permitindo ampla atividade cognitiva pelo órgão *ad quem*, levando a efeito, de forma cabal, o princípio devolutivo". PINTO, Nelson Luiz. **Manual dos recursos cíveis**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 95.

5 VIVEIROS, Estefânia. Agravo interno e ampliação dos poderes do relator. *In*: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coords.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. vol. 07. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 156; FRANÇOLIN, Wanessa de Cássia. **A ampliação dos poderes do relator nos recursos cíveis**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 149; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Agravo interno e agravo regimental.** Hipóteses de incidência e poderes do relator nos tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 85.

6 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Turma. Recurso Especial nº 626850/RS, Relator: Ministro Luiz Fux. Decisão unânime. Brasília, 05/08/2004. DJe 20/09/2004, p. 04. Disponível a partir de: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 21 nov. 2012.

possibilidade de julgamento monocrático do recurso de apelação. Sustentou o ilustre processualista, em dois artigos científicos de sua lavra, que "O julgamento da apelação há que se processar coletivamente. Se assim não fosse, não se justificariam as regras dos arts. 549 e parágrafo único, 551, 552, 554, 555 e 556 do CPC"[7].

Esse entendimento do ministro refletiu diretamente nos julgados da 2ª Turma daquele STJ, órgão fracionário do qual era integrante. Este minicolegiado interno, durante algum tempo, não concebia a aplicação do dispositivo em sede de apelação[8].

Entretanto, a resistência da 2ª Turma do STJ acabou superada[9], estando hoje corrente a ideia de que a apelação é o recurso no qual o relator, tem integralmente, os poderes conferidos pelo art. 557 do Código de Processo Civil. Há quem diga, inclusive, que "os poderes conferidos ao relator nesse dispositivo foram idealizados exatamente para aplicação no recurso de apelação"[10].

Não parece mais haver dúvida quanto a este ponto. O recurso de apelação pode – sim –, enfatize-se, ser decidido unipessoalmente pelo relator, restando apenas enfrentar se tal atuação monocrática pode se dar com base em considerações predominantemente de fato ou se, diferentemente, só é permitida quando se tratar de questões eminentemente de direito, tal como parece ter deixado a entender – erroneamente – a notícia veiculada no *site* do Superior Tribunal de Justiça.

7 MARTINS, Francisco Peçanha. Exame do artigo 557 do Código de Processo Civil (um incitamento à reflexão e ao debate). **Revista de Processo**. São Paulo, n. 103, abr./jul. 2001, p. 155; MARTINS, Francisco Peçanha. A reforma do art. 557 do CPC: inconstitucionalidade e ilegalidade. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, São Paulo, n. 5, jan./jun. 2000, p. 55.

8 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Turma. Recurso Especial nº 299872/MG, Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins. Decisão unânime. Brasília, 06/06/2002. DJe 02/09/2002, p. 157. Disponível a partir de: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 21 nov. 2012.

9 ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 276.

10 OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Agravo interno e agravo regimental.** Hipóteses de incidência e poderes do relator nos tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 85.

II A decisão do relator como pronunciamento que abrange questões de fato e questões de direito: volvendo-se ao caso julgado pelo STJ

A fundamentação da decisão do relator, assim como ocorre com qualquer pronunciamento judicial, comporta elementos de fato e elementos de direito[11].

Depois de reconhecer a dificuldade existente para separar as questões de fato das questões de direito, Teresa Arruda Alvim Wambier afirma que:

> Tem-se dito, com acerto, que, *rigorosamente*, seria impossível fazer-se esta distinção, pelo menos no plano ontológico, já que o fenômeno direito ocorre, de fato, no momento da *incidência* da norma, no mundo real, no universo empírico. As decisões jurídicas são proferidas depois do que se pode ver como um movimento 'pendular', que se dá entre o mundo dos fatos e o das normas, até que o aplicador da lei consiga enxergar com clareza a *subsunção*, qualificando os fatos e determinando-lhes as consequências no plano normativo. Mas, paralelamente ao raciocínio antes desenvolvido, o que se pode dizer é que se, de um lado, o fenômeno jurídico envolve necessariamente fato/direito, a nosso ver, pode-se falar em *questões* que sejam *predominantemente de fato* e *predominantemente de direito*, ou seja, o *fenômeno jurídico é de fato e é de direito*, mas o problema pode estar girando em torno do aspecto fático ou em torno do aspecto jurídico. Queremos com isso dizer que, embora indubitavelmente o fenômeno jurídico não ocorra senão diante de fato e de norma, o aspecto problemático desse fenômeno pode estar lá ou cá.[12]

Mesmo admitindo que, ontologicamente, existam apenas questões predominantemente de fato ou, predominantemente de direito, a dis-

11 CRETELLA NETO, José. **Fundamentos Principiológicos do Processo Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 118.

12 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Questões de fato, conceito vago e a sua controlabilidade através de recurso especial. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 448-449.

tinção entre questão de fato e questão de direito se revela útil e efetivamente possível para se analisar em que situações o relator pode decidir unipessoalmente um recurso.

Fato pode ser definido como uma circunstância ou acontecimento concreto, determinado no espaço e no tempo, passado e presente, do mundo exterior ou da vida psíquica humana – a vontade, a intenção – que o direito objetivo considera pressuposto de um efeito jurídico[13].

Antes de aplicar a norma jurídica, o julgador deve estabelecer os fatos sobre os quais aquela há de incidir. Deve o magistrado verificar, por exemplo, se foi emitida uma declaração, se foi escrita uma carta, se é autêntico um documento, qual o valor de um bem, a idade de uma pessoa, etc. Dirimidas as questões de fato, fixa-se o suporte fático que servirá para a aplicação do direito objetivo.

Nessa linha de raciocínio, se a dúvida estiver ligada à reconstituição histórica de acontecimentos ou ao correto entendimento de situações passadas ou presentes, a questão é de fato. Caso, no entanto, o ponto duvidoso disser respeito à especificação ou à interpretação da norma jurídica que deve regular a base fática acertada, a questão é de direito.

Fixadas essas premissas, volve-se à notícia publicada no *site* do Superior Tribunal de Justiça, de modo a analisar o contexto que levou os ministros a decidirem, tudo no intuito de verificar a fidedignidade da notícia com o caso julgado e, mais, se, realmente, estaria vedado o julgamento monocrático do recurso de apelação acaso houvesse reexame de fatos, tal como constou na chamada jornalística.

Em linhas bem gerais, o caso que aportou no STJ dizia respeito, na sua origem, a uma ação de reintegração de posse cumulada com pedido

13 FONSECA, João Francisco Naves da. **Exame dos fatos nos recursos extraordinário e especial**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 86.

de indenização, proposta pelo comprador de um terreno, suposta e indevidamente ocupado por um terceiro, então apontado como parte ré.

O juiz de primeiro grau julgou extinto o processo sem resolução meritória, por entender que o autor da reintegratória jamais ingressara na posse do imóvel adquirido, de modo que deveria ter se valido de ação reivindicatória – e não possessória – para obter a apreensão do bem.

Irresignados com o referido pronunciamento do magistrado de primeiro grau, tanto o autor da possessória, quanto o réu, interpuseram recursos de apelação.

Enquanto o autor pleiteou pelo provimento do apelo, com a reforma da sentença, isto por entender que tomou posse do imóvel após a escritura, consoante poderia se verificar da prova testemunhal constante dos autos o réu também pugnou pela reforma da sentença, desta feita sob o argumento de que o juiz primevo teria se equivocado em extinguir o feito sem resolução de mérito, sendo o caso, na verdade, de improcedência do pedido, com a extinção, portanto, fundada em razões de mérito.

O relator no TJRJ, para quem foram sorteados os recursos, por decisão unipessoal, negou provimento ao recurso interposto pelo réu, ao tempo em que, amparado no art. 557, §1º-A, do CPC, deu provimento ao apelo do autor da reintegratória amparado em considerações de fato, já que empreendeu uma reconstituição histórica de acontecimentos, perquirindo a respeito da posse do imóvel adquirido.

Tal pronunciamento monocrático foi atacado pela via do agravo interno, ao qual foi negado provimento pelo colégio de julgadores, com a consequente manutenção da decisão solitariamente proferida.

Inconformado com o pronunciamento colegiado, o réu da ação originária interpôs recurso especial (distribuído para a Terceira Turma do

STJ, sob o nº 1261902, com a Relatoria da Ministra Fátima Nancy Andrighi), alegando, dentre outras questões, que o julgamento unipessoal, com o provimento do recurso do autor, tal como adotado pelo relator do apelo no TJRJ, somente seria autorizado pelo art. 557 do CPC nas hipóteses em que a matéria versada fosse exclusivamente de direito, o que não teria ocorrido na espécie.

Do voto da ministra relatora, então sufragado pelos demais integrantes da Terceira Turma no agravo interno, colhe-se o seguinte trecho:

> É sabido que o art. 557 do CPC trouxe salutar inovação ao ordenamento jurídico processual. Ao possibilitar o julgamento unipessoal de recursos pelo relator nas matérias repetitivas, a norma possibilitou que um sem-número de processos de fácil solução, que anteriormente abarrotavam as pautas de julgamento dos Tribunais, pudessem ser resolvidos em procedimento mais simples, em claro benefício das partes e do aparato judiciário. Essa norma, contudo, é por sua natureza uma norma de exceção que, por boa regra de hermenêutica, comporta interpretação restritiva. Sua finalidade é a de meramente possibilitar o julgamento mais rápido de processos, nas hipóteses de rejeição de recursos manifestamente inadmissíveis (caput), ou de julgamento de questões repetitivas a respeito das quais já haja jurisprudência pacificada (§ 1º). Nenhuma dessas duas situações ocorre na espécie. Em primeiro lugar, não se está no âmbito do *caput* do art. 557 do CPC porquanto o recurso de apelação foi provido, e não rejeitado. Em segundo lugar, não se pode dizer, nos termos do § 1º do art. 557, que o relator de um recurso, ao revisar a prova produzida nos autos, promove a aplicação de jurisprudência consolidada quanto à matéria. Jurisprudência consolidada só pode incidir sobre matéria de direito. Se é necessária revaloração da prova, o julgamento do processo consubstancia uma atividade individual, relativa àquela controvérsia somente, não uma análise de matéria repetitiva.[14]

14 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. Recurso Especial nº 1261902/RJ. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Decisão unânime. Brasília, 16.08.12. DJe de 22.08.2012. Disponível a partir de: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 20 nov. 2012, sem grifos no original.

Da leitura do inteiro teor do voto condutor do julgamento, é de se observar uma questão primordial que irá ser determinante para responder à pergunta constante do título do presente artigo: o relator do apelo no TJRJ deu provimento ao recurso do autor da reintegratória com base em considerações de fato, reformando a decisão do juiz de primeiro grau, isto apoiado no §1º-A do art. 557 do CPC e não no *caput* do mesmo dispositivo legal.

Cumpre, então, analisar os casos em que o relator está autorizado a decidir unipessoalmente e, mais, em que circunstâncias isto é possível.

III As hipóteses em que o relator pode atuar monocraticamente, negando seguimento, negando provimento e dando provimento a recurso

Antes de ter o seu mérito apreciado, todos os recursos estão sujeitos a um exame preliminar, ao qual se denomina de juízo de admissibilidade, que representa exatamente a atividade do órgão judicial voltada à verificação dos pressupostos de admissibilidade dos recursos, quais sejam: cabimento, legitimidade, interesse, regularidade formal, inexistência de fato extintivo ou impeditivo do direito de recorrer, tempestividade e preparo.

Verificando a ausência de uma dessas condições prévias, não é permitido ao julgador apreciar o mérito recursal, cabendo-lhe, tão somente, não conhecer da irresignação, negando-lhe seguimento com base no art. 557, *caput*, do CPC, declarando, na oportunidade, que assim procede porque o recurso é inadmissível, compreendido como sendo aquele que não preenche as condições necessárias ao juízo positivo de admissibilidade.

Nos termos do *caput* do art. 557 do CPC, o relator também poderá negar seguimento a recurso quando o mesmo estiver manifestamente

prejudicado, compreendido como aquele que tem seu objeto esvaziado por decisão ou fato posterior, capaz de acarretar a perda superveniente do interesse da parte recorrente, diante da desnecessidade do julgamento do recurso interposto.

Bem por isso, "não haveria necessidade de previsão de recurso prejudicado nas hipóteses de 'negativa de seguimento', pois o recurso prejudicado é inadmissível, devido à ausência de interesse recursal superveniente"[15].

Além da manifesta inadmissibilidade, outra hipótese que autoriza o relator a obstar unipessoalmente o trânsito do recurso é a sua manifesta improcedência, cuja verificação perpassa pelo exame do próprio mérito da irresignação, circunstância que enseja não a negativa de seguimento do recurso, como poderia parecer de uma leitura desavisada do art. 557, *caput*, do CPC, mas, sim, o seu desprovimento.

Com efeito, ao decidir monocraticamente pela manifesta improcedência do recurso, o relator não apenas deixa de encaminhar o recurso ao órgão colegiado, "mas declara que não procede a própria pretensão recursal"[16].

A doutrina, ao explicar as hipóteses em que o juiz, na sentença de mérito, acolhe ou rejeita o pedido formulado pelo autor de uma ação, ensina que o vocábulo procedente, proveniente do adjetivo latino *procedens*, *procedentis*, quer expressar o que vai para diante, "pois o verbo *procedere* significa ir adiante, adiantar-se, marchar, caminhar, ir para frente"[17].

15 OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Agravo interno e agravo regimental.** Hipóteses de incidência e poderes do relator nos tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 77.

16 CARNEIRO, Athos Gusmão. Poderes do relator e agravo interno – arts. 557, 544 e 545 do CPC. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 100, p. 17; CARNEIRO, Athos Gusmão. Poderes do relator e agravo interno – arts. 557, 544 e 545 do CPC. **Revista da AJURIS**, Rio Grande do Sul, n. 79, set. 2000, p. 27.

17 SLAIBI FILHO, Nagib. **Sentença cível, fundamentos e técnica.** 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 396.

Apesar de mais outra impropriedade cometida pelo legislador[18], o qual, para tratar dos recursos, se valeu de terminologia utilizada para acolhimento – ou não – do pedido na sentença, tem-se que a manifesta improcedência, por óbvio, em vez de indicar marcha adiante, revela, ao contrário, que o recurso, no seu objeto principal, não terá sucesso, razão por que deve ter seu trânsito obstado monocraticamente pelo relator.

Conforme acima afirmado, o juízo de admissibilidade dos recursos antecede lógica e cronologicamente o exame do mérito, isto significando dizer que, se e depois que se concluiu ser admissível a irresignação, será o recurso apreciado no seu mérito, ou seja, pelo seu fundamento.

Depois de ultrapassado o juízo de admissibilidade, verificando o relator que são infundados os motivos que atacam a decisão impugnada, ou seja, que não prospera o próprio fundamento recursal, deve obstar monocraticamente o trânsito do recurso, com base no *caput* do art. 557 do CPC, por ser o mesmo manifestamente improcedente.

O *caput* do art. 557 do CPC ainda prevê a possibilidade de trancamento monocrático do recurso, dentre outras hipóteses, quando o mesmo estiver em contraste com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. Também aqui não está o relator a perquirir se é possível dar atenção ao que o recorrente pleiteia, mas, sim, dizer se ele tem ou não tem razão.

Bem por isso, nesses dois últimos casos (manifesta improcedência e conformidade com súmula e jurisprudência), não se trata, a rigor, de negativa de seguimento ao recurso, mas, sim, de negativa de provimento, haja vista que o relator declara que não procede a própria pretensão recursal.

18 Também percebendo o ponto: MENDONÇA JÚNIOR, Delosmar Domingos de. **Agravo Interno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 155.

prejudicado, compreendido como aquele que tem seu objeto esvaziado por decisão ou fato posterior, capaz de acarretar a perda superveniente do interesse da parte recorrente, diante da desnecessidade do julgamento do recurso interposto.

Bem por isso, "não haveria necessidade de previsão de recurso prejudicado nas hipóteses de 'negativa de seguimento', pois o recurso prejudicado é inadmissível, devido à ausência de interesse recursal superveniente"[15].

Além da manifesta inadmissibilidade, outra hipótese que autoriza o relator a obstar unipessoalmente o trânsito do recurso é a sua manifesta improcedência, cuja verificação perpassa pelo exame do próprio mérito da irresignação, circunstância que enseja não a negativa de seguimento do recurso, como poderia parecer de uma leitura desavisada do art. 557, *caput*, do CPC, mas, sim, o seu desprovimento.

Com efeito, ao decidir monocraticamente pela manifesta improcedência do recurso, o relator não apenas deixa de encaminhar o recurso ao órgão colegiado, "mas declara que não procede a própria pretensão recursal"[16].

A doutrina, ao explicar as hipóteses em que o juiz, na sentença de mérito, acolhe ou rejeita o pedido formulado pelo autor de uma ação, ensina que o vocábulo procedente, proveniente do adjetivo latino *procedens*, *procedentis*, quer expressar o que vai para diante, "pois o verbo *procedere* significa ir adiante, adiantar-se, marchar, caminhar, ir para frente"[17].

15 OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Agravo interno e agravo regimental.** Hipóteses de incidência e poderes do relator nos tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 77.

16 CARNEIRO, Athos Gusmão. Poderes do relator e agravo interno – arts. 557, 544 e 545 do CPC. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 100, p. 17; CARNEIRO, Athos Gusmão. Poderes do relator e agravo interno – arts. 557, 544 e 545 do CPC. **Revista da AJURIS**, Rio Grande do Sul, n. 79, set. 2000, p. 27.

17 SLAIBI FILHO, Nagib. **Sentença cível, fundamentos e técnica**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 396.

Apesar de mais outra impropriedade cometida pelo legislador[18], o qual, para tratar dos recursos, se valeu de terminologia utilizada para acolhimento – ou não – do pedido na sentença, tem-se que a manifesta improcedência, por óbvio, em vez de indicar marcha adiante, revela, ao contrário, que o recurso, no seu objeto principal, não terá sucesso, razão por que deve ter seu trânsito obstado monocraticamente pelo relator.

Conforme acima afirmado, o juízo de admissibilidade dos recursos antecede lógica e cronologicamente o exame do mérito, isto significando dizer que, se e depois que se concluiu ser admissível a irresignação, será o recurso apreciado no seu mérito, ou seja, pelo seu fundamento.

Depois de ultrapassado o juízo de admissibilidade, verificando o relator que são infundados os motivos que atacam a decisão impugnada, ou seja, que não prospera o próprio fundamento recursal, deve obstar monocraticamente o trânsito do recurso, com base no *caput* do art. 557 do CPC, por ser o mesmo manifestamente improcedente.

O *caput* do art. 557 do CPC ainda prevê a possibilidade de trancamento monocrático do recurso, dentre outras hipóteses, quando o mesmo estiver em contraste com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. Também aqui não está o relator a perquirir se é possível dar atenção ao que o recorrente pleiteia, mas, sim, dizer se ele tem ou não tem razão.

Bem por isso, nesses dois últimos casos (manifesta improcedência e conformidade com súmula e jurisprudência), não se trata, a rigor, de negativa de seguimento ao recurso, mas, sim, de negativa de provimento, haja vista que o relator declara que não procede a própria pretensão recursal.

18 Também percebendo o ponto: MENDONÇA JÚNIOR, Delosmar Domingos de. **Agravo Interno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 155.

Alguns doutrinadores[19] entendem que o confronto com súmula ou jurisprudência dominante de tribunal caracteriza evidente situação de improcedência.

As duas categorias legais, embora ensejem o desprovimento do recurso, eis que compreendidas na perspectiva do juízo de mérito, apresentam conteúdo diferente, não havendo que se falar em sinonímia entre as expressões manifestamente improcedente e manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

Realmente, acaso se considere que houve redundância do legislador, de maneira a considerar que recurso manifestamente improcedente é aquele que contrasta com súmula ou jurisprudência dominante, estar-se-á a sepultar a disposição legal.

> *Não é possível deixar de enxergar que o art. 557 afirma que o relator pode negar seguimento ao recurso em caso de manifesta improcedência e confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo tribunal, ou de tribunal superior.* Se é assim, deve o intérprete dizer o que é 'manifesta improcedência', não lhe sendo lícito afirmar que confronto com a súmula ou jurisprudência dominante do tribunal, de tribunal superior ou do Supremo Tribunal Federal é o mesmo que manifesta improcedência, *pois se realmente de uma hipótese pretendesse tratar o legislador não teria feito referência a duas.*[20]

Um recurso em confronto com súmula ou jurisprudência dominante, de fato, é necessariamente improcedente, razão por que o seu mérito não merece acolhimento.

19 ARENHART, Sérgio Cruz. A nova postura do relator no julgamento dos recursos. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 103, jul./set. 2001, p. 44.

20 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 590.

Diga-se, porém, que a recíproca não é verdadeira, isto porque um recurso manifestamente improcedente nem sempre é contrário à súmula ou à jurisprudência dominante, tendo em vista a possibilidade de trancamento monocrático com base em análise da matéria predominantemente de fato e, portanto, de apreciação particular, considerado cada caso concreto que, por isso mesmo, não pode sofrer generalização e nem tampouco ensejar codificação em súmula ou jurisprudência dominante de tribunal.

Cabe, então, estabelecer uma conclusão: um recurso manifestamente improcedente é aquele cujas razões se limitam a remexer matéria de fato absolutamente infundada, ou deduzem matéria contra texto expresso de lei ou fato incontroverso ou, ainda, contrastam súmula ou jurisprudência dominante de tribunal.

Até então, verificaram-se os casos em que o relator ou nega seguimento ou provimento, isto com base no art. 557, *caput*, do CPC.

Porém, de acordo com o art. 557, §1°-A, do CPC, ao relator é permitido dar provimento monocrático ao recurso, sem qualquer intervenção do órgão agremiado, se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

Em todos esses casos, e ora considerando a inserção, no texto legal, dos termos "manifestamente" e "manifesto", aponta-se que só tem lugar a aplicação do Art. 557 do CPC, quando o relator estiver convencido de que o colegiado de julgadores decidiria daquela mesma maneira, isto significando que, despontando qualquer grau de incerteza na apreciação do feito que lhe fora submetido, não há justificativa para o trancamento monocrático do recurso, cabendo ao relator, tão somente, a adoção das providências necessárias, com o seu consequente encaminhamento ao órgão colegiado.

E tem mais: o relator, ao decidir monocraticamente, deve deixar evidenciadas as causas que conduziram àquele convencimento.

E nem se argumente que o relator, por ter o primeiro contato com o feito, estaria menos habilitado a proferir uma decisão refletida e fundamentada.

De fato, a cognição do relator não pode ser enquadrada como "mais superficial ou menos abrangente que a cognição que faria a turma julgadora; antes, deve ser mais densa porque o *caput* do artigo 557 mantém a expressão *manifestamente* e seu novo § 1°-A também se refere a *manifesto*."[21].

IV O reconhecimento de que o relator tem autorização legal para perquirir tanto a respeito de questões de fato quanto sobre questões de direito: a hipótese de negativa de provimento a recurso manifestamente improcedente

Conforme visto acima, o relator está autorizado a desprover monocraticamente o recurso quando o mesmo se revelar manifestamente improcedente. Mas, afinal, qual o alcance da expressão manifestamente improcedente?

Cabe, então, extrair o verdadeiro significado da expressão constante do texto legal, não só porque a mesma se enquadra na perspectiva de um conceito jurídico indeterminado[22], mas, também, porque doutrina e jurisprudência se apresentam divergentes acerca da essência e alcance da locução, residindo ainda aqui o ponto que fora desconsiderado quando da publicação da notícia veiculada no *site* do Superior Tribunal de Justiça.

21 SLAIBI FILHO, Nagib. Notas sobre o artigo 557 do CPC (competência do relator de prover e de negar seguimento a recurso. **Advocacia dinâmica – Seleções jurídicas**, COAD-ADV, set. 2001, p. 31.

22 MENDONÇA JÚNIOR, Delosmar Domingos de. **Agravo Interno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 155.

José Carlos Barbosa Moreira[23] entende que improcedente é aquele recurso que carece de fundamentos no mérito, isto é, quando infundados os motivos por que impugna a decisão recorrida.

Pedro Miranda de Oliveira[24], a seu turno, agregando ao conceito acima, assevera que, além de carecer de razão no mérito, recurso improcedente é aquele que remexe em matéria de fato sem trazer qualquer argumento que permita um juízo diverso ou, ainda, que deduz contra texto expresso de lei ou fato incontroverso.

Cândido Rangel Dinamarco[25], além de defender o trancamento monocrático do recurso quando ali se insurgir contra lei expressa, ou contra a interpretação consagrada e pacificada de dado texto legal, sustenta a possibilidade de o relator obstar o trânsito daquele, também pela sua improcedência, quando o recorrente pleitear contra a prova produzida nos autos.

Delosmar Domingos Mendonça Júnior, por outro lado, defende a tese de que reexame de matéria de fato não pode ser feita isoladamente pelo relator, sob pena de, permitindo essa valoração subjetiva, afastar-se da finalidade da norma:

> O convencimento em torno da prova produzida pelo juiz singular e a discordância desse juízo valorativo pelo relator não pode levar ao julgamento monocrático por manifesta improcedência. Se o recorrente, em sede de apelação, rediscute a prova 'remexendo' matéria de fato, mesmo sem argumentos novos, alegando que a prova não foi bem apreciada pelo julgador, inexistirá situação de julgamento singular. Por outro lado, se o recorrente

23 MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**, 14. ed. vol. V, Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 681.

24 OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Agravo interno e agravo regimental.** Hipóteses de incidência e poderes do relator nos tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 77;

25 DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da Reforma**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 186.

insurge-se contra fato incontroverso no processo, o recurso é manifestamente improcedente. Apenas nessa hipótese pode ocorrer julgamento monocrático pelo relator.[26]

Assim, para esse último autor, recurso manifestamente improcedente seria aquele "em que a pretensão recursal é infundada ou sem razão, havendo entendimento pacífico na turma ou câmara sobre a matéria de direito e sem que haja ainda jurisprudência dominante ou súmula do seu tribunal ou de tribunal superior".[27]

Seja porque o recurso se limita a remexer matéria de fato sem trazer qualquer argumento que enseje um juízo diverso, seja porque deduz matéria contra texto expresso de lei ou de interpretação consagrada e pacificada, seja porque se tem súmula ou jurisprudência dominante de tribunal sobre a questão levada a cotejo, outra não pode ser a solução senão a de reconhecer a manifesta improcedência da irresignação, desde que, em todos os casos, esteja o relator absolutamente seguro de que os fundamentos nele contidos não atingiriam êxito em eventual julgamento colegiado.

Seguindo essa lógica, estando evidenciado nos autos que a matéria ventilada no recurso, seja de direito, seja de fato, de forma clara, inequívoca e, portanto, manifesta, não teria a menor possibilidade, pelo menos de acordo com o exercício mental prévio empreendido pelo relator, de ter outro desfecho pela pluralidade de membros do colégio, não há razão para negar aplicabilidade ao dispositivo, sob pena de, assim procedendo, sobrecarregar inutilmente a pauta dos tribunais e afrontar o texto legal.

O Superior Tribunal de Justiça, em alguns outros julgados – diferentes daquele que rendeu ensejo à notícia recentemente publicada – também entende nesse sentido, conforme se verifica do julgado abaixo:

26 MENDONÇA JÚNIOR, Delosmar Domingos de. **Agravo Interno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 157.

27 Idem, iibidem.

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL – TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO – PRESCRIÇÃO – TERMO INICIAL – TESE DOS "CINCO MAIS CINCO" – PACIFICAÇÃO DO ENTENDIMENTO – PRIMEIRA SEÇÃO RATIFICOU ENTENDIMENTO – REsp 1.002.932/SP SUBMETIDO AO REGIME DO ART. 543-C DO CPC – EREsp 435.835/SC – ART. 557 DO CPC. 1. [...] 2. **O julgamento monocrático pelo relator encontra autorização no art. 557 do CPC, que pode negar seguimento a recurso quando: a) manifestamente inadmissível (exame preliminar de pressupostos objetivos); b) improcedente (exame da tese jurídica discutida nos autos); c) prejudicado (questão meramente processual); e d) em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do STF ou de Tribunal Superior. 3. Monocraticamente, o relator, nos termos do art. 557 do CPC, poderá prover o recurso quando a decisão recorrida estiver em confronto com súmula do próprio Tribunal ou jurisprudência dominante do STF ou de Tribunal Superior (art. 557, § 1º do CPC)**. 4. Agravo regimental improvido.[28]

Para melhor fixar as ideias, imagine-se a hipótese em que, por meio de uma decisão interlocutória, o juiz da causa, sob o argumento de que estariam ausentes os requisitos configuradores do instituto, afasta a alegação de litispendência, suscitada por "A", demandada por "B" em sede de ação indenizatória.

Inconformada com a decisão do magistrado, a parte "A" interpõe, em face daquela decisão, recurso de agravo de instrumento, em cujas razões requer seja reformado o *decisum* de primeiro grau, com a aplicação do efeito translativo[29] e posterior extinção do processo sem resolução de mérito, em virtude da ocorrência da litispendência.

28 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Turma. AgRg no Ag 1119814/SP, Relator: Ministra Eliana Calmon. Decisão unânime. Brasília, 01/12/2009. DJe 14/12/2009. Disponível a partir de: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 21 nov. 2012, sem grifos no original.

29 "Por efeito translativo entende-se a possibilidade de o tribunal **conhecer matérias de ordem pública de ofício** no julgamento do recurso. Tendo sido a matéria de ordem pública objeto da impugnação recursal, essa matéria será analisada em razão do efeito devolutivo; não havendo até o momento recursal qualquer decisão a seu respeito, a matéria de ordem pública poderá ser analisada originariamente pelo tribunal em razão do efeito translativo. Não é tranquila a adoção desse efeito, existindo parcela doutrinária que defende ser a possibilidade de o tribunal conhecer matéria de ordem pública de ofício consequência da *profundidade do efeito devolutivo*." NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 2. ed. Método: São Paulo, 2010, p. 543, com grifos no original.

Regularmente distribuído o agravo de instrumento e devidamente preenchidos os requisitos de admissibilidade, o relator verifica, de forma inequívoca, com base na documentação acostada, notadamente as cópias das petições iniciais das duas ações supostamente idênticas, que não se tratava de litispendência, mas, sim, de conexão de causas, como, inclusive, havia sido igualmente reconhecido e declarado pelo juiz de piso.

Nesse caso, e malgrado a análise esteja circunscrita ao aporte constante dos autos, está plenamente habilitado o relator, sem qualquer necessidade de encaminhamento da questão ao órgão colegiado, de decidir o recurso monocrática e solitariamente, na conformidade do *caput* do art. 557 do CPC, em virtude da sua manifesta improcedência, evidenciada pelas provas documentais.

Como se vê, é possível o relator negar provimento a recurso manifestamente improcedente, assim entendido aquele em que não procede a própria pretensão recursal, a qual, registre-se, pode abranger tanto questões de direito, como também aquelas que envolvem considerações de fato.

V O retrocesso no projeto do novo CPC: a impossibilidade de decisão monocrática quando o recurso se revelar manifestamente improcedente

Tramita no Congresso Nacional projeto de lei que institui um Novo Código de Processo Civil – NCPC. O Projeto tramitou no Senado sob o nº 166/10, tendo seguido com alterações para a Câmara, onde foi distribuído sob o nº 8.046/10.

O Projeto apresentado, apesar de prever um procedimento abreviado de julgamento dos recursos no âmbito dos tribunais, altera as hipóteses em que o relator pode atuar solitariamente.

No Anteprojeto encaminhado ao Senado, de acordo com o art. 853, III, o relator poderia negar seguimento ao recurso inadmissível, prejudicado ou que afrontasse súmula do STF, de tribunal superior ou do próprio tribunal e, ainda, que contrariasse decisão proferida pelo STF ou por tribunal superior em julgamento de casos repetitivos.

Também o provimento monocrático dos recursos foi previsto no Anteprojeto, com a condição de que a decisão recorrida estivesse a afrontar súmula do STF, de tribunal superior ou do próprio tribunal ou, ainda, contrastar com decisão proferida pelo STF ou por tribunal superior em julgamento de casos repetitivos.

O texto foi alterado naquela Casa e encaminhado à Câmara com a seguinte redação:

> Art. 888. Incumbe ao relator: (...)
>
> – negar seguimento a recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha atacado especificamente os fundamentos da decisão ou da sentença recorrida;
>
> – negar provimento a recurso que contrariar:
>
> a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;
>
> b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de casos repetitivos;
>
> c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.
>
> V – dar provimento ao recurso se a decisão recorrida contrariar:
>
> a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;
>
> b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de casos repetitivos;
>
> c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

Depois de algumas alterações redacionais, o texto passou a ser o seguinte:

> Art. 945. Incumbe ao relator:
>
> III – negar seguimento a recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha atacado especificamente os fundamentos da decisão ou sentença recorrida;
>
> IV – negar provimento a recurso:
>
> a) que contrariar súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;
>
> b) que contrariar acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
>
> c) contrário a entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.
>
> V – dar provimento ao recurso:
>
> a) se a decisão recorrida contrariar súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;
>
> b) se a decisão recorrida for contrária a acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
>
> c) se a decisão recorrida contrariar entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

Como se vê, o Projeto, com a atual redação, ao contrário do que fez o art. 557 do CPC em vigor, separou – corretamente – as hipóteses em que o recurso deve ser obstado em razão da ausência de requisitos de admissibilidade (inciso III do art. 945), daquelas em que trancamento monocrático ocorre em razão de um juízo de mérito desfavorável (inciso IV do art. 945).

Tem-se, então, as hipóteses em que o relator deverá negar seguimento ao recurso, tal ocorrendo nos casos de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha atacado especificamente os fundamentos da decisão ou da sentença recorrida, bem assim os casos em que se negará

provimento *à irresignação, quando verificar que o recurso* não deve seguir o trâmite normal, por ser evidente o seu insucesso.

Da leitura dos dispositivos transcritos, observa-se a opção legislativa em se repelir – erroneamente – a possibilidade de o relator negar provimento quando o recurso se revelar manifestamente improcedente, como permite o art. 557, *caput*, do CPC, atualmente em vigor.

Não se pode olvidar a desnecessidade de se levar casos *natimortos* ao colegiado, quando tais podem, por não prescindirem de uma atividade intelectiva relevante, ter seu trânsito obstado monocraticamente pelo porta voz avançado do órgão plural, *in casu*, o relator.

Não são raros os casos de recursos que se limitam a remexer questões de fato, isto sem trazer qualquer argumento que enseje um juízo diverso e, mais, recursos que deduzem matéria contra texto expresso de lei ou de interpretação consagrada e pacificada, ainda que não sumulada.

Além disso, ao negar provimento em virtude da sua manifesta improcedência, o relator estará a confirmar a decisão impugnada, proferindo decisório, portanto, em dupla conformidade com o anterior, em nítida valorização das decisões exaradas pelo juiz de primeiro grau, elemento valorizado no NCPC.

Não se pode olvidar, ainda, que as decisões solitariamente tomadas pelo relator podem ser submetidas ao crivo do colégio de julgadores, isto se a parte manejar o agravo interno (art. 1007, III), em sintonia com o princípio da colegialidade das decisões dos tribunais.

Bem por isso, defende-se, de *lege ferenda*, a possibilidade de negativa de provimento pelo relator quando o recurso se apresentar manifestamente improcedente, tal como já previsto no ordenamento atualmente em vigor.

VI A nova chamada para a notícia: "Julgamento de apelação que reexamina fatos só pode ser feito individualmente pelo relator nos casos de negativa de provimento, quando o recurso se apresentar manifestamente improcedente"

Conforme mencionado, a notícia que fora publicada no *site* do STJ, no dia 04 de setembro de 2012, estava assim posta: "Julgamento de apelação que reexamina fatos não pode ser feito individualmente pelo relator".

A chamada veiculada, pelo menos da forma em que está escrita, dá a entender que o relator não poderia apreciar monocraticamente um recurso de apelação nos casos em que a matéria submetida à apreciação fosse predominantemente de fato.

Porém, conforme analisado, o relator, verificando que são infundados os motivos que atacam a decisão impugnada, ou seja, que não prospera o próprio fundamento recursal, deve obstar monocraticamente o trânsito do recurso, com base no *caput* do art. 557 do CPC, por ser o mesmo manifestamente improcedente, que é aquele que se presta a remexer questões de fato, que deduz matéria contra texto expresso de lei ou de interpretação consagrada e pacificada e, ainda, que contraria súmula ou jurisprudência dominante de tribunal.

Em verdade, o ponto central da discussão não é o fato de o relator, mediante atuação solitária, poder – ou não – reexaminar fatos, mas, sim, de reexaminar fatos para dar provimento ao apelo. Isso, realmente, não lhe é permitido, pelo menos da análise do §1°-A do art. 557 do CPC.

Voltando-se ao caso julgado pelo STJ, tendo o relator dado provimento ao apelo, isto com fundamento no art. 557, §1°-A do CPC, assim o fez em considerações de fato, o que não lhe era permitido, já que, nos

termos da lei, ao relator somente é permitido dar provimento monocrático ao recurso se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

Observa-se que as categorias em que o relator pode dar provimento ao recurso são mais restritas do que aquelas em que está habilitado a negar o provimento pleiteado.

O Superior Tribunal de Justiça, depois de reconhecer que um recurso pode ser considerado como manifestamente improcedente mesmo à míngua de súmula ou jurisprudência dominante, declarou que os poderes do relator, nos casos de provimento, são mais rarefeitos do que aqueles em que se nega seguimento monocraticamente, conforme se verifica da ementa abaixo.

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. ESPECIAL. VIA INADEQUADA. VIOLAÇÃO AO ART. 557, CAPUT E § 1°-A, DO CPC. INOCORRÊNCIA. [...] CONTRATO ADMINISTRATIVO. COBRANÇA DE CORREÇÃO MONETÁRIA DE FATURAS PAGAS EM ATRASO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. 1. [...] 2. Quanto à eventual malversação do art. 557, caput, do CPC, **cabe frisar que o recurso especial pode ser manifestamente improcedente ou inadmissível mesmo sem estar em confronto com súmula ou jurisprudência dominante.** Na verdade, têm-se aí três hipóteses distintas para o relator apreciar o pleito recursal monocraticamente. 3. **Pode ser caracterizado como manifestamente improcedente o recurso em que a parte inconformada evidentemente não tem razão acerca de teses que são de fácil compreensão jurídica e que não envolvem maior complexidade argumentativa. Nestes casos, a negativa de seguimento ao recurso pode ser feita monocraticamente. 4. O art. 557, § 1°-A, do CPC, com menor abrangência, faculta ao relator a possibilidade de dar provimento a recurso quando o provimento impugnado**

esteja em confronto com súmula e jurisprudência dominante de Tribunais Superiores. 5. [...]. [30]

É fácil explicar o rigor da exigência. Para reverter o pronunciamento exarado pelo magistrado de primeiro grau, há o relator de partir de base firme e quase incontestável, antecipando e prestigiando o hipotético resultado final.

Bem por isso, é o caso de se tomar com temperamento a notícia veiculada pelo Superior Tribunal de Justiça, que diz, genérica e indistintamente, que o julgamento de apelação que reexamina fatos não pode ser feito individualmente pelo relator.

A uma porque não cuidou de reproduzir o real entendimento daquela Corte, a qual admite a apreciação de matéria fática pelo relator, nos casos em que este negará provimento ao recurso, conforme verificado nos julgados acima.

A duas porque acaso se compreenda que, em nenhuma hipótese, o relator poderá apreciar matéria fática monocraticamente, morta e enterrada está a possibilidade de trancamento do recurso manifestamente improcedente, assim considerado aquele que é de fácil compreensão jurídica e que não envolve maior complexidade argumentativa.

Precisa-se ter cuidado com as palavras, pois elas podem se transformar em prática. Precisa-se ter cuidado com a prática, pois ela pode se transformar em hábito. Não se deve deixar que se transforme em hábito uma prática que não foi desejada pelo legislador e, pior, não reproduz com fidedignidade o entendimento do STJ sobre o caso.

30 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Turma. Recurso Especial nº 819562/SP, Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Decisão unânime. Brasília, 10/08/2010. DJe 10/09/2010. Disponível a partir de: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 21 nov. 2012, sem grifos no original. No mesmo sentido: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Turma. AgRg no AREsp 60.392/RS, Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. Decisão unânime. Brasília, 15/03/2012. DJe 22/03/2012. Disponível a partir de: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 21 nov. 2012.

The Rapporteur can decide the merit of solitary appeal based predominantly on issues of fact? Analysis in the light of precedents of the Superior Court, into force of the CPC and the Project of the New Code Civil Procedure

Abstract

This article seeks to demonstrate that, in accordance with CPC in force (art. 557), as well as understanding in the wake of the Supreme Court, the rapporteur is authorized to decide solitary appeal based on questions of fact. We examine also the treatment that the design of the new Code of Civil Procedure dispenses the procedure abbreviated trial in the courts, where opportunity presents itself comments, criticisms and suggestions for improvement of future legislation.

Keywords: Appeal. Rapporteur. Collegiality.

Referências

ARENHART, Sérgio Cruz. A nova postura do relator no julgamento dos recursos. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 103, jul./set. 2001.

ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 21 nov. 2012.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Poderes do relator e agravo interno – arts. 557, 544 e 545 do CPC. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 100.

_____. Poderes do relator e agravo interno – arts. 557, 544 e 545 do CPC. **Revista da AJURIS**, Rio Grande do Sul, n. 79, set. 2000.

CARVALHO, Fabiano. **Poderes do relator nos recursos. Art. 557 do CPC**. São Paulo: Saraiva. 2008.

CRETELLA NETO, José. **Fundamentos principiológicos do processo Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DIAS, Maria Berenice. As decisões monocráticas do art. 557 do CPC. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n. 83, set. 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. São Paulo: Malheiros, 2002.

FONSECA, João Francisco Naves da. **Exame dos fatos nos recursos extraordinário e especial**. São Paulo: Saraiva, 2012.

FRANÇOLIN, Wanessa de Cássia. **A ampliação dos poderes do relator nos recursos cíveis**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

JORGE, Flávio Cheim. **Teoria geral dos recursos cíveis**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo.** São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2010.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARTINS, Francisco Peçanha. Exame do artigo 557 do Código de Processo Civil (um incitamento à reflexão e ao debate). **Revista de Processo**. São Paulo, n. 103, abr./jul. 2001.

_____. A reforma do art. 557 do CPC: inconstitucionalidade e ilegalidade. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, São Paulo, n. 5, jan./jun. 2000.

MENDONÇA JÚNIOR, Delosmar Domingos de. **Agravo Interno.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**, 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. V.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 2. ed. Método: São Paulo, 2010.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Agravo interno e agravo regimental.** Hipóteses de incidência e poderes do relator nos tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PINTO, Nelson Luiz. **Manual dos recursos cíveis**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Mário Teixeira da. **Recursos Cíveis e Poderes do Relator**: Curitiba: Juruá, 2006.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Sentença cível, fundamentos e técnica**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense.

_____. Notas sobre o artigo 557 do CPC (competência do relator de prover e de negar seguimento a recurso. **Advocacia dinâmica – Seleções jurídicas**, COAD-ADV, set. 2001.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Turma. **Recurso Especial nº 626850/RS**, Relator: Ministro Luiz Fux. Decisão unânime. Brasília, 05/08/2004. DJe 20/09/2004, p. 04. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 21 nov. 2012.

_____. **Julgamento de apelação que reexamina fatos não pode ser feito individualmente pelo relator**. Disponível em: <http://www.

stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=106854>. Acesso em: 05 set. 2012.

_____. 2ª Turma. **Recurso Especial nº 299872/MG**, Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins. Decisão unânime. Brasília, 06/06/2002. DJe 02/09/2002, p. 157. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 21 nov. 2012.

_____. 3ª Turma. **Recurso Especial nº 1261902/RJ**. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Decisão unânime. Brasília, 16.08.12. DJe de 22.08.2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 20 nov. 2012.

_____. 2ª Turma. **AgRg no Ag 1119814/SP**, Relator: Ministra Eliana Calmon. Decisão unânime. Brasília, 01/12/2009. DJe 14/12/2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 21 nov. 2012.

_____. 2ª Turma. **Recurso Especial nº 819562/SP**, Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Decisão unânime. Brasília, 10/08/2010. DJe 10/09/2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 21 nov. 2012.

_____. 2ª Turma. **AgRg no AREsp 60.392/RS**, Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. Decisão unânime. Brasília, 15/03/2012. DJe 22/03/2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 21 nov. 2012.

VIVEIROS, Estefânia. Agravo interno e ampliação dos poderes do relator. *In*: NERY JR., Nelson; ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda. (Coords.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 7.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Questões de fato, conceito vago e a sua controlabilidade através de recurso especial. *In*: ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

Referência do texto

SOUSA, Rosalina Freitas Martins de. O relator pode decidir solitariamente o mérito de recurso de apelação com base em questões predominantemente de fato? Análise à luz de precedentes do Superior Tribunal de Justiça, do CPC em vigor e do Projeto do Novo Código de Processo Civil. **Revista da ESMAPE**, Recife, v. 17, n. 35, p. 323-354, jan./jun. 2012.

** Artigo recebido em: 7 maio. 2012. Aprovado em: 5 jun. 2012.*

A abstrativização do Controle Difuso de Constitucionalidade: uma análise reflexiva acerca da separação dos Poderes estatais

Sabrina Araújo Feitoza Fernandes Rocha
Graduada em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE.
Pós-Graduação (Especialização) em Formação de Educadores pela Universidade Federal Rural de Pernambuco – UFRPE e Docência do Ensino Superior pela UCAM. Mestra em Direito Público pela UFPE. Doutorando em Psicologia Cognitiva pela UFPE, bolsista pela CAPES. Membro de dois laboratórias de pesquisa. Professora de Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direitos Humanos e Teoria Geral do Estado em várias instituições de ensino superior e cursos preparatórios para concursos públicos. Professora de Pós-Graduação da ESMAPE, Estácio Recife e FAFIRE; Servidora Pública Estadual.

Resumo

Este trabalho tem por objetivo trazer à baila a nova postura jurídica do Supremo Tribunal Federal acerca do controle de constitucionalidade, especificamente no que concerne ao controle difuso, na tentativa de tornar os efeitos deste com caráter de generalidade, acarretando uma insegurança jurídica clara por violar dispositivo expresso na Carta Magna de 1988. A tratativa se faz premente pela maneira como vem sendo conduzidas as discussões na Corte máxima de justiça nacional, deixando os institutos jurídicos, que foram consolidados ao longo do tempo, a merce de discussões oportunistas que colocam em risco toda a ordem jurídica posta. Para tanto, inicia-se com os esclarecimentos básicos necessários à compreensão do tema com as espécies de controle existentes, seus procedimentos legais e efeitos jurídicos em termos de satisfação social com a prestação jurisdicional. Logo em seguida, trata-se da abstrativização do controle difuso e sua repercussão negativa quanto a separação dos poderes estatais, culminando com as críticas necessárias ao tema.

Palavras-chave: Abstrativização do Controle de Constitucionalidade Difuso. Separação dos Poderes. Violação Constitucional.

Introdução

A intenção de dissertar sobre esta temática surgiu diante das inúmeras decisões do Supremo Tribunal Federal que, ao inves de agir como guardião da Constituição Federal, missão constitucionalmente consagrada para esta Corte de Justiça, vem decidindo a margem dos preceitos expressos na Carta Magna, sob argumentos cada dia mais insustentáveis, levando-se em consideração uma interpretação descabida da ordem Jurídica nacional.

Quando da elaboração da Constituição Federal de 1988, o Poder Constituinte Originário, seguindo a tradição jurídica, estabeleceu a separação dos Poderes estatais como uma forma de garatismo social, nos moldes do que fora pensado no momento da sua idealização. Assim, em capítulos separados, porém em plena harmonia, tratou de identificar as atribuições de cada poder/função e de que maneira seriam exercidos os controles das ações realizadas por cada um deles.

No que concerne ao controle de constitucionalidade, a atribuição para o seu exercício dependerá do tipo de controle e de qual classificação se analisa para que se possa estabelecer de quem é a competência. Porém, é de extrema importância ressaltar que a postura do Constituinte de 1988 foi de adotar uma técnica de freios e contra pesos entre as três principais funções a serem desempenhadas no desenvolvimento das atividades estatais, como uma forma de garantir que não ocorrão arbítrios no cumprimento de tais atribuições e no controle de constitucionalidade não foi diferente.

Diante desta realidade de limitação no desempenho das funções estatais, se faz necessária uma análise crítica das atuais posturas tomadas pelo Poder Judiciário, especificamente pelo Supremo Tribunal Federal, dentro de sua missão constitucional de controlar as leis e atos

normativos que violem a Constituição Federal. Objetiva-se unicamente, provocar uma reflexão acerca das novas posturas tomadas em sede de controle difuso de constitucionalidade pelo órgão de Cúpula do Poder Judiciário brasileiro.

1 Controle de constitucionalidade

A ideia mais remota de controle de constitucionalidade se encontra no procedimento realizado em Atenas, na Grécia, no século V a. C., que era denominado *graphē paranomōn* – ajuste de contas – e servia para denunciar os proponentes de leis que violavam a ordem jurídica da época (Bulos, 2010, 181). Está acusação pública contra o proponente da lei era julgada por pessoas sorteadas para compor um júri, com capacidade de rever ou mesmo anular este ato e, também, punir o seu infrator, que em regra se dava com uma pena de multa.

Os fundamentos da existência do controle de constitucionalidade repousa no fato de ser a Constituição a norma máxima dentro de um ordenamento jurídico e onde todas as outras espécies normativas devem buscar guarida. Esta fundamentação acarreta o surgimento do princípio da Supremacia Constitucional, que é "a base de sustentação do próprio Estado Democrático de Direito, seja porque assegura o respeito à ordem jurídica, seja porque proporciona a efetivação dos valores socais" (Cunha Júnir, 2011, 262). Se é por ela e a partir dela que todos as leis e atos normativos são formados e embasados, necessário se faz estabelecer mecanismos que possam coibir qualquer tipo de desrespeito ao que ali está disposto, sob pena de acarretar inseguranças jurídicas, inviabilizando a paz social, que propulciona a razão de ser da existência deste mecanismo controlador.

Dentro da temática de controle de constitucionalidade não se pode confudir modelo de controle com sistema de controle. Cada Estado

soberano adota o modelo de fiscilização da constitucionalidade de leis e atos normativos que desejar, porém, apesar desta discricionariedade apontada, todos só poderam escolher entre dois sistemas distintos: o americano ou o austríaco. O primeiro, formalizou-se em 1803 através da análise do caso William Marbury versus James Madison, que teve por decisor o chefe da Suprema Corte dos Estados Unidos, John Marshall (Bulos, 2010, 188), surgindo assim o primeiro controle difuso de constitucionalidade ou sistema amaricano de controle da constitucionalidade, que pasaria a ser exercido por qualquer juiz ou Tribunal a partir daquele caso concreto. O segundo, baseado na ideia de Kelsen, teve início na Constituição Austríaca de 1920, contrapondo-se ao modelo americano, que não fora adotado pela maioria dos países europeus, determinava um sistema de jurisdição constitucional concentrada, confiando esta tarefa apenas a um órgão jurisdicional especial, conhecido por Tribunal Constitucional (Cunha Júnir, 2011, 281). Passa-se a análise de cada um separadamente.

1.1 Controle Difuso de Constitucionalidade e seus efeitos

Conforme demonstrato desde a sua origem, este controle pode ser exercido por qualquer juiz ou Tribunal integrantes do Poder judiciário e existe no Brasil desde a Constituição de 1891, permitindo aos cidadões, que estejam litigando em juízo, que possam alegar inconstitucionalidades de leis ou atos normativos em suas defesas e estas deverão ser apreciadas em cada caso concreto pelo órgão jurisdicional responsável pala solução da lide. Daí também ser nomeado de desconcentrado, subjetivo, aberto, concreto, descentralizado ou incidental, pois atrela-se a via de exceção. Surge como um incidente processual, que para solucionar a questão principal o magistrado ou tribunal terá, necessariamente, que superar a questão prejudicial, ou seja, a alegação de inconstitucionaliudade.

É de bom alvitre alertar que há uma certa impropriedade na nomenclatura usada "via de exceção" para designar o controle difuso, pois, processualmente, este é um instituto que se direciona a defesa do reú e em sede de controle de constitucionalidade difusa a exceção pode ser alegada pelo autor e, até mesmo, de ofício, pelo juiz afeto ao caso. O sentido que deve ser tomado aqui é de que não há como julgar o mérito, sem que antes se ultrapasse esta questão prejudicial que surge como uma exceção no processo.

Um exemplo, meramente ilustrativo, ajudará a esclarecer. Suponha que "A" (José) ingressa com uma ação judicial qualquer (suponha que solicite pensão com base em lei vigente) contra "B" (INSS). Em sua defesa, "B" alega que as pretensões de "A", são embasadas em lei, no entanto, tal lei fere a Constituição. O juiz da vara competente irá apreciar se procede a alegação (exceção) de inconstitucionalidade. Observe que a alegação de inconstitucionalidade é questão preliminar que deverá ser decidida antes de entrar no julgamento do mérito (no mérito o juiz determinará ou não o pagamento da pensão). O importante é que a discussão sobre a inconstitucionalidade surgiu num caso concreto (José x INSS) em que cada um se acha prejudicado pelo outro e busca uma satisfação perante o Poder Judiciário. A isto se chama de modo incidental, por exceção. Isto porque o objetivo principal da ação não era o controle de constitucionalidade. Observe que o INSS deseja que o juiz declare a inexistência de sua obrigação de satisfazer a pretensão de José, porque tal pleito é baseado em uma lei que fere a Constituição.

Importante destacar que o juiz monocrático tem competência para, sozinho, analisar a compatibilidade da lei ou ato normativo com a Constituição, porém em se tratando de órgãos colegiados se faz necessária à observância do art. 97 da Carta Magna que estabelece a cláusula de reserva de plenário jurisdicional de maioria absoluta, sob pena de nulidade absoluta da decisão colegiada. Destaque-se que esta regra "atua como verdadeira condição de eficácia jurídica da própria declaração jurisdi-

cional de inconstitucionalidade dos atos do Poder Público, aplicando-se para todos os tribunais, via difusa, e para o Supremo Tribunal Federal, também no controle concentrado". (Moraes, 2013, p. 732)

Apesar do comando constitucional, a Suprema Corte admite (RTJ 162/765), de forma excepcional, ser dispensável a aplicação do art. 97 supra citado, desde que já exista um pronunciamento de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo questionado pelo pleno do Supremo Tribunal Federal ou pelo Tribunal *a quo* e em relação ao mesmo ato normativo ou lei que o juiz monocrático se depare à apreciação.

Pelo fato do controle difuso ser realizado de forma incidental, a decisão de inconstitucionalidade proferida só atingirá as partes envolvidas no processo (*inter partes*), sem a retirada da lei da ordem jurídica, independentemente da decisão ter sido proferida por um juiz monocrático ou mesmo, através de recurso extraordinário pela própria Suprema Corte, depois de comprovada a repercussão geral, pois o que se pretende é afastar a aplicação da lei ou ato normativo ao caso concreto, retroagindo seus efeitos ao momento da violação do direito (*ex tunc*) da parte, como regra geral.

Segundo a regra constitucional posta no artigo 52, inciso X, compete ao Senado Federal "suspender, em todo ou em parte, lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal." Através desta suspensão, que é realizada por Resolução do Senado, os efeitos se tornarão *erga omnes*, atingindo a própria ordem jurídica com o um todo a partir daquele momento (*ex nunc*), realizando a missão que fora direcionada ao Pode legislativo, enquanto responsável pela produção legislativa estatal, evitando a proliferação de ações judiciais que tenham como objetivo afetação de direitos com base naquela lei já declarada inconstitucional em um caso concreto.

1.2 Controle Concentrado de Constitucionalidade e seus efeitos

A promulgação da Constituição Federal da República Austríaca, marca o momento chave da gestação desde modelo de controle de constitucionalidade, conforme já demonstrado (Segado, 1997, p.73). Desta forma, foi em 1920 que pela primeira vez foi criado um Tribunal Constitucional com competência exclusiva de exercer o controle judicial de constitucionalidade, se contrapondo ao modelo americano já explanado. Esta nova concepção de controle gerou-se das ideias de Kelsen que convenceu seus pares através do seguinte argumento:

> se o controle da constitucionalidade das leis é reservado a um único tribunal, este pode deter competência para anular a validade da lei reconhecida como inconstitucional não só em relação a um caso concreto mas em relação a todos os casos a que a lei se refira – quer dizer, para anular a lei como tal. Até esse momento, porém, a lei é válida e deve ser aplicada por todos os órgãos aplicadores do Direito. (Kelsen, 1985, p. 290)

A ideia então era concentrar nas mãoes de um único órgão a possibilidade de averiguação da compatibilidade das leis com as regras constitucionais, buscando uma harmonia normativa, preservando a supremacia constitucional.

Este tipo de controle de constitucionalidade só foi aderido pelo Estado brasileiro com a Constituição de 1965, através da Emenda Constitucional nº 16, que conferiu ao Supremo Tribunal Federal, desde que houvesse o pleito do Procurador-Geral da República, a competência para processar e julgar originariamente a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal e estadual. (Bonavides,1996, p. 296; Veloso, 1999, p. 34; Vieira, 1994, p. 78).

Denominado também por controle abstrato, por via de ação, controle em tese, controle objetivo, por via principal; comporta todas estas nomenclaturas em virtude de ter por objetivo o controle da lei, em tese, *in abstracto*, e não em um processo *in concreto*. Não busca a proteção de um direito que está sendo desrespeitado, como no controle concreto. Visa, tão somente, à eliminação de uma norma jurídica contrária a preceito constitucional.

Como os órgãos do Poder Judiciário são inertes, ou seja, não podem agir de ofício, e a competência para este controle é exclusiva da Corte Constitucional por ser guardião da Constituição, se fez necessária a previsão de legitimados ativos que possam provocar o Supremo para apreciar da incompatibilidade existente, o que foi regulamentado no artigo 103 do texto constitucional. Como não há interesses particulares, a missão dos legitimados é apenas provocar a atuação do Supremo para que este possa manter a integridade da ordem jurídica.

Um exemplo ajudará a entender melhor. Suponha que o Procurador-Geral da República ou qualquer dos arrolados nos incisos I a IX, art. 103, da CF/88, o qual relaciona os legitimados para propor ação direta de inconstitucionalidade, entendendo que determinada lei federal, instituidora da prisão perpétua, fere a Constituição em seu art. 5º, inciso XLVII, alínea "b", vem a propor perante o STF uma ação direta de inconstitucionalidade. Observe que, neste caso, o Procurador-Geral da República, ao que se sabe, não tem interesse pessoal no processo. Na verdade, sua legitimidade decorre do cargo por ele ocupado e não de um interesse pessoal. Ele entendeu que determinada lei vigente, *in abstracto*, é inconstitucional e propôs ao Supremo Tribunal Federal a declaração de sua inconstitucionalidade.

Uma vez recebida à ação, o Ministro relator analisará os autos, fará tudo que for preciso para chegar a um convencimento, expedindo relatório circunstanciado aos demais Ministros, marcando data para o julgamento. A

decisão do Supremo terá força vinculante para os demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, em todas as esferas de Poder (art. 102, § 2º da CF), os quais não poderão contrariá-las ou aplicá-las indevidamente. Assim, esta decisão terá eficácia *erga omnes* e seus efeitos, em regra serão *ex tunc*, porém é dada a Corte a possibilidade de modulação destes efeitos a depender da situação em concreto, podendo optar pela eficácia *ex nunc* ou *pró-tempore* (art. 27 da Lei nº 9.868/99).

Fica claro que a intenção do Constituinte de 88, bem como do legislador infraconstitucional, foi conceder ao Supremo Tribunal a competência de decidir, em sede de controle concentrado, o que deve ou não permanecer na ordem jurídica, como forma de preservação da Supremacia constitucional.

2 Abstrativização do controle difuso

Apesar de toda construção doutrinária demonstrada até aqui, surge um novo movimento jurisprudencial quanto ao controle de constitucionalidade difuso, liderado pelo Ministro da STF, Gilmar Mendes, que tem por objetivo tornar os efeitos da decisão proferida em controle concreto de *inter partes*, para *erga omnes*, sem a necessidade de participação do Senado Federal para dar generalidade a esta decisão, servindo a resolução senatorial apenas para dar publicidade a mesma. Os argumentos utilizados pelo citado Ministro é que houve uma mutação constitucional do art. 52, X da Magna Carta, "para limitar o ato político da Alta Câmara do Congresso Nacional à concessão de mera publicidade da decisão de inconstitucionalidade, que já se revistia, desde a sua publicação, de eficácia geral e vinculante". (Cunha Júnior, 2011, p. 333)

Observa-se que além de inovar a ordem jurídica, tal decisão viola frontalmente a Constituição Federal, ferindo a separação dos Pode-

res, juntamente com a missão que foi estipulada pelo Poder Constituinte a cada um, para que haja harmonia e consequente estabilidade jurídica institucional.

Esta nova filosofia do Supremo pode ser observada através do bojo da Reclamação 4335-5/AC, cujo relator foi o ministro Gilmar Mendes, tese acompanhada pelo Ministro Eros Grau. Da leitura atenta dos votos se constatam algumas irergularidades, primeira, por calcar sua decisão sob o argumento da mutação constitucional, que se demonstrará totalmente descabida; segunda, por criar nova competência ao Senado Federal, usurpando a função dos Poderes Originários e Reformador; e, terceira, pelo fato do próprio guardião da Constituição Federal alegar que um de seus dispositivos é obsoleto. Passa-se a análise de cada uma delas.

2.1 Mutação Constitucional

Doutrinariamente este fenômeno é entendido como uma ação social interpretativa, sobre preceitos legais de valor aberto, que se modificam com o passar do tempo, ou seja, se assemelha a um processo informal de mudança, pela nova valoração que se dar aquele instituto.

Só a título de exemplo, traz-se o conceito de reputação ilibada, que hoje é totalmente diferente do que se presumia nos anos 50 ou 60. Assim, pela abertura axiológica das palavras utilizadas nos textos normativos, haverá uma adequação das mesmas de acordo com o tempo e os usos do seu implemento. É possível afirmar que uma pessoa que compra CD pirata não tem uma reputação ilibada, quando esta negociata se faz na frente das delegacias de polícias e dos próprios órgãos judiciários? Mesmo sabendo que é uma ação contrária a lei, a banalização de sua prática induz o cidadão a algo que se torna comum e aceitável ao senso crítico médiano.

Quando a lei traz em seu conteúdo palavras que possam sofrer mutação axiológica com o passar do tempo, aqui caberia a utilização da mutação constitucional. Porém, não é possível fazer este caminho nas disposições legais que não a comportem. Nas palavras de Bulos, "membros do Poder Judiciário que desejem, *sponte propria*, "realizar" mutações constitucionais estarão, sem sobra de dúvidas, desconfigurando o fenômeno em suas linhas capitais". (2010, p. 226)

Não é porque não se tem controlador externo da atividade judiciária que todos precisam baixar a cabeça às interpretações realizadas pelo Supremo Tribunal Federal. Mesmo sabendo que elas tem força vinculante, é possível, cientificamente, argumentar contrariamente, desde que se tenha base jurídica para tal.

Ainda, na mesma Reclamação, quando do pedido de vistas do Ministro Eros Grau, o mesmo afirma que "na mutação constitucional não apenas a norma é nova, mas o próprio texto normativo é substituído por outro". Data vênia, a modificação alegada pelo ilustríssimo integrante da mais alta Corte de Justiça nacional, é a formal, que só é possível através das emendas de revisão, que no caso brasileiro já acorrerão e não mais tem cabimento, ou através do Poder Reformador, por determinação do próprio Poder Originário. Em nenhuma regra expressa na Constituição Federal foi dada a competência para qualquer órgão integrante do Judiciário poder realizar um reforma constitucional com modificação do seu texto nos moldes apresentados pelo Ministro. E mais, isso jamais poderá ser considerada mutação constitucional, pois através deste fenômeno, "as normas constitucionais mudam sem alterar uma vírgula, sequer, do texto originário da constituição, que não é substituído por outro". (Bulos, 2010, p. 226).

2.2 Participação do Senado Federal no Controle Difuso

Desde a Constituição de 1934 até os dias atuais, com exceção da constituição de 1937, foi dada a competência ao Senado Federal para "suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal" (CF, art. 52, X). A finalidade é evitar a proliferação de ações judiciais que tenham por objeto uma lei que já tenha sido declarada inconstitucional pela Corte Constitucional em controle difuso, dando-lhe eficácia *erga omnes*. Esta ação complexa se fez necessária em virtude do Supremo agir como mero órgão recursal no controle difuso, não sendo possível estender seus efeitos para todos, nos moldes de quando age como guardião da Constituição. Assim, transitada em julgado a decisão no controle difuso, o próprio Supremo (RISTF, art. 178) comunicará ao Senado para tomar as devidas providências (RISF, arts. 386 e 388).

Percebe-se, desta forma, que tanto o Regimento Interno do Supremo, como o do Senado preveem este procedimento para harmonizar a ordem jurídica e estabelecer a segurança necessária aos administrados.

O que chama atenção neste julgamento da Reclamação 4335-5/AC é que é puro exercício de legiferação positiva, ou seja, transforma os intérpretes constitucionais em legisladores sem mandato, contrariando a jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal. Pois, admitir que o previsto no artigo 52, X, quando prevê a competência do Senado de **suspender**, deva ser entendido por **dar publicidade**, é atentar contra a mais ingênua racionalidade humana. Isso só pode ser admitido como expressa inconstitucionalidade por quem deveria primar pela supremacia constitucional. Desrespeita frontalmente a separação dos poderes quando fica a cargo do Senado apenas dar publicidade as decisões do Supremo, como se o aquele fosse órgãos subordinado deste.

Mesmo diante de opiniões de peso, como a de Dirley da Cunha Júnior que prescreve:

> somos de opinião de que se deve eliminar do sistema a intervenção do Senado nas questões constitucionais discutidas incidentalmente, para transformar o Supremo Tribunal Federal em verdadeira Corte com competência para decidir, ainda que nos casos concretos, com eficácia geral e vinculante, à semelhança do *stare decisis* da *Supreme Court* dos Estados Unidos da América. (2011, p. 333).

Não se pode aceitar tal argumento simplesmente porque a ordem constitucional brasileira é outra e é ela que deve ser respeitada e seguida. Esta nova forma de atuação do Senado, pretendida pelos Ministros do Supremo, só seria possível através de uma reforma constitucional formal, pela atuação do Poder Reformador. Está também seria a única possibilidade para se retirar dispositivos que são considerados obsoletos, não cabendo aos órgãos do judiciário, mesmo aquele que foi consagrado como guardião da Constituição fazê-lo.

Conclusões

Diante de todo o exposto, fica evidente que o Supremo Tribunal Federal vem usurpando a Separação dos Poderes estabelecida pelo Poder Constituinte de 1988.

Não se pode admitir os desmandos assumidos pela Corte de Justiça Nacional, pelo simples fato de inexistir na ordem jurídica posta controle externo para as decisões judiciárias. Sobretudo, quando há mecanismos jurídicos hábeis para tornar as decisões do Supremo com força vinculante e efeitos *erga omnes*, quais sejam, a Súmula com efeito vinculante

e a própria Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental incidental, que tem por objeto controvérsias judiciais sobre leis ou atos normativos federais, estaduais e municipais.

Agindo dentro deste parâmetro, estaria o Supremo guardando a Constituição e dando eficácia geral para suas decisões, evitando enxurrada de ações de mesma natureza jurídica, cumprindo os objetivos para os quais foram pensadas as funções deste Poder.

Se o art. 52, X do texto constitucional está obsoleto, que seja proposta uma emenda constitucional pelos legitimados ativos para este feito, no sentido de dar nova redação a esta função constitucionalmente consagrada, através do Poder reformador, pois este é o único com competência para realizar uma reforma formal na Carta Política vigente.

The abstrativização Diffuse Control of Constitutionality: A reflective analysis about the separation of state powers

Abstract

This paper aims to bring up a new legal stance of the Supreme Court on the federal constitutionality control, specifically in regard to fuzzy control, in an attempt to make the impact with this character of generality, causing legal uncertainty for violating clear device expressed in the 1988 Constitution. The dealings becomes urgent by the way is being conducted discussions in Corte maximum national justice, leaving the established laws, which were consolidated over time, at the mercy of opportunistic discussions that endanger the entire legal order placed. To do so, it begins with the explanations necessary to understand the basic theme with the species existing control their legal procedures and legal consequences in terms of social satisfaction with adjudication. Shortly thereafter, it is the abstrativização the fuzzy control and its negative repercussions as the separation of state powers, culminating with the necessary critical to the theme.

Keywords: Abstrativização Fuzzy Control of Constitutionality. Separation of Powers. Constitutional violation.

Referências

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

CUNHA JÚNIR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. ver. Atual. Salvador: JusPodivm, 2011.

KELSEN, Hars. **Teoria pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 29. ed. ver. Atual. São Paulo: Atlas, 2013.

SEGADO, Francisco Fernandez. **Evolución historica y modelos de control constitucional. La jurisdicción constitucional em Iberoamericana**. Madri: Dykinson, 1997.

VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. Belém: Cejup, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

Referência do texto

ROCHA, Sabrina Araújo Feitoza Fernandes. A abstrativização do Controle Difuso de Constitucionalidade: uma análise reflexiva acerca da separação dos Poderes estatais. **Revista da ESMAPE**, Recife, v. 17, n. 35, p. 355-370, jan./jun. 2012.

** Artigo recebido em: 30 abr. 2012. Aprovado em: 3 jun. 2012.*

Evolução da autoria na dogmática jurídico-penal

Saulo Santos
Especialista em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE.
Professor da Esmape. Advogado.

Teodomiro Noronha Cardozo
Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Professor Universitário.
Professor da Esmape. Coordenador dos Cursos de Pós-graduação *Lato Sensu* da Esmape.
Juiz de Direito.

Resumo

O presente texto tem por objeto o estudo da evolução histórica do conceito de autoria na dogmática jurídico-penal. O conceito de autoria no Direito Romano e no Direito Penal atual. Teorias que procuram explicar o conceito de autoria.

Palavras-chave: Conceito de autoria. Evolução. Teorias.

1 Contextualização temática

A dogmática jurídico-penal, desde a formação de suas bases até o seu desenvolvimento atual, passou por inúmeras modificações. Partindo da teoria da antijuridicidade, passando pelo reconhecimento da existência

da culpabilidade, até a identificação da relação tipo e tipicidade, muito se caminhou. Neste delinear histórico-evolutivo, cujo início se deu ainda no século XIX, segundo leciona o Prof. Cláudio Brandão[1], foi somente após a identificação da relação tipo e tipicidade (o tipo como uma moldura, e a tipicidade como a relação de amoldamento entre a ação e o próprio tipo), com Binding e Merkel, que se pôde começar a falar propriamente no surgimento da dogmática jurídico-penal, como estudo científico do Direito Penal. O elemento tipicidade, ressalte-se, foi o último a integrar o conceito analítico de crime.

Pontue-se, desde logo, que até mesmo o futuro da dogmática jurídico-penal já foi posto em xeque. Todavia, ao questionar o porvir da dogmática jurídico-penal, Gimbernat Ordeig reforça ainda mais a necessidade de que esta deva ser compreendida corretamente tanto em extensão quanto em profundidade, bem como em relação às suas bases evolutivas (objeto deste estudo).[2] O autor conclui, afirmativamente, a questão proposta, isto é, a dogmática jurídico-penal tem, sim, futuro:

> Porque la existencia del Derecho penal es imprescindible y no depende para nada de la posibilidad de demonstrar la libre decisión humana en el caso concreto, porque toda idea jurídica progresiva necesita una formulación legal que será tanto más perfecta y eficaz cuanto más alto sea el nivel científico-jurídico, porque una ciencia desarrolla del derecho penal es la que hace posible controlar los tipos penales, porque la pena es un medio necesario y terrible de política social, porque tenemos que vivir con el Derecho penal [...].[3]

1 Aula ministrada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, no primeiro semestre de 2012.

2 GIMBERNAT ORDEIG, Henrique. ***¿Tiene un futuro la dogmática juridicopenal?*** Estudios de derecho penal. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1990, pp. 140-161.

3 *Idem*, p. 161.

Cunhadas as bases da dogmática jurídico-penal, com o reconhecimento do conceito analítico de crime e, consequentemente, com a identificação dos elementos integrantes de tal conceito, passou-se a examinar quais seriam as condutas passíveis de preencher estes elementos. Nesse momento, ganharam maior enfoque as chamadas teorias da ação.

As teorias da ação podem ser classificadas em três grupos: teorias causais, teorias teleológicas e teorias ontológicas.

Importante salientar que não pretende o presente estudo se debruçar sobre o exame dos elementos do conceito analítico de crime, tampouco sobre a análise detalhada das teorias da ação. A menção desses elementos é de ordem estritamente contextual e metodológica, a fim de melhor embasar a forma como será desenvolvida a análise da *evolução da autoria na dogmática jurídico-penal.*

Nas linhas subsequentes, pretende-se abordar como se deu o processo evolutivo das teorias da autoria e a superação de cada uma delas, invocando-se, para tanto, a mais relevante proposta doutrinária dentro de cada um dos grupos teóricos. A análise será desenvolvida, a exemplo do que se faz em relação às teorias da ação, isolando-se as teorias da autoria em três grupos, cujas ideias apresentadas são vinculadas a um mesmo momento jusfilosófico. As teorias integrantes de cada grupo não serão analisadas individualmente, pois o objetivo do presente ensaio é demonstrar, apenas de maneira geral, como se deu a evolução das teorias da autoria na dogmática jurídico-penal.

2 Esforço histórico

É preciso, primeiramente, fazer uma breve incursão histórica para compreender a origem do instituto da autoria no Direito Penal. O art. 29 do Código Penal brasileiro ressalta a figura da autoria na análise do chamado concurso de pessoas. Isso não é sem razão, pois, como será explicitado adiante, foi exatamente na análise do referido fenômeno que a figura da autoria (*animus auctoris*) passou a ser identificada no Direito Penal romano, como espécie de concurso de pessoas, ladeada pela participação (*animus socii*).

Com base nos ensinamentos de Brandão, é possível dividir o Direito Penal em dois grandes períodos: (i) período do terror e (ii) período liberal. De acordo com o autor, o primeiro período (o do terror), "é aquele onde não existe preocupação com a humanização da repressão penal, há nele emprego de uma violência desmedida e ilimitada, não se oferecendo nenhuma garantia ao ser humano em face do direito de punir do Estado"[4]; e continua:

> O segundo período, o período liberal, inaugura a fase científica do Direito Penal, ele começa com a formulação do Princípio da Legalidade e, portanto, começa tardiamente. Pode-se afirmar, dessarte, que o Direito Penal científico é pós-iluminista. Ele é chamado liberal porque põe como centro a pessoa humana, preocupando-se com o fundamento do direito de punir e com a legitimidade da pena.[5]

Na lição de Leiria, partindo de uma concepção de mundo cristã – e até mesmo judaica –, com base nos ensinamentos bíblicos do Velho Testamento (*gênesis*), embasando-se na ideia vigente na sociedade primitiva de que crime e pecado se confundem, é possível afirmar que o chamado "pecado original", pelo qual Eva induziu Adão a comer do fruto proibido, seria o primeiro e mais autêntico concurso do pecado (crime) de que se tem notícia.[6]

4 BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal:** parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 23.

5 *Idem, ibidem.*

Na verdade, foi somente no Direito Romano que surgiu a denominação "*concursos pluris ad idem delictum*", embasada, de acordo do Ferrini, na noção de "*commune crimine*". Tal fato denota que os romanos tinham conhecimento acerca da unidade do delito diante da pluralidade de participantes, apesar de, na *praxis*, considerarem como existentes tantos crimes quanto o número de sujeitos concorrentes.[7] Surgiu, então, o instituto da autoria por meio do seu primeiro aspecto de análise: como espécie do concurso de pessoas.

3 Evolução da autoria na dogmática jurídico-penal

O Direito Penal, enquanto ciência, como já pontuado com base no magistério de Brandão, surge somente após a formulação das bases do Princípio da Legalidade. Diante disso, cabe, inicialmente, examinar a correlação entre a ciência do Direito Penal e a chamada dogmática jurídico-penal. Com base nessa perspectiva, Batista observa a existência como expressões sinônimas: "ciência do Direito Penal" e "dogmática jurídico-penal". Ainda de acordo com Batista, a "dogmática não é, por certo, uma leitura pontilhada da lei; sua técnica procura reconstruir os variados elementos que integram a lei, organizando-os como um *sistema*" [*grifos do original*][8].

6 LEIRIA, Antônio José Fabrício. **Autoria e participação criminal**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010, p. 23.

7 *Idem*, pp. 23-24.

8 BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro.** 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, pp. 114-115.

Numa perspectiva dogmática, destacam-se, em princípio, três grupos teóricos acerca da autoria, cuja apresentação se dará em ordem cronológica: (i) *teorias causais*; (ii) *teorias teleológicas*; e (iii) *teorias ontológicas*[9].

3.1 Teorias causais da autoria

Sob o ponto de vista científico-metodológico, Roxin ressalta que as teorias causais da autoria surgiram no seguinte panorama:

> Los primeros decenios de vigencia del Código penal alemán coincidieron con el positivismo naturalista, que sometía las ciencias del espíritu a las ideas de las ciencias naturales y pretendía reducir los fenómenos jurídicos a meros cursos causales y a concatenaciones causales de diversas clases.[10]

Diante disso, ainda na lição de Roxin, em relação à doutrina da autoria e da participação, há uma pretensão de que o Direito Penal enfatize na análise dos diversos agentes de um delito, partindo do ponto de vista da sua contribuição causal.[11]

Liszt, um dos maiores expoentes da teoria causal, afirma, em linhas gerais, que a "autoria, como idéia (*sic*) distinta da cumplicidade, é a *causação ou não impedimento de um resultado relevante, segundo o direito penal*" [*grifos do original*][12]. Trata-se da mais pura aplicação do método positivista, pelo qual há perfeita descrição do fenômeno.

9 A respeito do tema e com a mesma sistematização metodológica: ROXIN, Claus. ***Autoría y dominio del hecho en derecho penal.*** Tradução: Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. 7. Ed. Madrid: Marcial Pons, 2000, pp. 23-38.

10 ROXIN, Claus. ***Autoría y dominio del hecho en derecho penal.*** Tradução: Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. 7. Ed. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 23.

11 *Idem, ibidem.*

12 LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão:** tomo I. Tradução: José Hygidio Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Bringuiet & C., 1899, p. 351.

O chamado positivismo naturalista propôs a aplicação do método próprio das ciências naturais (método descritivo) às chamadas ciências do espírito, como condição para que estas pudessem ganhar o *status* de ciência. Como será demonstrado, foi mérito do método neokantista a superação do método positivista. Por isso, as teorias causais da autoria não prosperaram.

3.2 Teorias teleológicas da autoria

A ascensão das teorias teleológicas se deu por meio da influência do modelo neokantiano, cujo principal mérito foi o de solucionar o problema metodológico da análise do Direito com base no método próprio das ciências naturais (positivismo naturalista). Tal fato fez surgir a necessidade de reestruturar toda a teoria do delito, com base nos critérios da compreensão e valoração. Tudo isso culminou no declínio das teorias causais da autoria. Na mesma linha de raciocínio, Roxin, acerca da escola neokantiana, ensina que, desde então, "los principios de regulación y los significados jurídicos no han de deducir-se de la realidad, sino que precisamente se le añaden a ésta por medio de la por medio de la formación de conceptos dominada por la idea de la finalidad" [13].

De acordo com Zaffaroni, a classificação das ciências naturais e culturais, com métodos próprios, proposta pelo neokantismo, deu ao saber jurídico a possibilidade de definir-se como puramente normativo e dedutivo.[14]

Em decorrência desse novo contexto metodológico, Mezger afirma que o ponto de partida decisivo na diferenciação das formas de partici-

13 ROXIN, Claus. ***Autoría y dominio del hecho en derecho penal.*** Tradução: Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. 7. Ed. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 27.

14 ZAFFARONI, Eugênio Raúl. ***Política y dogmática jurídico penal***. En torno de la cuetión penal. Buenos Aires: B de F, 2005, p. 87.

pação "es la *dirección subjetiva de la voluntad del partícipe*" [*grifos do original*][15]. Autor, segundo Mezger, é quem atua com vontade de autor; instigador é quem atua com vontade de instigador; cúmplice é quem atua com vontade de cúmplice.[16]

O principal motivo para o declínio do modelo neokantiano foi o fato de que a aplicação deste padrão deu base para a quebra da legalidade, o que serviu de base para legitimação dos delitos do nazismo.[17]

3.3 Teorias ontológicas da autoria

A superação das teorias teleológicas ocorreu no mesmo contexto do surgimento das teorias ontológicas da autoria. De acordo com Roxin:

> [...] un nuevo modo de considerar que rechazaba contemplar la materia jurídica un como mero resultado de la configuración de un material informe por medio de conceptos jurídicos valorativos y que, en cabio, creía poder descubrir ya en los propios ámbitos materiales regulados por el Derecho principios de ordenación deducibles únicamente a partir de la materia jurídica.[18]

Nessa conjuntura, surgem as primeiras teorias ontológicas da autoria, destacando-se a doutrina de Welzel que propõe o chamado "conceito finalista de autor", nos seguintes termos:

15 MEZGER, Edmund. ***Derecho penal***: libro de estudio: parte general. Tradução: Ricardo C. Núñez. Buenos Aires: 1958, p. 302.

16 *Idem, ibidem*.

17 ZAFFARONI, *opus citatum*, pp. 87-88.

18 ROXIN, *idem*, p. 32.

> El concepto finalista de autor resulta de las determinaciones fundamentales del concepto de la acción finalista y del de lo injusto personal, ya que, como se sabe, la teoría de autor no tiene otro fin que el de destacar el centro personal de acción de hecho antijurídico. Por eso pertenece a la autoría en general el dominio finalista del hecho (como elemento general de lo injusto personal de tipos dolosos); a él se agregan, en muchos casos, como elementos específicos de autoría, las características objetivas y subjetivas personales de lo injusto.[19]

É em um contexto traumático do período pós-guerra que surge o conceito finalista de autor, aliando-se convergentemente as duas bases do finalismo welzeliano para a propositura da chamada teoria do domínio do fato, cujo desenvolvimento completo veio a ser elaborado posteriormente na obra de Roxin[20]. Autor, portanto, seria o sujeito detentor do domínio final do fato.

Não obstante o fato de que o finalismo welzeliano propôs a teoria do domínio do fato como critério para a identificação da relação entre o autor e o injusto penal, parcela mais tradicional da doutrina entende que o melhor critério é o que se baseia na chamada teoria restritiva, pela qual autor é quem conjuga o verbo núcleo do tipo penal.[21]

4 Localização da autoria na teoria jurídica do crime

Analisando superficialmente a questão da localização da autoria na teoria jurídica do crime, é possível a conclusão pura e simples de que ela guarda correlação apenas com o fenômeno do concurso de pessoas, como espécie deste, ladeada pela participação em sentido

19 WELZEL, Hans. ***Derecho penal***: parte general. Tradução: Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956, p. 105.

20 Refere-se a seguinte obra: ROXIN, Claus. ***Autoría y dominio del hecho en derecho penal***. Tradução: Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. 7. Ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.

21 Nesse sentido: BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp. 235-236.

estrito. Tal conclusão, porém, não pode ser taxada como errada, apenas como simplista.

Na lição de Welzel:

> Injusto es injusto personal, es decir, le es esencial la relación con el autor. Como el autor coacuña lo injusto, pertenece a la teoría de lo injusto el estudio de cómo é llega a ser autor. La teoría del autor tiene que constituir el centro personal de la acción de lo injusto.
>
> Esta significación central de la teoría que vincula lo injusto al resultado. Como para ella lo injusto radica en la lesión exterior del bien jurídico, para la cual el autor da, por cierto, la iniciativa causal [...].[22]

Soler, por sua vez, afirma que o tema da participação (em sentido amplo[23]) não pode se dissociar do tema da causalidade e, portanto, a depender da teoria que se adote em relação a esta, os princípios podem variar fundamentalmente.[24]

Com efeito, é possível identificar na relação de causalidade o nascedouro do problema da identificação do critério apto de delimitação da autoria e da participação criminal. Concluindo, nas palavras de Brandão, a relação de causalidade é o "liame ideal que possibilita a imputação de um resultado a alguém" [25].

22 BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 103.

23 O termo *participação* é equívoco, porque pode ser empregado em dois sentidos diversos: um mais amplo e outro mais restrito. Em sentido amplo, figura como gênero, do qual são espécies a autoria e a participação (em sentido estrito); trata-se, portanto, quando empregada em sentido amplo, de sinônimo de codelinquência, concurso de pessoas etc. WELZEL, *idem*, p. 117.

24 SOLER, Sebastian. ***Derecho penal argentino*:** tomo II. Buenos Aires: Tipografia Editora Argentina, 1992, p. 275.

25 BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal:** parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 151.

5 Conclusões

Diante de tudo que foi exposto, conclui-se que o instituto da autoria, no Código Penal brasileiro tratado no art. 29, como espécie do concurso de pessoas, não está completamente dissociado do atual contexto da temática, uma vez que se embasa nos fundamentos históricos do Direito Romano. Todavia, não é correto afirmar que a autoria é tão somente espécie do concurso de pessoas, porque este complexo fenômeno jurídico guarda correlação tanto com o tema da relação de causalidade quanto com o da própria teoria do injusto pessoal.

É possível traçar um paralelo entre o desenvolvimento dogmático das teorias da autoria e a evolução das teorias da ação. Com isso, assim como ocorrera em relação às teorias da ação, onde houve a superação das teorias causais e das teorias teleológicas, caíram por terra os fundamentos das teorias causais e teleológicas da autoria. Em relação às primeiras, não prosperaram em decorrência de que o paradigma jusfilosófico proposto pelo positivismo naturalista não guarda correlação com o modelo demandado pelas ciências culturais, dentre as quais, o Direito; já no que se refere ao modelo proposto pelas teorias teleológicas da ação, a dissociação do princípio da legalidade como limite para o exercício do poder punitivo demonstrou que este modelo não propicia embasamento teórico garantidor da necessária segurança jurídica, bem como do respeito à dignidade da pessoa humana, tanto que subsidiou o Direito Penal nazista.

Por fim, as teorias ontológicas da autoria, dentre as quais destacamos a teoria do domínio do fato, no atual contexto de desenvolvimento do Direito Penal, afiguram-se como marco teórico mais seguro, a fim de identificar a relação do autor com o injusto.

Evolution of the authorship concept under the juridical-penal dogmatic

Abstract

This paperwork aims at analyzing the historical evolution of the authorship concept in the juridical-penal dogmatic. The authorship concept in the Roman Law and in the current Penal Law. Theories that try to explain the authorship concept.

Keywords: Authorship Concept. Evolution. Theories.

Referências

BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes:** uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no Direito Penal brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro.** 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GIMBERNAT ORDEIG, Henrique. **¿Tiene un futuro la dogmática juridicopenal? Estudios de derecho penal.** 3. ed. Madrid: Tecnos, 1990.

LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão.** Tomo I. Tradução: José Hygidio Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Bringuiet & C., 1899.

MEZGER, Edmund. **Derecho penal: libro de estúdio: parte general**. Tradução: Ricardo C. Núñez. Buenos Aires: 1958.

ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal.** Tradução: Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. 7. Ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.

SOLER, Sebastian. **Derecho penal argentino.** Tomo II. Buenos Aires: Tipografia Editora Argentina, 1992.

WELZEL, Hans. **Derecho penal: parte general.** Tradução: Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Política y dogmática jurídico penal. En torno de la cuetión penal.** Buenos Aires: B de F, 2005.

Referência do texto

SANTOS, Saulo. CARDOZO, Teodomiro Noronha. Evolução da autoria na dogmática jurídico-penal. **Revista da ESMAPE**, Recife, v. 17, n. 35, p. 371-384, jan./jun. 2012.

** Artigo recebido em: 18 abr. 2012. Aprovado em: 13 jun. 2012.*

Standards for

Normas para publicação

Normas para publicação de trabalhos

A Escola Judicial de Pernambuco - ESMAPE recebe trabalhos para serem analisados e, eventualmente, publicados na *Revista da ESMAPE*, que obedeçam às exigências:

1 Da apresentação

1.1 Serem inéditos, nos formatos impressos e eletrônicos. Trabalhos que tenham sido apresentados oralmente em congressos, seminários e eventos correlatos serão aceitos, desde que mencionem o evento em nota de rodapé.

1.2 Devem ser apresentados em papel branco, formato A4 (21,0 cm x 29,7 cm), digitados em word for windows, fonte times new Roman ou arial, tamanho 12, espacejamento 1½ entre linhas, vir acompanhados de cd-rom e duas cópias impressas. Não devem ser encadernados.

1.3 Conter no máximo 20 (vinte) laudas e as partes do trabalho serem subdivididas por numeração progressiva, conforme a ABNT/NBR-6024/2003, adotando-se algarismos arábicos. Os títulos das seções do trabalho devem ser alinhados na margem esquerda e não utilizar ponto ou hífen após o numeral, mas um espaço.

1.4 O trabalho deverá apresentar, logo após o título e subtítulo (se houver), o nome completo do autor, resumo curricular de, no máximo, 10

linhas, contendo sua situação acadêmica, títulos, instituições às quais pertence e exercício profissional atual.

2 Da estrutura do trabalho

O trabalho deverá obedecer à seguinte ordem:

I. Título e subtítulo(se houver)
II. Nome e titulação acadêmica
III. Resumo na língua vernáculo com até, no máximo, 250 palavras (NBR – 6028/2003), seguido de 4 palavras-chaves, separadas por ponto, que deverão indexar o artigo.
IV. Introdução
V. Desenvolvimento
VI. Conclusão
VII. Tradução do título do trabalho para a língua inglesa
VIII. Resumo na língua inglesa (abstract) com até, no máximo, 250 palavras (NBR–6028/2003), seguido de 4 palavras-chaves (key--words), separadas por ponto, que deverão indexar o artigo.
VIII. Referências – em ordem alfabética e normatizadas de acordo às normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT(NBR 6023/2002).

2.1 A *Revista da ESMAPE* adota para todas as subdivisões primárias e secundárias do trabalho o uso de negrito, utilizando-se as letras iniciais em maiúsculas, obedecendo às normas gramaticais.

2.2 Deve-se evitar o uso de negrito e sublinhado no corpo do trabalho. A *Revista da ESMAPE* adota o uso de negrito para destacar o título das obras citadas nas referências apresentadas no final do trabalho.

2.2 Todas as citações apresentadas no corpo do trabalho devem indicar a fonte e serem descritas de acordo a norma da ABNT (NBR 10520/2002). O autor poderá apresentar as citações no formato do sistema numérico (notas de rodapé) ou autor-data. Qualquer sistema escolhido deve ser usado em todo o trabalho.

2.2.1 De acordo com a NBR 10520/2002, toda a citação textual que ultrapassar três linhas deverá ser transcrita com recuo de parágrafo de, aproximadamente, 4 cm da margem esquerda, fonte 10, espaçamento simples, sem uso de aspas. Para destacar trechos da citação, usar negrito e a expressão – grifo nosso – entre parênteses. Deve-se evitar sublinhado e itálico (exceto para palavras estrangeiras).

2.2.2 O autor que adotar o sistema numérico (notas de rodapé), ao citar uma obra pela primeira vez no trabalho, deverá apresentá-la com todos os dados identificadores: autor, titulo, edição, tradução, local, editora, data e página onde a citação se encontra na obra original.

2.2.3 O autor que adotar o sistema autor-data poderá utilizar o numérico apenas para notas explicativas sobre o texto.

2.3 A lista de referências no final do trabalho é obrigatória.

2.3.1 Orientações básicas para elaboração de referências

2.3.1.1 Livros (trabalho monográfico)

a) Livro considerado como um todo

SOBRENOME DO AUTOR ACOMPANHADO DO PARENTESCO (SE HOUVER), prenome. Título do livro, subtítulo (se houver). Número da edição. Local: Editora, data de publicação, volume ou tomo, quantidade de páginas.

Exemplos:

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil, procedimentos especiais**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v.III, 486 p.

STOCO, Rui; FRANCO,Alberto Silva (Coord.). **Código penal e sua interpretação jurisprudencial.** 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 1 – parte geral, 2106 p.

b) Capítulo de livro

SOBRENOME DO AUTOR QUE ESCREVEU O CAPÍTULO ACOMPANHADO DO PARENTESCO (SE HOUVER), prenome. Título do capítulo. In: SOBRENOME DO AUTOR DO LIVRO, prenome. Título do livro; subtítulo (se houver). Número da edição. Local: Editora, data de publicação, volume ou tomo, quantidade de páginas.

Exemplo:

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Poder e justiça. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). **Direito e poder nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos: estudos em homenagem a Nelson Saldanha**. Burueiri: Manole, 2005.

Notas

– Edição: quando o livro se trata da primeira edição, não é necessário citá-la na referência.
Use: 12. ed. Não use: 12º edição ou 12º ed.

– Livros escritos por mais de três autores: cita-se o primeiro autor seguido da expressão, em latim, "et al.". Esta regra tem exceção em projetos de pesquisas e relatórios técnicos.

– Não use: "Referências Bibliográficas" para relação de livros consultados, incluindo trabalhos capturados na internet. Use: "Referências".

2.3.1.2 Periódicos (revistas)

a) Periódico considerado como um todo

TÍTULO DO PERIÓDICO. Local de publicação: Editor(a): ano de início da publicação – ano de encerramento (se houver).

Exemplos:

REVISTA DA ESMAPE. Recife: Esmape, 1996-.

REVISTA BRASILEIRA DE GEOGRAFIA. Rio de Janeiro: IBGE, 1939–.

b) Parte do periódico (fascículos, volume, números especiais) – regra

TÍTULO DO PERIÓDICO. Local de publicação: Editor(a), numeração do ano e/ou volume, número do fascículo, informações de períodos e datas de publicação.

Exemplo:

REVISTA DA ESMAPE. Recife: Esmape, v. 10, n. 22, jul./dez. 2005.

c) Artigo de periódico

SOBRENOME DO AUTOR QUE ESCREVEU O ARTIGO ACOMPANHADO DO PARENTESCO (SE HOUVER), prenome. Título do artigo. Título do periódico, local de publicação, numeração do ano e/ou volume, fascículo ou número, páginação inicial – páginação final, mês, ano de publicação.

Exemplos:

BARRETO, Ricardo Paes. Do não conhecimento dos aclaratórios meramente protelatórios por falta de adequação. **Revista da ESMAPE**, Recife, v. 1, n. 1, p.289-306, jun. 1996.

CARBONE, Artur; GALANTE, Luís Felipe. Delineamentos jurídicos sobre os contratos de utilização de embarcações. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, a.1, n.4, p.27-48, 2000.

Obs.: Não é necessário citar o(a) editor(a) para referência de artigo e não se adota a expressão "In".

d) Artigos capturados na internet – devem obedecer à regra de artigo, acrescidos de informações relativas à descrição física ou meio eletrônico.

RIBEIRO, P.S.G. **Adoção à brasileira:** uma análise sociojurídica. Dataveni@, São Paulo, a. 3, n. 18, ago. 1998. Disponível em:http://www.datavenia.inf. br/frame.artig.html>. Acesso em: 10 set. 1998.

Notas

– Para indicação do "mês", use a grafia abreviada até a terceira letra, exceto o mês de maio. Ex.: jan.,fev., mar., abr., maio, jun.

– Use "p." para designação de página. Não use "pág."

2.4 A última folha do trabalho deverá conter o nome completo do autor, endereço, telefone, fax e e:mail.

3 Das normas editoriais

3.1 O autor não será remunerado pela cessão e publicação de trabalhos.

3.2 Não serão publicadas monografias, dissertações e teses na íntegra.

3.3 Na última página do seu artigo, o autor deverá informar seu endereço residencial, telefones e endereço eletrônico.

3.4 Será publicado apenas um trabalho por autor em uma mesma edição.

3.5 Em seguida ao processo seletivo, o autor que tiver seu trabalho selecionado para publicação deverá comparecer à sede

da ESMAPE para revisá-lo, já no formato diagramado, e autorizar sua impressão.

3.6 O autor receberá dois exemplares da Revista da ESMAPE, edição que contou com sua colaboração.

3.7 Os artigos publicados podem ser reproduzidos total ou parcialmente, em formato impresso e/ou eletrônico, desde que citados o(s) nome(s) do(s) autor(es) e fonte de publicação original.

3.8 A seleção dos trabalhos é de competência do Conselho Editorial.

3.9 Os originais selecionados poderão ser submetidos à correção ortográfica e gramatical. Serão apreciados também pela Coordenação Técnica e Editorial, podendo ser adequados, caso haja necessidade, às normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT, a fim de obedecer à padronização e à linha editorial da Revista.

3.10 Os trabalhos recebidos não serão devolvidos.

3.11 A Revista da ESMAPE divulga assuntos de interesse jurídico-pedagógico. Os artigos são de responsabilidade dos respectivos autores, sendo resguardada a pluralidade de pensamento. Os conceitos emitidos não expressarão, necessariamente, a opinião do Conselho Editorial.

3.12 Toda a colaboração deverá ser remetida para:

Escola Judicial de Pernambuco
Revista da ESMAPE – Conselho Editorial – Biblioteca
Rua Imperador Pedro II, nº 221 – Santo Antônio – Recife – PE
CEP 50.010-240
revistadaesmape@gmail.com

ESCOLA JUDICIAL

PODER JUDICIÁRIO
Tribunal de Justiça de Pernambuco

Rua Imperador Pedro II, 221
Santo Antônio - Recife - PE | CEP: 50010-240
Fone: (81) 3181-5800

ISSN 1415-112X