

Volume 19 - n. 39
janeiro/junho 2014

ISSN 1415-112X

Revista da esmape

Publicação da Escola Judicial do
Tribunal de Justiça de Pernambuco

Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Pernambuco – EJUD-TJPE

ISSN 1415-112X



Revista da esmape

Publicação Científica e Semestral

Volumes 19 – n. 39
janeiro/junho 2014

Revista da Esmape – Recife – v. 19 – n. 39 – p. 001-222 – jan./jun. 2014

© Copyright by Escola Judicial do Tribunal de Justiça 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 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 dados indexadora



Revisão: Autores

Designer gráfico: Joselma Firmino de Souza

Tiragem: 600 exemplares

Correspondências para:

Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Pernambuco – EJUD-TJPE
Av. Imperador Pedro II, 221 – Santo Antonio – Recife – PE – CEP 50010-240
biblioteca@esmape.com.br

Revista da ESMape / Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Pernambuco
– EJUD-TJPE – Ano 1, n.1 (1996 –). – Recife : Esmape, 1996 –
v. Semestral
ISSN 1415-112X

1. Direito-Periódico. I. Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Pernambuco – EJUD-TJPE. II ESMape

CDD 340.05



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

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

Diretoria

Directors

Juiz José Ronemberg Travassos da Silva
Aperfeiçoamento de Magistrados

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

Diretor Geral

Desembargador Ricardo de Oliveira Paes Barreto

Filosofia do Direito

Prof. Dr. Alexandre Ronaldo da Maia Farias

Prof. Dr. Fernando José Borges Correia de Araújo

Prof. Dr. João Paulo Fernandes de S. Allain Teixeira

Prof. Dr. Nelson Saldanha

Direito Constitucional

Prof. Dr. André Vicente Pires Rosa

Profa. Dra. Dayse de Vasconcelos Mayer

Prof. Dr. Ivo Dantas

Prof. Dr. Walber de Moura Agra

Direito Administrativo

Prof. Msc. Breno Duarte Ribeiro de Oliveira

Prof. Msc. José Carlos de Arruda Dantas

Profa. Dra. Sabrina Araújo Feitoza Fernandes Rocha

Prof. Esp. Orlando Morais Neto

Direito Civil

Profa. Msc. Ana Cláudia Brandão de Barros Correia Ferraz

Prof. Msc. José André Machado Barbosa Pinto

Prof. Dr. Roberto Grassi Neto

Prof. Msc. José Ronemberg Travassos da Silva

Prof. Dr. Ruy Trezena Patu Júnior

Prof. Dr. Silvio Romero Beltrão

Conselho editorial

Editorial
committee

Direito Processual Civil

Prof. Dr. Alexandre Freire Pimentel

Prof. Dr. Leonardo Carneiro da Cunha

Prof. Dr. Lúcio Grassi de Gouveia

Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira

Direito Empresarial

Prof. Dr. Ivanildo de Figueiredo Andrade de Oliveira Filho

Prof. Msc. Ronnie Preuss Duarte

Prof. Msc. Roney José Lemos R. de Souza

Direito Ambiental

Prof. Dr. Andreas Joachim Krell

Prof. Dr. Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva

Direito Penal

Profa. Msc. Fernanda Moura de Carvalho

Prof. Dr. Flávio Augusto Fontes de Lima

Prof. Dr. Teodomiro Noronha Cardozo

Direito Processual Penal

Prof. Msc. Luiz Carlos Vieira de Figueiredo

Prof. Esp. (Desembargador) Mauro Alencar de Barros

Direito Tributário

Prof. Dr. Hélio Silvio Ourem Campos

Prof. Msc. José Viana Ulisses Filho

Direito da Infância e Juventude

Prof. Humberto Costa Vasconcelos Júnior

Prof. Esp. (Desembargador) Luiz Carlos de Barros Figueiredo

Coordenação Técnica, Editorial e Planejamento Gráfico

Bel. Esp. Joseane Ramos Duarte Soares

Editorial.....	11
<i>Editor's note</i>	

A República e a Carta de 1988 André Vicente Pires Rosa	15
--	----

O direito fundamental à razoável duração do processo e o novo Código de Processo Civil Breno Duarte Ribeiro de Oliveira	37
--	----

O formalismo moderado no Direito Administrativo disciplinar e a navalha de Ockham Dayse de Vasconcelos Mayer	49
---	----

O princípio da boa-fé objetiva na relação processual civil democrática: em busca de uma consolidação Felipe José Dias Martins da Rosa e Silva Gabriel de Oliveira Cavalcanti Filho	79
---	----

Da necessidade de utilização das inovações tecnológicas como mecanismo de combate à morosidade do processo judicial, em especial no Tribunal do Júri Hauler dos Santos Fonseca	91
---	----

Avaliação da empresa nos processos de inventário Ivanildo Figueiredo	109
--	-----

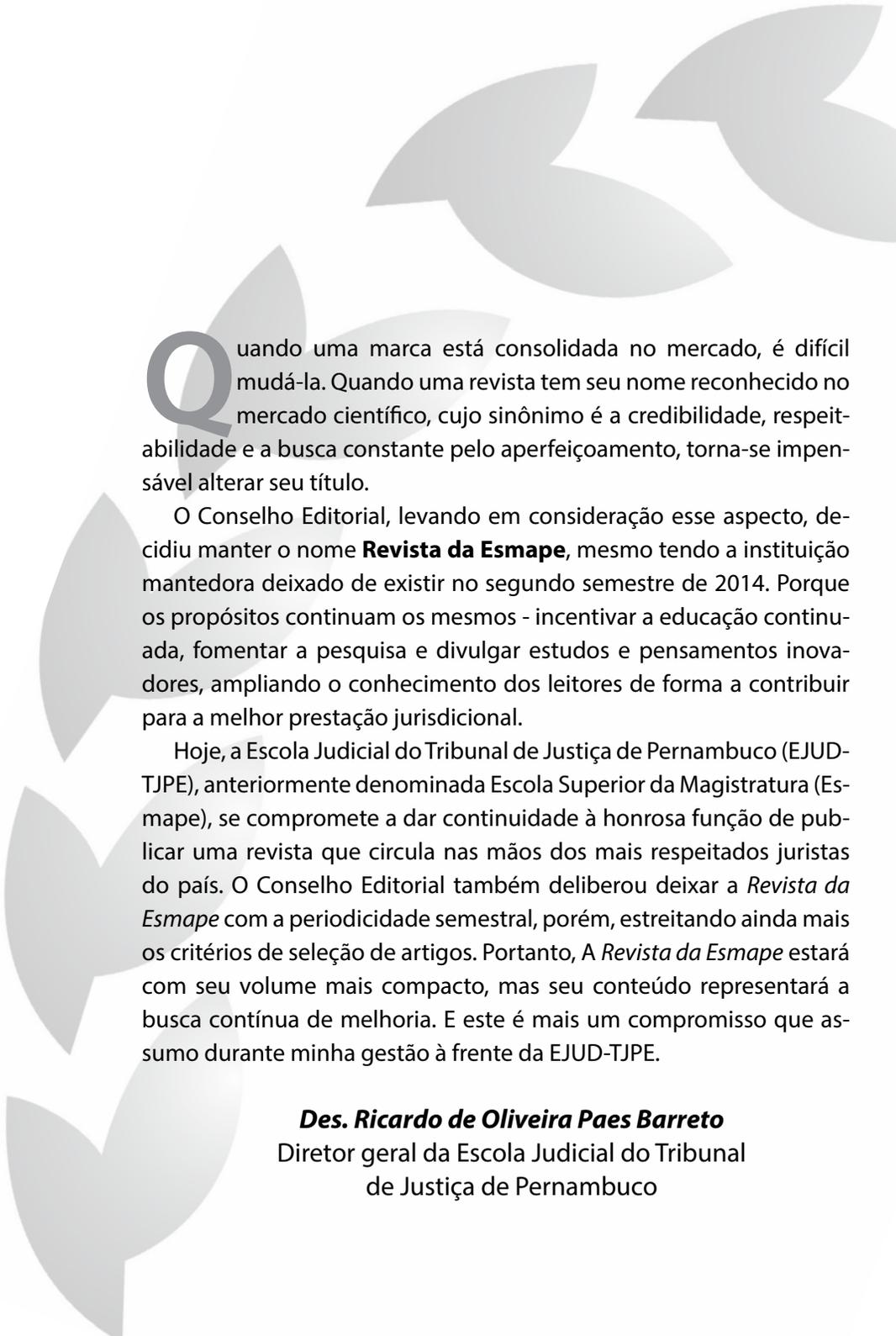
O rompimento do vínculo de convivência paterno-filial e sua estreita relação com a Síndrome de Alienação Parental: Consequências da decisão judicial que firma a obrigação da criança e do adolescente de conviver com o genitor não-guardião José Ronemberg Travassos da Silva	127
---	-----

Vedação do enriquecimento sem causa como fundamento, no direito brasileiro contemporâneo, da indenização de clientela ao agente não registrado em Conselho Regional ou com registro suspenso ou cancelado Rafael Cavalcanti Lemos	147
---	-----

Sumário

Contents

Sucessão do companheiro e do cônjuge no Código Civil de 2002 Rafael José de Menezes	175
Elementos para a interpretação dos contratos Silvio Romero Beltrão	189
Normas para publicação de trabalhos	215



Quando uma marca está consolidada no mercado, é difícil mudá-la. Quando uma revista tem seu nome reconhecido no mercado científico, cujo sinônimo é a credibilidade, respeitabilidade e a busca constante pelo aperfeiçoamento, torna-se impensável alterar seu título.

O Conselho Editorial, levando em consideração esse aspecto, decidiu manter o nome **Revista da Esmape**, mesmo tendo a instituição mantenedora deixado de existir no segundo semestre de 2014. Porque os propósitos continuam os mesmos - incentivar a educação continuada, fomentar a pesquisa e divulgar estudos e pensamentos inovadores, ampliando o conhecimento dos leitores de forma a contribuir para a melhor prestação jurisdicional.

Hoje, a Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Pernambuco (EJUD-TJPE), anteriormente denominada Escola Superior da Magistratura (Esmape), se compromete a dar continuidade à honrosa função de publicar uma revista que circula nas mãos dos mais respeitados juristas do país. O Conselho Editorial também deliberou deixar a *Revista da Esmape* com a periodicidade semestral, porém, estreitando ainda mais os critérios de seleção de artigos. Portanto, *A Revista da Esmape* estará com seu volume mais compacto, mas seu conteúdo representará a busca contínua de melhoria. E este é mais um compromisso que assumo durante minha gestão à frente da EJUD-TJPE.

Des. Ricardo de Oliveira Paes Barreto
Diretor geral da Escola Judicial do Tribunal
de Justiça de Pernambuco



Artigos

Articles

A República e a Carta de 1988

André Vicente Pires Rosa

Doutor em Direito. Professor da Universidade Federal de Pernambuco.

Juiz de Direito em Pernambuco.

Resumo

Em breves considerações, o artigo faz uma reflexão sobre os 25 anos de aniversário da Constituição Brasileira, promulgada em 05 de outubro de 1988, discorrendo sobre os fatos que levaram a Proclamação da República até chegar à Carta Cidadã.

Palavras-chave: Constituição de 1988. Carta Cidadã.

A Constituição Federal completa seus vinte e cinco anos. Mais um aniversário: um quarto de século. Sempre, em situações como essa, a data merece reflexões. Há o que comemorar? Certamente sim. A Carta Cidadã, trouxe-nos importantíssimas conquistas e nos mostra que as mudanças são possíveis. Mas nem tudo há de ser celebrado. Como toda obra humana contém virtudes e defeitos.

Esse aniversário, como a maioria dos anteriores, passou despercebido. Parece que a sociedade nem se lembra que nossa Carta Magna, suposto fruto de tantas esperanças e aspirações, completa duas décadas e meia de existência. Aliás, por vezes, parece que ninguém se recorda, sequer, que temos uma Constituição, nem o povo, nem o Estado.

Mas, nós, aqueles que mantemos com ela uma relação acadêmica ou profissional mais intensa, não podemos pactuar com esse olvido.

Talvez uma importante reflexão, dessas que a data merece, seja indagar exatamente o motivo ou os motivos desse *esquecimento*. Normalmente esquece-se algo quando não se o considera importante. Mas como explicar que a principal norma jurídica contendo as mais importantes bases de nossa convivência social e de nossa estrutura política não seja recordada, falada, discutida em nossa vida cotidiana?

Algumas outras normas estão diariamente em nossos discursos: o Código de Defesa do Consumidor, a Lei da Ficha Limpa, a Lei Maria da Penha, o Estatuto da Criança e do Adolescente, por exemplo. O que chama a atenção, no entanto, é que aquela que serve de fundamento para essas e tantas outras não seja, sequer, objeto de maior interesse popular e por que não dizer também dos meios jurídicos. Parece que a Constituição transformou-se, em sua relação com a sociedade, em um daqueles objetos decorativos que temos de possuir para que sejamos bem aceitos na comunidade internacional – como pode um Estado, um país, não ter Constituição? –mas que com ele temos pouca intimidade.

É essa uma questão dificilíssima que em sua integralidade não pode ser respondida no âmbito deste trabalho e nem pelo autor. No entanto, parece possível identificar ao menos uma realidade histórica que guarda intensa relação com o distanciamento, o desconhecimento e mesmo o desprezo que dispensamos a nossa Constituição. Refiro-me à Proclamação da República, ao contexto que levou ao Golpe de Estado de 15 de novembro de 1889 e as suas consequências.

A Proclamação da República

Começo não pela República como instituição, mas pelo verbo que a trouxe à realidade brasileira: proclamar.

No vernáculo, podemos encontrar os seguintes sentidos ao verbo: anunciar em público e em voz alta; aclamar com solenidade; tornar público; pronunciar publicamente e com grande entusiasmo; declarar enfaticamente; decretar uma lei; celebrar; exaltar; conferir em voz alta e em público o título ou epíteto; elevar (alguém ou a si mesmo) a nível de maior importância; arvorar-se em; converter-se em; gritar, dizer em voz alta.



Todos esses verbos sinônimos têm um ponto de conexão: eles comunicam, afirmam, explicitam algo que *já existe*. Eles tem efeito mais declaratório que constitutivo. Quando se proclama algo faz-se referência a alguma coisa que tem vida independente do ato formal da proclamação. Em outros termos, a proclamação não cria nada, mas reconhece o ser, a realidade existente.

Ao que tudo indica, esse verbo não deveria ter sido utilizado para identificar um dos atos mais importantes de nossa história. Um golpe de estado (e mesmo uma revolução) não anuncia algo que já existe; sua ação e sua força é exatamente no sentido contrário: o movimento vem para *apagar* o passado. É da essência dos movimentos de sublevação, insurreição, revolta, golpe, revolução, o rompimento com o ordem pretérita. É-nos bem conhecida a lição de que essas quebras jurídicas levam ao aparecimento do poder constituinte originário que haverá de criar uma nova realidade normativa e política sem vínculos jurídicos com a anterior. Porque o golpe se deu exatamente para mudar algo que a critério de seus protagonistas não estava adequado.

Então por que o uso do verbo proclamar? Aqui parece ter acontecido o mesmo que ocorre quando os ditadores, logo após tomar o poder, dizem que o fazem para o bem do povo ou para restabelecer a democracia. É a velha tentativa de amenizar com palavras a truculência e a ilicitude de seus atos. Temos disso exemplo recente: os militares não chamaram seu golpe de 1964 de *revolução*? Esse artifício a história conhece muito bem. É menos vergonhoso para os golpistas dizerem que com o seu ato de deposição da monarquia simplesmente *declararam* uma república preexistente do que afirmar que efetivamente cometeram uma afronta à Constituição de 1824 e às instituições vigentes.

Ocorre que isso é uma inverdade. Nada foi declarado; não houve proclamação alguma. O que se deu foi o estabelecimento de algo novo, tão inesperado que o povo, que em uma república deve ser o protagonista, assistiu ao movimento militar comandado pelo Marechal Deodoro “bestializado”.¹

Deu-se um golpe de Estado e dentre seus objetivos, um deles foi a instaurar a república, mas não o único. Não se pode esquecer que junto com ela vieram, ainda, a federação e o presidencialismo, para ficar apenas em dois exemplos. In-

1 “Em frase que se tornou famosa, Aristides Lobo, um dos propagandistas da República, manifestou seu desapontamento com a maneira pela qual foi proclamado o novo regime. Segundo ele, o povo, que pelo ideário republicano deveria ter sido protagonista dos acontecimentos assistira a tudo bestializado, sem compreender o que se passava, julgando ver talvez uma parada familiar.” Carvalho, José Murilo de. *Os Bestializados*, São Paulo, Companhia das Letras, 2011, p. 09.

teresses, portanto, além do estabelecimento da república, estavam presentes no movimento e, evidentemente, parte do apoio aos golpistas veio de quem defendia também esses outros objetivos.

Talvez valha a pena uma breve reflexão sobre o discurso do Marechal Deodoro da Fonseca quando, à frente dos militares insurgentes, assume o poder e depõe o grande imperador². Em seu pronunciamento, dois aspectos chamam-me a atenção.

Primeiro. O chefe do movimento não menciona em toda sua fala uma vez sequer a palavra “república”. Ele afirma, em tom resoluto, que “o povo, o exército e armada nacional, em perfeita comunhão de sentimentos com os nossos concidadãos residentes nas províncias, *acabam de decretar a deposição da dinastia imperial e conseqüentemente a extinção do sistema monárquico representativo [...]*”.

A monarquia foi deposta, mas nada disse sobre a instauração da república. Talvez o fato de sempre ter sido um monarquista e amigo de Dom Pedro II o tenha impedido de fazê-lo. É sabido que o Marechal, de início, pretendia apenas a deposição do Gabinete chefiado pelo Visconde de Ouro Preto, acusado de não valorizar os militares, acirrando, assim, mal-estar que vinha desde o fim da Guerra do Paraguai. Deodoro, contudo, nunca, propugnara a extinção da própria monarquia.

2 Eis a íntegra do discurso de posse do Marechal Deodoro da Fonseca quando assume, após o golpe, a chefia do governo provisório: “Concidadãos – O povo, o exército e armada nacional, em perfeita comunhão de sentimentos com os nossos concidadãos residentes nas províncias, acabam de decretar a deposição da dinastia imperial e conseqüentemente a extinção do sistema monárquico representativo. Como resultado imediato desta revolução nacional, de caráter essencialmente patriótico, acaba de ser instituído um governo provisório, cuja principal missão é garantir, com a ordem pública, a liberdade e os direitos dos cidadãos. Para comporem esse governo, enquanto a nação soberana, pelos seus órgãos competentes, não proceder à escolha do governo definitivo, foram nomeados pelo chefe do poder executivo da nação os cidadãos abaixo assinados. Cidadãos – O governo provisório, simples agente temporário da soberania nacional, é o governo da paz, da liberdade, da fraternidade e da ordem. No uso das atribuições e faculdades extraordinárias de que se tenha investido para a defesa da integridade da pátria e da ordem pública, o governo provisório, por todos os meios a seu alcance, permite e garante a todos os habitantes do Brasil, nacionais e estrangeiros, a segurança da vida e da propriedade, o respeito aos direitos individuais e políticos, salvas, quanto a estes, as limitações exigidas pelo bem da pátria e pela legítima defesa do governo proclamado pelo povo, pelo exército, pela armada nacional. Cidadãos – As funções da justiça ordinária, bem como as funções da administração civil e militar, continuarão a ser exercidas pelos órgãos até aqui existentes, com relação ao ato na plenitude dos seus efeitos; com relação às pessoas, respeitadas as vantagens e os direitos adquiridos por cada funcionário. Fica, porém, abolida, desde já, a vitaliciedade do senado e bem assim abolido o conselho de estado. Fica dissolvida a câmara dos deputados. Cidadãos – O governo provisório reconhece e acata todos os compromissos nacionais, contraídos durante o regime anterior, os tratados subsistentes com as potências estrangeiras, a dívida pública externa e interna, os contratos vigentes e mais obrigações legalmente estatuídas. Marechal Manoel Deodoro da Fonseca, chefe do governo provisório.”

Onde, aqui, nessa manifestação, a demonstração clara de que se estava a proclamar a República? É bem verdade que o Primeiro Decreto do Governo Provisório, de 15 de novembro de 1889, já no seu primeiro artigo estabelece que “fica proclamada provisoriamente e decretada como forma de governo da Nação brasileira – a República Federativa.” Mas, esse dispositivo legal gera mais uma curiosa indagação: por que a proclamação foi *provisória*? Havia dúvidas?

Segundo. Ainda analisando o parágrafo transcrito. Afirma o chefe militar que “o povo [...] em perfeita comunhão de sentimentos *com os nossos concidadãos residentes nas províncias [...]*”. Existia o povo e os concidadãos que residem nas províncias? Eram pessoas distintas quanto à sua capacidade jurídica e política? Eram duas categorias de brasileiros, os da capital e os demais? Seria isso apenas um erro lógico? É claro que também se pode interpretar como uma referência a todos, uma espécie de reforço retórico. Todavia não deixa de levantar a dúvida acerca do fato de estarem todos os brasileiros unidos em torno dos ideais que informaram o golpe.

Esse é o primeiro ato formal adotado pelos militares após a *proclamação*. Deve-se perdoar suas eventuais imprecisões técnicas; mas não mencionar a república e referir-se desse modo ao povo é bastante sintomático e reforça a tese de que o elemento republicano, quiçá, não estivesse muito bem posto, ao menos na cabeça do Marechal. Talvez fosse-lhe algo conflituoso e que não lhe permitisse adotar os ideais com o mesmo denodo de outros integrantes do movimento.³

Ao que parece a república não apareceu entre nós pelas suas próprias virtudes. Não que não as tenha; ao contrário, certamente não há regime que possa com ela competir. Refiro-me à nossa República e como ela aqui se instalou. A ideia que me parece mais acertada é a de que primeiro a monarquia iniciou sua precipitação, antes que o vigor dos valores republicanos irrompessem. A monarquia ruiu sobre seu próprio peso. Dom Pedro II, mesmo com seu excepcional caráter de homem público, não foi capaz de evitar importantes desgastes sofridos por seu reinado. Sua própria imagem sofreu abalos de que nunca se recuperou. A saúde combalida do Imperador, a dificuldade de escolher um sucessor para o trono, tudo isso somado às questões Religiosa e Militar, ao discutido uso do Poder Moderador, à alternância dos partidos políticos na formação dos gabinetes e à Abolição da Escravatura sem res-

³ Relutante Deodoro com relação a dar o golpe que derrubaria a Monarquia, Benjamin Constant acabou por convencê-lo. Após ouvir o grande articulador da República manifestou-se: “Eu queria acompanhar o caixão do Imperador, que está velho e a quem respeito muito... Ele assim o quer, façamos a República. Benjamin e eu cuidaremos da ação militar; o Sr. Quintino e os seus amigos organizem o resto.” MONTEIRO, Tobias. **Quinze de Novembro**. In: MENEZES, Djacir. **O Brasil no Pensamento Brasileiro**. Brasília: Senado Federal, 2011. p. 675.

sarcimento aos fazendeiros, fizeram com que o monarca perdesse sua sustentação, ainda que o povo o tivesse na mais alta conta. O apoio dos que não tinham poder político e força militar não lhe bastou para a manter a monarquia⁴.

Ao longo de nossa história, desde o descobrimento, nunca tivemos um movimento revolucionário, uma sublevação, uma insurreição, ou mesmo um golpe de estado que envolvesse todo nosso território e vinculasse pessoas de norte a sul, de leste a oeste através de objetivos comuns. Os movimentos sempre foram localizados, com maior ou menor repercussão, mas sempre em espaços geográficos definidos e por períodos relativos pequenos, salvo, quanto ao aspecto temporal, raras exceções como a Revolução Farroupilha que durou aproximadamente dez anos.

Os objetivos dos levantes basicamente centravam-se nas ideias de independência com relação a Portugal, independência com relação ao *resto* do Brasil, republicanas e abolicionistas. Como exemplo podem ser citados respectivamente, o movimento de 7 de Setembro de 1822, a Confederação do Equador, de 1824, a Inconfidência Mineira de 1789 e a Revolução dos Alfaiates de 1798. Essas e dezenas de outras manifestações ocorridas até a *Proclamação* da República mostram claramente que nossa história não foi tão pacífica como se pode supor. Mas também demonstram, como dito, que o círculo de influência de cada uma delas foi sempre limitado a uma pequena parcela de nosso território. Talvez a imensidão de nossas fronteiras e a diversidade étnica das populações de nossas províncias tenha contribuído decisivamente para que os movimentos e os seus respectivos ideais não se disseminassem em ampla extensão.

Com relação especificamente à república, costumam apontar os historiadores a Inconfidência Mineira como o mais importante levante. Mas, mesmo ela previa

4 "Em suma, o Império não caiu em virtude do ataque levado ao trono pelos republicanos; caiu, porque não encontrou defensores em seu último momento." PANDIÁ CALÓGERAS, João. **Formação Histórica do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2009. p. 336.

A demonstrar o descrédito e isolamento que entrara nossa monarquia, valioso o depoimento de Afonso Celso em discurso na Câmara dos Deputados no ano de 1886:

"Não há uma classe, um grupo de homens diretamente interessados na manutenção do regime monárquico. Qual a classe mais poderosa e aristocrática do país, a qual incumbia por índole e por interesse manter a instituição? A Lavoura? Mas, não há dois anos, vimo-la agredir de um modo descomunal o Imperador e a exorbitância de seus poderes, porque injustamente o presumia o impulsor do movimento abolicionista do país, movimento que ainda mais injustamente supunha lhe ser prejudicial. Isto prova que qualquer agitação mais séria contra a monarquia encontrará as adesões gerais ou nenhuma resistência, e triunfará necessariamente. O orador tem viajado bastante pelo interior do país: ainda não encontrou um monarquista de convicção, um homem disposto a pegar em armas e derramar seu sangue para defender o governo. Junte-se a este fato inegável a natural expansão do ideal democrático, que mostra ser uma anomalia absurda a permanência de um trono na América, e concordar-se-á em que se faz mister ir preparando o espírito público para uma nova forma de governo. Esse papel compete aos liberais, que devem ter a nobre isenção de proclamá-lo sem rebuços." LICÍNIO CARDOSO, Vicente. *À Margem da República*. In: **À Margem da História da República**. Brasília: Editoria Universidade de Brasília, 198. tomo II, p. 98.



que o sucesso do movimento reuniria apenas Minas Gerais, São Paulo e Rio de Janeiro, sem pretensões para o resto do território da colônia.

Além da circunscrição espaço-temporal, outra característica parece somar-se aos nossos movimentos republicanos anteriores à Proclamação: o caráter *reativo*. Apareciam em momentos onde se fazia necessária *uma reação* aos excessos praticados pela metrópole, pelo rei e depois pelos imperadores. Quando a pressão era insuportável a ideia de república era a opção. Mais como defesa do que como a construção de uma nova realidade política. Nos momentos em que a monarquia se comportava dentro dos limites considerados aceitáveis, não se falava em derrubar o regime régio, substituindo-o pelo republicano.

Naqueles momentos em que a monarquia exigia demasiado, as pretensões dos movimentos sempre eram a diminuição de carga tributária, a conquista de maior autonomia política, a reação aos abusos praticados por determinadas autoridades, o reconhecimento de certos e limitados direitos. Repita-se: sempre pareceram uma tentativa de oposição a um regime que no momento lhes era desfavorável. Não houve um projeto de construção da ideia republicana fosse ele paulatino ou abrupto.

Na própria Inconfidência Mineira, ainda que houvesse um discurso republicano e anticolonialista expresso, não se pode olvidar que motivos econômicos, exigências tributárias com verdadeiro caráter confiscatório, a *derrama* era exatamente isso, influenciaram bastante os propósitos dos inconfidentes.

Portanto, os movimentos republicanos anteriores a 1889, foram efêmeros, localizados geograficamente e, como dito, reativos⁵. Quando se instaurou a República entre nós, curiosamente, não havia nenhum desses movimentos; não estávamos em meio a nenhuma revolta, revolução, insurreição ou sublevação. Aliás, ao que tudo indica não havia, então, qualquer levante popular. O último que se tem notícia antes da *Proclamação* foi a Revolta do Vintém, ocorrida em março de 1883 na cidade de Curitiba, onde se discutia, basicamente, o imposto sobre rendas.

5 Esse caráter reativo dos movimentos republicanos fica evidente inclusive no momento exato da Proclamação. Novamente se percebe uma insatisfação com o atuar da Monarquia, agora em grau muito elevado, e a República aparece como a opção definitiva, apesar das dúvidas do Marechal Deodoro:

"A irritação militar tinha chegado ao extremo durante o Ministério Ouro Preto e os homens de ação do partido não hesitavam em aumentá-la, aprofundando por todos os meios as dissensões entre o governo e os oficiais, certo de que só daí a república poderia surgir depressa e segura [...] Deodoro hesitava e havia muito tempo que o conciliábulo prosseguia sem que ele proferisse a palavra definitiva, se encabeçaria ou não o movimento para proclamar a República. Na sua opinião a questão era simplesmente militar e bastava ao Exército derrubar o Ministério." MONTEIRO, Tobias, *op. cit.* p. 672-674.

Era, pois, uma época de relativa calma, salvo pelas questões antigas, acima referidas, que traziam as insatisfações em vários segmentos da sociedade e que acabaram por minar o Segundo Império.

Portanto, a República chega em um momento inesperado para o povo – o “povo bestializado” – e surpreendeu não só os habitantes da capital do império, que a tudo assistiam sem muito entender, como também, certamente, aos moradores dos mais distantes rincões de nosso território. Parece não haver dúvidas de que a não ser certos setores das Forças Armadas e alguns indivíduos próximos aos militares, o restante da sociedade não tinha ideia de que iria ocorrer no dia da *Proclamação*. Mas, mesmo após o golpe, sequer os militares tinham certeza de que a República estava instaurada. Segundo Tobias Monteiro,

Enfim, a 15 de novembro tudo concorreu para o triunfo; mas à tardinha ainda muitos republicanos andavam inquietos, na ausência de um ato positivo que proclamasse a República. De boca em boca passavam confidências, receios de uma desilusão. Dizia-se que depois do fato consumado os chefes do movimento militar tinham encarado a gravidade da situação e hesitavam em arcar com as responsabilidades de uma subversão do regime....⁶

Não há dúvidas de que nossa monarquia estava em uma curva descendente com relação à sua aceitação por vários segmentos da sociedade, como antes referido. No entanto, derrubá-la era uma possibilidade, mas não a única. O próprio Deodoro ponderava se não era o caso simplesmente de mudar o Gabinete e preservar o Trono. Mas, como afirmou Pandiá Calógeras “[...] de fato, a República, em sua constituição, deu a melhor das respostas à crítica unânime dos partidos monárquicos quanto ao imperador, no tocante ao seu muito acusado e malsinado poder pessoal, o Poder Moderador.”⁷

Mesmo entre os republicanos convictos havia a discussão acerca do momento em que se deveria instaurá-la: alguns pretendiam, talvez como o próprio Marechal, que a *proclamação* se desse após a morte do velho e doente Imperador. Quiçá pela respeitabilidade e pelo reconhecimento da grandeza pública de Dom Pedro II.

Um reflexo claro de todas essas dúvidas e incertezas quanto ao estabelecimento da República e de quando fazê-lo ficou evidente com a discussão, entre os republicanos, de o que fazer com o Imperador e Família Real após o golpe: matá-los

6 Op. cit., p. 677-678.

7 Op. cit., p. 335.

ou enviá-los ao exílio. Sabe-se que prevaleceu a segunda opção e na madrugada seguinte, a bordo do vapor Alagoas, seguiram para a Europa. Por que de madrugada? Queriam evitar que o povo impedisse a viagem sem volta?

Ao que parece, por aqueles tempos, o povo em geral não tinha grandes, especiais e novos motivos para ansiar pelo fim da Monarquia e nem para depor um Imperador tão respeitado como Dom Pedro.⁸

Com relação aos direitos que o Segundo Império garantia aos cidadãos, ao menos formalmente, o rol era bastante satisfatório para a época e a República não trouxe melhorias consideráveis nesse aspecto, exceto, evidentemente, os direitos relacionados à participação popular na escolha dos representantes políticos. Basta que se comparem os artigos 173 e seguintes da Constituição de 1824 e 72 e seguintes da Carta de 1891 para que se constate que uma eventual ampliação de direitos do povo não era uma preocupação dos golpistas e nem uma pretensão popular.

Os republicanos mais ativos, em regra, ao menos os mais conhecidos pela nossa historiografia, faziam parte de certos e determinados grupos. Ela interessava aos militares, sobretudo aos mais jovens, sob a enorme influência do professor Benjamin Constant – os militares de altos postos de comando, mais velhos, eram em sua grande maioria monarquistas –, aos que professavam as convicções positivistas, a certos profissionais liberais, aos proprietários rurais insatisfeitos com a abolição da escravatura, com a não indenização pelos escravos alforriados e com o pouco poder político que possuíam.

Esses últimos, verdadeiros *republicanos de última hora*, detinham o capital, mas haviam recebido um duro golpe da monarquia com o fim da escravidão.⁹ Não havia mais motivo para apoiar um trono que lhes trouxe um grande prejuízo econômico e cujo Imperador concentrava poder, impedindo, em grande medida que exercessem a influência política que desejavam em suas províncias. Parece que

8 “D. Pedro II governou o Brasil de 23 de julho de 1840 a 15 de novembro de 1889. Foram 49 anos, três meses e 22 dias, quase meio século. Assumiu o poder com menos de quinze anos em fase turbulenta da vida nacional, quando o Rio Grande do Sul era uma república independente, o Maranhão enfrentava a revolta da Balaiada, mal terminara a sangrenta guerra da Cabanagem no Pará, e a Inglaterra ameaçava o país com represálias por conta do tráfico de escravos. Foi deposto e exilado aos 65 anos, deixando consolidada a unidade do país, abolidos o tráfico e a escravidão, e estabelecidas as bases do sistema representativo graças a ininterrupta realização de eleições e à grande liberdade de imprensa. Pela longevidade do governo e pelas transformações efetuadas em seu transcurso, nenhum outro chefe de Estado marcou mais profundamente a história do Brasil.” CARVALHO, José Murilo de. **D. Pedroll**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 09.

9 Como afirma Hebe Mattos, “[...] Muitos dos recém-libertos, agora cidadãos, tornaram-se convictos monarquistas, tomando parte da Guarda Negra, criada após a abolição em defesa da princesa e dos direitos dos libertos, com apoio de José Patrocínio. Paralelamente, boa parte dos seus se transforma em republicanos e exigia indenização. Eram os republicanos do 14 de maio”. In: **História do Brasil Nação: 1808-2010**: v.3, A Abertura para o Mundo: 1889-1930, p. 88.

a chamada “política do café com leite”, havida após a instauração da República demonstra isso: os fazendeiros mais ricos do Brasil, paulistas e mineiros revezando-se na chefia da União.

Chega-se assim a uma conclusão possível e provável: a república, para alguns, foi a porta que se abriu para que deixássemos de ser um Estado unitário e nos convertêssemos em uma federação.¹⁰ Nessa perspectiva, a república, repita-se, para alguns, era meio e a federação fim. Havia, inclusive, quem defendesse a federação sem a república: Rui Barbosa, inicialmente, defendia o estado federal apenas. Províncias com autonomia política, estados federados, servia muito melhor ao propósito das oligarquias políticas que pretendiam desenvolver e expandir seus poderes econômicos e políticos.

É evidente que não se objetivava apenas o estabelecimento da federação, a Monarquia, pelas razões já expostas, estava com seus dias contados. No entanto, o que não se pode negar é que não se viu na manifestação daqueles que implementaram o golpe um verdadeiro *projeto republicano*. Era mais claro ver que não se queria a continuidade do trono do que aquilo que se pretendia com a mudança do regime.¹¹

Por isso, não se pode concordar integralmente com análises como aquela feita por Tristão de Athayde:

[...] A indiferença do povo na proclamação da República, entre nós, é um desses problemas. Mas a explicação não estará em grande parte, no fato de que a República já vinha de longe? O 15 de novembro foi uma data. E uma convulsão aguda. Mas o espírito republicano vinha de tempo mais remoto. Aquele jogo normal das instituições, o equilíbrio dos partidos, a paz exterior, a nobre figura de Pedro II, abdicando cada vez mais do seu caráter imperial, a liberdade crescente da opinião, o abolicionismo inflamado, todo o idealismo republicano que, bem ou mal, germinou e floresceu nesse período de ordem e tranquilidade, em que o Brasil marcou, como em nenhum outro momento de sua história, os traços essenciais de sua figura moral – tudo indica que a monarquia tinha cedido à república, e que as formas do

10 Os que assinaram o “Manifesto Republicano de 1870”, deixaram expresso o enorme valor que davam à federação: “No Brasil, antes ainda da ideia democrática, encarregou-se a natureza de estabelecer o princípio federativo. A topografia do nosso território, as zonas diversas em que ele se divide, os climas vários e as produções diferentes, as cordilheiras e as águas estavam indicando a necessidade de modelar a administração e o governo local acompanhando e respeitando as próprias divisões criadas pela natureza física e imposta pela imensa superfície de nosso território [...]” (grifei).

11 “Examinados, serena e severamente, os acontecimentos que exigiram a instituição da República, força é convir na verdade contida na asserção humilhante: a República não nos trouxe nenhum idealismo congênito. Conseqüência política da evolução social sob o ideal abolicionista, o novo regime fixou apenas na carta constitucional pequenas ideologias, sem deixar sequer esboçado o verdadeiro idealismo orgânico e construtor nacional”. LICÍNIO CARDOSO, Vicente, op. cit., p. 95.



passado apenas se prolongavam por inércia. A mudança de 89 não representou inteiramente um regime novo. Não foi grande, por assim dizer, a solução de continuidade dos homens ou nas idéias. E o Brasil apenas perdeu, em 89, um quadro de disciplina e um exemplo de moralidade que só mais tarde veio a deplorar, platonicamente. É inexato, portanto, atribuir ao 15 de novembro uma importância excessiva. O país aceitou silenciosamente a República, pois já vivia em república.”¹²

Não se pode concordar com esse posicionamento em dois aspectos. Primeiro porque o autor parece afirmar que as virtudes de nossa monarquia constitucional eram os indícios de sua debilidade. O trono de Dom Pedro II foi sendo desvitalizado por outras razões, antes referidas, e não pelo “jogo normal das instituições, o equilíbrio dos partidos, a paz exterior, a nobre figura de Pedro II, abdicando cada vez mais do seu caráter imperial, a liberdade crescente da opinião, o abolicionismo inflamado [...]”. Esses eram aspectos positivos de nosso regime monárquico. Ao agir assim, atuava como era devido. Segundo, porque o fato reconhecido amplamente da perda de força e de sustentação do Imperador, não nos leva necessariamente à República, entendida em seus altos valores. Tanto isso é verdade que a sua introdução formal entre nós se deu através de um golpe de Estado e não, por exemplo, por meio de uma revolução. Insistimos na tese de que a Monarquia fragilizada abriu espaço para que a República chegasse e não que essa tenha se imposto por sua potência própria.

Portanto, distintos interesses, valores, ideais, propósitos influenciaram os republicanos e aqueles que por conveniências (e não por convicção) a eles aderiram para juntos deflagrar ou apoiar o golpe de 15 de Novembro. O povo nas ruas a tudo isso assistiu *bestializado* sem ser o protagonista. Oliveira Viana pôs em destaque, com relação à República, a nossa, uma vez mais, crônica passividade e ignorância frente às grandes decisões políticas da história brasileira:

O golpe do Quartel-General fora uma surpresa, não dizemos já para a Nação em geral, mas mesmo para a cidade em geral. Dos habitantes desta grande capital, ninguém esperava por aquilo, ninguém sabia o que aquilo era, ninguém compreendia aquilo [...] O povo, o nosso povo, se mostrou, como sempre, indiferente às formas de governo: aceitou a República, como aceitaria amanhã o regime bolchevista, ou o fascismo italiano.¹³

12 ATHAYDE, Tristão de. Política e Letras. In: LICÍNIO CARDOSO, Vicente (org.), À Margem da História da República. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981. tomo II, p. 57.

13 VIANA, Oliveira. **O Ocaso do Império**. Brasília: Senado Federal, 2010. p. 166.

Em 1924, trinta e cinco anos após a Proclamação da República, Vicente Licínio Cardoso, em um texto que vale ser parcialmente transcrito, recordava de modo sintético o contexto em que se deu o golpe, não da perspectiva dos seus protagonistas, mas daquilo que éramos como sociedade:

O Brasil é o símbolo concreto de todas as nossas riquezas em potencial para o futuro. Ele é, porém, também o símbolo vivo de todas as nossas dificuldades, gravíssimas e tenebrosas do presente.

E o que era em 89?

Um ambiente social sem coesão, constituído de forças sem componentes definidas, um mundo social em formação, em suma: um caos de insuficiências adicionado por um complexo veemente de componentes flácidas sem uma resultante categoria final.

[....]

“Falta-nos coesão, densidade social; faltam-nos peças de ligação imprescindíveis, tecidos sociais econômicos fundamentais; faltam-nos, em suma, órgãos aparelhadores que nos pudessem facilitar e garantir a unidade nacional almejada de um organismo de flexibilidade social escassa, perdendo energias – já de si mal cultivadas – em atritos e resistências passivas formidáveis. E falta-nos, de outro lado, uma consciência brasileira, por isso que temos vivido em arte, em ciência, em política ou em filosofia a fazer importação daquilo que foi produzido na Europa, com a mesma sem-cerimônia com que recebemos de fora o trigo, a máquina a vapor, o óleo, o cimento, o aço, as modas ou os perfumes caros.¹⁴”

Em suma, o que se quer dizer é que não existe verdadeira República sem que exista um povo que cultive seus princípios. Não basta um norma decretando-a, não adianta *proclamá-la* se ela não existe. E, se o povo já professa seus valores, desnecessário um golpe de Estado para implantá-la. Portanto para que exista uma República (*res publica*), para que exista um regime em que *a coisa seja do povo, o povotemdeser o dono da coisa*. Dito de outro modo: para que exista república deve haver a *coisa*, o *povo* e um liame entre eles caracterizado por uma espécie de *propriedade* deste em relação àquela. Nesse contexto podemos dizer que a coisa é o Estado. O povo, por sua vez, é um termo de complexa definição e aqui não é o sítio adequado para aprofundá-la. Satisfaz-nos, contudo, dizer que são as pessoas que se vinculam jurídica e politicamente ao Estado, enquanto entidade formal, e que através do citado liame colocam dita entidade a realizar seus

14 Op. cit., p. 103-104.



objetivos, necessidades e desejos; o Estado a serviço do povo. É evidente que não existe Estado sem povo, mas em um Estado-República não basta haver povo: é necessário que esse povo tenha uma espécie de título que lhe garanta que a entidade estatal atuará a partir de suas definições e não de uma minoria que tenha se apossado do Leviatã. Em palavras muito simples: o povo tem de ser o dono do Estado e estar no comando de suas atuações.

Desse modo, para que se possa caracterizar um Estado como República a pergunta que se há de responder é se ali existe um povo capaz de dirigir-lhe. Por isso para que haja povo, nesse sentido, não basta a existência de pessoas vinculadas ao Estado, mas é imprescindível que elas estejam aptas e qualificadas para a assunção dessa função seja diretamente ou através de seus representantes.

Tínhamos em 15 de Novembro de 1989 um povo com essas qualidades? É indiscutível que o Brasil possuía pessoas com essas características; mas essas pessoas formavam uma minoria ou representavam a média dos brasileiros? Vicente Licínio Cardoso apresenta sua resposta a essa importante questão:

Certamente, o que se chama povo entre as nações civilizadas, não tem existência real no Brasil, analfabetos que são os maiores milhões de nossa população. E certo, ainda, não havia naquela época – como não há hoje senão escassamente – o que se poderia chamar a educação republicana das elites[...]¹⁵

Se agora juntamos o fato de que nossos movimentos revoltosos de caráter republicano foram sempre limitados no tempo e no espaço, de caráter reativo e sem um projeto nacional, uma monarquia fragilizada e setores importantes da sociedade descontentes com o trono, podemos perfeitamente afirmar que a República que se instaurou com o golpe, pondo fim a quase trezentos e noventa anos de Monarquia, não encontrou uma população familiarizada com a noção de coisa pública, coisa do povo.

Em toda nossa história, ao menos até a *Proclamação*, a coisa nunca foi do povo, a coisa nunca foi pública. Ao contrário, sempre o privado esteve em primeiro lugar. Aqui não é o local apropriado para aprofundar esse ponto, mas o fato de que os *brasileiros* desde a colonização tenham ficado aqui à própria sorte talvez tenha contribuído bastante para a construção dessa realidade. Portugal, um país de pequeno território, longe da colônia, sem grande popula-

¹⁵ Op. cit., p. 102.

ção, sem poderosas forças armadas, com pouco poder político na comunidade internacional, quase sempre envolvido em conflito, não podia estar mais presente na imensa colônia de além-mar e sua presença sempre foi para deixar claro que aqui era uma colônia de onde se deveria tirar o máximo de proveito econômico. Éramos uma empresa em todos os sentidos e o objetivo era evidentemente o lucro a ser obtido com o menor esforço possível. Não fosse a invasão de Napoleão em Portugal, que obrigou a Família Real a aportar aqui em 1808, talvez não tivéssemos conseguido tão cedo os benefícios sociais e econômicos que a condição de Reino Unido nos proporcionou.

No início após o *descobrimento*, sozinhos, contavam os colonizadores apenas consigo mesmos. Os engenhos com suas casas-grandes e suas senzalas eram feudos praticamente autosuficientes. Além de não dependerem, ou dependerem pouco do mundo exterior, a verdade é que não tinha com quem contar. O mundo exterior ou era perigoso ou deveria ser explorado, nunca um aliado. No ciclo do ouro ou do café nada foi muito diferente.

O privado sempre foi mais importante que o público. Talvez nossa maior referência de *coisa pública* fossem as propriedades da Coroa, mas mesmo essas pareciam muito mais um bem particular do rei do que algo de um povo. A Colônia não tinha noção do que era uma *república* e não se criou um ambiente onde essa ideia se desenvolvesse.

De alguma forma fomos demasiadamente impregnados com uma nociva, egoística e improfícua noção de propriedade privada: uns são os donos de tudo, outros não têm nada. A escravidão era um exemplo disso: a propriedade privada que se estende ao ponto de uns terem direitos inclusive de vida e morte sobre outros.

Nesse contexto *sou eu e os meus*. Eu, minha família, meus amigos, meus bens, meu poder, meu lucro, meus partidários. Pensar no outro é deixar de pensar em si; é perder. No entanto, pensar no outro é espírito público e não privado; mas como pensar no outro em uma terra em que todos têm que lutar praticamente sozinhos pela própria sobrevivência? O Estado ou outra instituição não nos deu o exemplo de que é possível pensar no outro e em conjunto. As Capitâncias Hereditárias foram os primeiros e máximos exemplos da entrega daquilo que poderia ser considerado público para o privado ou daquilo que era do rei para os particulares. O público desaparecia em favor do privado. Isso mudou muito pouco,



essencialmente, até o 15 de Novembro. Nesse ambiente, um *discurso republicano* ficava realmente sem sentido.

Após o golpe, durante os séculos XIX e XX, mais de duas dezenas de movimentos de insurreição se deram no Brasil a demonstrar que a República tal como foi conduzida não teve a capacidade de pacificar todos os quadrantes desse nosso imenso país. Não era para menos: o que esperar de uma República que veio pela mão militar? Não se pode nunca esquecer a vetusta lição, tão bem lembrada por Eduardo Prado:

A ausência da obediência passiva no exército significará sempre, cedo ou tarde, a escravização do povo à força armada. Perdida a noção de obediência, perdida ficará também a concepção justa do destino dos exércitos, que são criados para a defesa externa e interna das sociedades, e não para dominá-las. Os povos que tiverem a desgraça de possuir um exército de políticos, onde a obediência seja ainda objeto de dúvidas e de discussões, estão fatalmente destinados a perder a liberdade [...].¹⁶

A Constituição de 1988

Nossa sétima Constituição do período Republicano completa vinte e cinco anos de existência e desde a *Proclamação* passaram-se mais de 124 anos. É inegável, como dito no início, que temos muito a comemorar nesse aniversário da Constituição chamada *Cidadã*. Ponho em destaque, apenas de modo exemplificativo, a nova consciência que ela ajudou a despertar sobre os direitos fundamentais, a proteção especial a certos segmentos da sociedade, a valorização do meio ambiente.

Mas também parece possível afirmar-se que nossa República ainda não se consolidou efetivamente, apesar do tempo transcorrido. É como se ainda não tivéssemos condições de viver como um povo que verdadeiramente compreendeu o que é ser republicano. Os vários momentos em que esses valores foram contestados após a *Proclamação* demonstram esse fato. O Século XX de nossa história apresenta não raros períodos em que a democracia, verdadeira irmã gêmea da República, afastou-se para dar lugar a regimes de força, dificultando, assim, a consolidação de um sistema que necessita de tempo para que os cidadãos possam

¹⁶ MENESES, Djacir. **O Brasil no Pensamento Brasileiro**. Brasília: Senado Federal, 2011. p. 750.

compreender e passar a vivenciar sua condição de verdadeiros protagonistas e não mais de súditos.

Não me refiro aos vários movimentos ocorridos logo após o 15 de Novembro, como por exemplo a Revolução Federalista, a Revolta da Armada, a República de Cunani e a Guerra de Canudos, mas àqueles em que a própria ideia de República desapareceu dando, assim, lugar a inquestionáveis regimes de força que abrangeram todo o território nacional. É suficiente recordar, para que fiquemos no âmbito do Direito Constitucional, os contextos que levaram às constituições de 1937 e às de 1967 e 1969. Não há qualquer dúvida de que esses textos, além de retirar a condição do povo como o *dono da coisa (do povo)*, demonstraram que a República não havia sido realmente implantada entre nós.

Uma história em que momentos republicanos e não republicanos se intercalam, como foi a nossa, é extremamente danosa à consolidação de um regime que, como toda criação *espiritual* do homem, necessita tempo para amadurecer e dar frutos.

Do ponto de vista formal, não há qualquer dúvida de que a Carta de 1988 contém todos os elementos necessários à constituição de uma verdadeira república. Ali estão positivados o conjunto de princípios, valores, regras e normas que caracterizam o Estado brasileiro como daqueles em que o povo é o real *dono da coisa*. Não só o artigo 1º, mas dezenas de outros dispositivos trazem expressa e implicitamente os conteúdos que nos fazem republicanos, repito, em uma perspectiva formal.

No entanto, se observamos a realidade em que vivemos, parece que o Estado não se comporta como se o seu *dono* fosse o povo. E o povo tampouco parece reivindicar essa que é sua posição por direito. Novamente a observação de nosso passado histórico pode nos ensinar. Nunca tivemos a tradição de agir como um povo, como um grupo de pessoas que, em algum ponto, revelam algo que os une. Povo pressupõe história comum, tradições compartilhadas, objetivos e interesses convergentes. Em certa perspectiva, o adjetivo *comum* não fez parte de nossa história. Agora, distantes no tempo, podemos nos perguntar com clareza: como índios nativos, negros escravos, portugueses colonizadores e exploradores, senhores de engenho, barões do café, imigrantes, militares, federalistas, centralistas, monarquistas, republicanos, cada um deles com vidas e interesses tão distintos, por vezes contrários, poderiam ter interesses *comuns*?



Mas não só isso. Desde o período colonial tivemos movimentos político que tencionavam separar partes de nosso território. A Inconfidência Mineira, a Revolução de 1817 em Pernambuco, a Confederação do Equador, a Revolução Farroupilha são meros exemplos de insurreições que se deram em épocas diferentes e distintos pontos geográficos a demonstrar que a *secessão* não era algo territorial e temporalmente limitado.

Ainda. Com a União Ibérica, ocorrida entre 1580 e 1640, quando Portugal foi conquistado por Felipe II da Espanha, o território brasileiro passou a ser, com as terras espanholas, assim definidas pelo não cumprido Tratado de Tordesilhas, parte de um único império. Por um período de tempo os habitantes do Brasil deixaram de ser *portugueses* para se tornarem *espanhóis*.

Até praticamente 1750, com a celebração do Tratado de Madrid – cujo grande artífice foi um brasileiro, muito pouco lembrado e a quem os nossos atuais e imensos limites territoriais devem muito, chamado Alexandre de Gusmão –, 1777, com o Tratado de Santo Ildefonso e 1778, com o novo Tratado do Pardo, nossas fronteiras com a Espanha não estavam claras. Esses tratados evidentemente não resolveram todos os problemas relacionados aos nossos limites geográficos: basta recordar que o atual Estado do Acre foi comprado da Bolívia em 1903 através do Tratado de Petrópolis.

Portanto eram pessoas que pensavam de modo distinto, tinham interesses diferentes e viviam sobre um território que estava ainda por ser definido. Em uma terra com todas essas *idiosincrasias*, nada era muito seguro. Onde o vínculo que unia o sul e norte, o leste e o oeste? Quem eram os que viviam nesses locais? Desconhecidos que nem se chamavam *brasilianos*, mas *brasileiros*.¹⁷

Realmente faltavam eles. Eram brasileiros, mas o que significava exatamente isso? Nesse sentido, repita-se, identificamo-nos como povo pela falta, a falta de uma convergência no pensar, no sentir, no agir. Se não existe essa aglutinação em torno de certos objetivos não há possibilidade de existir povo e não o existindo a república não pode se constituir; desfaz-se como conceito meramente retórico sem sentido.

17 O sufixo "ano", na língua portuguesa, significa procedência; o sufixo "eiro" significa ocupação, profissão, lugar onde se guardam coisas, mas não "procedência". Nessa perspectiva o *brasileiro* não é o que *procede* do Brasil, mas o que trabalha com o *brasil*, a madeira vermelha que lembra as *brasas do fogo*: o pau-brasil.

Tenho dúvidas acerca de uma eventual evolução nossa, como povo, desde o 15 de Novembro. Acho que esses elos ainda não estão satisfatoriamente formados. Uma afirmação como essa pode ser feita se analisamos o nível de insatisfação que nossa população demonstra com relação aos serviços prestados pelo poder público. Ao que parece, as pautas de prioridades adotadas pelo dirigentes do Estado não têm coincidido com aquelas exigidas pela sociedade ou não são executadas de maneira que o *eleitorado* aprove.

Fatos que nos deixam indignados e sem esperanças ocorrem diariamente. O descaso na proteção dos mais básicos direitos fundamentais, flagrantes atentados à dignidade humana, tragédias que se repetem, omissões, corrupções não punidas, repetições dos mesmos atores políticos, as funções do Estado, aquelas atividades que recebem o adjetivo *público*, que não funcionam adequadamente (a saúde, a educação, a segurança, executivo, legislativo, judiciário) parecem demonstrar que não é o povo que define as prioridades ou ao menos que elas não são executadas como se ele fosse a prioridade.

Há um sentimento de insatisfação generalizado: praticamente nada funciona bem entre nós e estamos todos desconfortáveis com isso. Mas, chama a atenção o fato de que o povo seja, ainda, raramente o verdadeiro protagonista de grandes movimentos políticos. São tão poucos esses momentos que nos últimos vinte e cinco anos – idade da nossa Constituição – podem ser contados facilmente: a campanha das “Diretas Já”, o Impeachment do Presidente Collor, os movimentos de junho e julho de 2013 e seus desdobramentos, são exemplo dessa pouca *atividade popular*.

É evidente o descompasso existente entre aquilo que pretendeu o Constituinte Originário de 1988 e o que praticamos cotidianamente como suposta tradução das determinações constitucionais. Porque não se pode esquecer jamais que a Constituição é norma e como tal, seus ditames são comandos imperativos e não meras *normas programáticas*.

Portanto, se nossa Carta de 1988 contém todos os elementos formais de constituição de uma república e na prática vivemos muitos momentos *não republicanos*, o problema não reside na norma, mas provavelmente nos que operam tais elementos formais: nós, o povo.

O termo república parece ainda, entre nós, não algo desconhecido, mas um termo *anecótico*– que não produz eco. Vez por outra escuta-se alguém dizer que



tal comportamento, tal prática é ou não republicana. Parece muito mais que o autor da expressão está a dizer que tal comportamento ou prática é certo ou errado. Nesse sentido e contexto, dizer que algo é republicano está muito mais próximo da afirmação de que é correto, adequado, justo, moralmente aceitável ou conveniente do que conectá-lo com o sentido que a ciência ou a filosofia políticas atribuem ao termo república. Parece que ainda não estamos familiarizados com o que ela representa em nossa vivência diária e na condução da coisa do povo.

Nossa história, com suas contingências políticas, não nos permitiu ter uma longa e profunda relação com a república desde a sua *Proclamação*. A Constituição em vigor está-nos proporcionando uma rara oportunidade para que possamos estreitar esse laço entre o aspecto formal de seu Texto e a geração de um ambiente propício para a existência de um Estado e de uma sociedade em que o povo seja realmente o grande protagonista de seu porvir.

Uma última reflexão: a Constituição que ora homenageamos não estabeleceu a República como uma de suas cláusulas pétreas. Curiosamente ela e a de 1937 – uma com ampla legitimidade popular de base e outra com nenhuma – foram as únicas. As demais, inclusive as de origem não democrática, estabeleceram que o regime republicano seria juridicamente imutável. Isso significava apenas que a Monarquia não era uma opção possível e não que vivêssemos efetivamente de um modo republicano.

A questão que se coloca é: por que motivo a Assembleia Nacional Constituinte que pretendia elaborar o texto de maior legitimidade democrática de nossa história, estabeleceu vários limites materiais ao poder de reforma e não contemplou exatamente a República?

Será que ocorreu um *esquecimento*? Será que houve razões políticas não muito claras no seio da Constituinte que levaram ao não estabelecimento da respectiva cláusula pétrea? Será que se quis efetivamente deixar em aberto a possibilidade do retorno da Monarquia?

Não se pode ter certeza absoluta na resposta, mas esquecimento ou lapso não foi. O artigo 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, determinou que “no dia 7 de setembro de 1993 o eleitorado definirá, através de plebiscito, a forma (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) que devem vigorar no País”. Como falar de olvido frente a esse dispositivo?

Se houve motivos políticos até hoje pouco esclarecidos ou se se quis permitir a possibilidade do restabelecimento do trono, em ambas as hipóteses a nossa República uma vez mais esteve em perigo e, juridicamente ainda continua: basta uma emenda à Constituição e retornamos à Monarquia.

Esse fato reforça a tese que aqui se defende: o nosso sentimento de pouca proximidade, familiaridade e valorização da República como instituição superior à Monarquia. Ainda que o *eleitorado* tenha optado pela *forma republicana*, não se pode esquecer que sua opção poderia ter sido pela volta do trono. A simples possibilidade criada pelo Constituinte é bastante sintomática e aponta exatamente na direção da citada e repetida tese.

Portanto agora, após o plebiscito, fizemos a nossa verdadeira escolha pela República. É momento de perceber, com humildade, que estamos apenas começando a compreendê-la. A Constituição de 1988 é apenas um ponto de partida e como poderosa aliada nessa construção, presente e futura, é que deve ser valorizada. Seus defeitos estão aí, ditos diariamente, mas suas potencialidades são suas maiores virtudes. Por elas acho que nossa Carta Cidadã merece parabéns.

Abstract

In brief remarks, the article reflects on the 25th anniversary of the Brazilian Constitution, promulgated on October 5, 1988, discussing the facts that led to the proclamation of the Republic until you reach the Citizen Charter.

Key words: Constitution of 1988. Citizen Charter.



Referências

ATHAYDE, Tristão de. Política e Letras. In: LICÍNIO CARDOSO, Vicente (org.). À **Margem da História da República**. Brasília: Editoria Universidade de Brasília, 1981. tomo II.

CARVALHO, José Murilo de. **Os Bestializados**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

_____. **D. Pedro II**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

Holanda, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

LICÍNIO CARDOSO, Vicente. À Margem da República. In: LICÍNIO CARDOSO, Vicente (org.). À Margem da História da República. Brasília: Editoria Universidade de Brasília, 1981. tomo II.

MATTOS, Hebe. **História do Brasil Nação: 1808-2010..** [S.l.]: Fundación MAPFRE e Editora Objetiva, s/d. v. 3: A Abertura para o Mundo: 1889-1930.

MENESES, Djacir. **O Brasil no Pensamento Brasileiro**. Brasília: Senado Federal, 2011.

PANDIÁ CALÓGERAS, João. **Formação Histórica do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2009.

PRADO JÚNIOR, Caio. **Formação do Brasil Contemporâneo**. São Paulo: Brasiliense, 2008.

VIANA, Oliveira. **O Ocaso do Império**. Senado Federal, Brasília: 2010.

Referência do texto

ROSA, André Vicente Pires. A República e a Carta de 1988. **Revista da ESMape**, Recife, v. 19, n. 39, p. 15-36, jan./jun. 2014.

* Artigo recebido em: 25 set. 2014. Aprovado em: 10 out. 2014.

O direito fundamental à razoável duração do processo e o novo Código de Processo Civil

Breno Duarte Ribeiro de Oliveira

Juiz de Direito. Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Católica de Pernambuco.

Professor da Faculdade Marista do Recife. Coordenador dos Cursos de Iniciação à função

Judicante de Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Pernambuco.

Resumo

O presente trabalho pretende analisar o princípio da Razoável duração do processo e suas raízes históricas, a partir da redação definida na Emenda Constitucional nº 45/2004, bem assim no **Projeto de Lei do Senado nº 166/2010 – Código de Processo Civil Projetado**. No artigo, questiona-se a eficácia prática da vasta confecção legislativa, surgida a partir do mandamento supremo contido no art. 5º, LXXVIII da

Carta Magna, explorando-se especialmente a ausência de evidências prática da obtenção do êxito esperado, no que se refere aos objetivos revelados pelo legislador, mormente quando experiências de proliferação legislativa recente sequer foram consolidadas.

Palavras-chave: Razoável duração do processo. Eficácia prática. Modificação legislativa

1 Introdução – breves elementos históricos

Compelido pelo clamor popular intensificado a partir do final dos anos de 1990, o legislador pátrio elevou à condição de direito fundamental, inserido no texto constitucional, **o direito à razoável duração do processo**, de todos aqueles sujeitos ao ordenamento nacional.

Após a elevação explícita ao patamar constitucional, ocorrida no bojo da chamada reforma do judiciário, consumada após longos anos de debate, em Dezembro de 2004, do preceito esculpido no artigo 5º, LXXVIII da Carta Magna, sucessivas reformas processuais vêm sendo implementadas, com o pretense escopo de emprestar densidade à norma supra legal mencionada.

Nessa senda e após aproximadamente 10 (dez) anos da elevação da razoável duração do processo ao patamar supralegal, o legislador ordinário entendeu por reverberar a sua dicção também no âmbito do projeto do **novo Código de Processo Civil, Projeto de Lei do Senado nº 166/2010. Trata-se do artigo 4º do Codex Projetado, segundo o qual: “As partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral da lide, incluída a atividade satisfativa”.**

A iniciativa acima descrita suscitou mais uma vez a questão referente ao papel e força das regras jurídicas e a densificação do ordenamento, ou a suficiência do texto normativo para a consecução dos seus objetivos aparentes.

Cumprido, então, questionar a eficácia prática da vasta confecção legislativa, diante do fato de que não há evidências da obtenção do êxito esperado, no que se refere aos objetivos revelados pelo legislador. Dito de outro modo, não há garantia de que o novo CPC, entendido este como decorrência do mandamento normativamente superior, conduzirá o sistema judiciário à celeridade processual e racionalidade no procedimento, objetivos amplamente almejados pela imensa maioria dos jurisdicionados.

A compreensão do problema deve passar por uma breve digressão histórica, acerca dos direitos fundamentais, haja vista o *status* a que foi alçado o direito à razoável duração do processo. Afinal, como preconiza Miranda (2006, p.25), suscitando Figueiredo Dias, “um preceito de direito fundamental é naturalmente o seu texto, mas é também, e sobretudo, a sua história”.

Historicamente a noção de direitos fundamentais se origina a partir do moderno Estado constitucional, surgido da necessidade de proteção da dignidade da pessoa humana e em contraposição ao abuso do poder, podendo-se então afirmar de acordo com Sarlet (2003, p.39) que na sua gênese histórica moderna os direitos fundamentais encontram-se ligados à própria limitação do poder.

Para Silva (1997, p.172), antes de considerar as declarações de direitos fundamentais como fruto de inspiração, estas se devem primordialmente às lutas históricas “para conquistar os direitos nelas consubstanciados”.

De acordo com o que preconiza Carvalho Netto (2003, p.151) os direitos fundamentais são o resultado de um processo de paulatino e profundo aprendizado,



fruto portanto da construção histórico-participativa da coletividade. Para o referido autor essa condição histórica nos remete à idéia de que somos temporais e dependentes de um pano de fundo que permeia a nossa compreensão e nossas visões de mundo.

O direito, portanto, para além da concepção estreita da interpretação de simples textos legais deve ser vislumbrado a partir de uma pré-compreensão, sendo que essa interpretação é também uma resposta aos desafios de uma situação social percebida de uma determinada maneira.

Nesse sentido a visão acerca do direito passa pela noção de paradigma, posto que “só podemos observar algo com os olhos que temos, marcados socialmente e historicamente datados”¹

Segundo Bonavides (2001, p.336), enquanto a Constituição no paradigma do Estado liberal representa a visão antigovernamental reflexo da postura opressora dos governos absolutistas frente aos setores produtivos, a Constituição sob o prisma do Estado Social é uma Constituição de “valores refratários ao individualismo no Direito”.

Não havendo respostas satisfatórias os elementos sociais em constante eferescência impulsionaram o surgimento do chamado Estado Democrático de Direito em que a cisão anteriormente promovida entre a esfera pública e a privada foi reconstruída, passando a sociedade civil a exigir efetiva participação na “coisa pública”.

Assim é a historicidade, característica também dos direitos fundamentais posto que estes apareceram com a revolução burguesa² e ampliaram-se com o decorrer dos tempos, podendo-se afirmar que essa historicidade rechaça toda fundamentação baseada no direito natural, na essência do homem ou na natureza das coisas³.

A escravidão como concepção histórica amplamente aceita na antiguidade, o que revela a arraigada consciência e aceitação social da ausência de igualdade

1 Vide CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In SAMPAIO, José Adércio Leite(Coord.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.p.151

2 Segundo Miranda(2006, p.26) sob o ponto de vista terminológico, a expressão“direitos fundamentais”, surge por volta de 1770, na França, já no bojo do amplo movimento que culminaria com revolução Francesa de 1789.

3 Vide nesse sentido SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1997. p.179

entre os homens, rechaça por completo a idéia moderna de direitos humanos, origem evidente dos direitos fundamentais.

O reconhecimento dos direitos humanos como fruto de avanços e retrocessos históricos obteve gradual inserção nos ordenamentos dos estados ocidentais modernos, podendo de forma clara ser vislumbrado na Carta Constitucional dos Estados Unidos da América do Norte a partir de 1787.

Especificamente em relação ao **direito fundamental à razoável duração do processo**, há registros de embriões históricos de sua gênese no direito inglês, mais especificamente no texto da própria Magna Charta⁴ de 1215, nas cláusulas a seguir dispostas

Não venderemos, nem recusaremos, **nem protelaremos** o direito de qualquer pessoa de obter justiça. "(grifei)

... e se nós, a nossa justiça, os nossos bailios, ou alguns dos nossos oficiais em qualquer circunstância, deixarmos de respeitar essas liberdades em relação a qualquer pessoa ou violarmos alguma dessas cláusulas de paz ou segurança, e da ofensa for dada notícia a quatro barões escolhidos dentre os vinte e cinco para de tais fatos conhecerem, estes apelarão para nós ou se estivermos ausentes do reino, para a nossa justiça, apontando as razões de queixa, e à petição será dada satisfação sem demora; e se por nós ou pela nossa justiça, no caso de estarmos fora do reino, a petição não for satisfeita dentro de quarenta e cinco dias, a contar do tempo em que foi exposta a ofensa, os mesmos quatro barões apresentarão o pleito aos restantes barões; e os vinte e cinco juntamente com a comunidade de todo o reino (comum totiu terrae, poderão embargar-nos e incomodar-nos, apoderando-se dos nossos castelos, terras e propriedades e utilizando quaisquer outros meios ao seu alcance até ser atendida a sua pretensão...(grifei).

Origem positiva remota do princípio do devido processo devido processo legal, a Magna Charta influenciou indiscutivelmente os ordenamentos modernos, especialmente através da explícita utilização de alguns de seus dispositivos-princípios pelas colônias inglesas na América do Norte, destacando-se conforme Miranda (2006, p.36), o Frame of Government of Pennsylvania, de 25 de Abril de 1682 e posteriormente a Virgínia Declaration of Rights.

4 Vide Comparato, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos humanos**. São Paulo. Saraiva, 1999. Texto também disponível em <http://pt.wikipedia.org/wiki/carta_magna_de_jo%A3o_Sem_terra>



O último documento citado possui o mérito de sendo consagrado em sua inteireza, à declaração dos direitos de um povo, fazer consagrar pela primeira vez, que todo cidadão acusado em um processo criminal tem o direito a um julgamento célere⁵.

No Direito português, raiz natural do ordenamento nacional, segundo Caetano (2000, p.379), registra-se, em 1314 a edição de norma tendente a disciplinar o rito do processo de modo a abreviar o julgamento das demandas, norma esta que foi substituída em 1331, por disposição de teor similar, mas que também não logrou êxito no seu aparente desiderato, posto que apenas reiterava os termos anteriores.

Na história constitucional brasileira encontra-se referência à necessidade de emprestar solução célere às contendas submetidas ao estado, na constituição de 1934, art. 113,35 primeira parte, que dispunha expressamente “A lei assegurará o rápido andamento dos processos nas repartições públicas”.

2 Precedentes do Direito à razoável duração do processo no ordenamento nacional

Na busca por soluções ao problema da ineficiência da máquina estatal, na prestação sob sua alçada, do dever de solucionar de forma oficial os conflitos de interesses levados à apreciação do estado juiz, acrescentou se ao art. 5º da Constituição Federal, o inciso LXXVIII, que assim dispõe:

Art. 5º (...)

LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

A disposição constitucional, no entanto, não se revela de modo evidente, elemento novo no ordenamento vigente.

5 “that in all capital or criminal prosecution a man hath[...] to a speedy trial by an impartial jury of twelve men of his visinage” – Vide texto disponível em <http://www.constitucion.org/bcp/virgordor.htm>. Consulte se ainda a respeito o que afirma ARRUDA, Samuel Miranda. **O direito fundamental à razoável duração do processo**. Brasília, Brasília Jurídica, 2006.p.37

No âmbito infraconstitucional o art. 8º do pacto de San José, inserido no nosso ordenamento desde 1992, através do decreto legislativo nº 678/92 assegura que “toda pessoa tem o direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por juiz ou tribunal competente...”

Registram-se ainda anteriormente ao dispositivo constitucional do art. 5º, LXXVIII, as prescrições dos artigos 35 e 49 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, Lei Complementar nº75/79, que dentre os deveres do Juiz especifica o de não exceder injustificadamente os prazos para sentenciar ou despachar, fixando-se ainda a responsabilidade pelos danos causados à parte em face do julgador, que “recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte.”

O Código de Processo Civil em vigor, em substituição ao Código de 1939, possui em sua exposição de motivos a tônica de sua existência, qual seja: “racionalizar o procedimento [...], simplificando-lhe os termos de tal sorte que os trâmites processuais levem à prestação da sentença com economia de tempo e despesas para os litigantes.

Nessa linha, foram formatados a partir do Código de 1973 diversos dispositivos, dentre os quais, os artigos 125, II e 130; inovações como o Julgamento Antecipado da Lide (art. 330), a simplificação do rito ordinário, a redução sensível do número de exceções, além de um sistema de nulidades que privilegiou a finalidade em detrimento da forma, conforme expressão do artigo 244 do (*pás de nulité sans gliéf.*)

Convém ainda registrar, a disposição contida no art. 198 do Código em que é assegurada a qualquer das partes e ao órgão Ministerial a possibilidade de representar “... ao presidente do Tribunal de Justiça contra o juiz que excedeu os prazos previstos em lei”, havendo a possibilidade de “avocação” dos autos em que ocorreu excesso de prazo e designação de outro juiz para decisão da causa.

Ressalte-se, como esclarece Tucci (1999, p. 259-260), que o Direito ao processo com duração razoável exsurge como decorrência o princípio do devido processo legal expressamente previsto no art. 5º, LIV, da Carta Constitucional de 1988, com expressão evidentemente anterior à EC nº 45/2004:



Desdobram-se estas [as garantias do devido processo legal] nas garantias: a) de acesso à justiça; b) do juiz natural ou pré-constituído; c) de tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo; d) da plenitude da defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes; e) da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões jurisdicionais; e f) da tutela jurisdicional dentro de um lapso temporal razoável.

Conclui-se, portanto, que, também em nosso país, o direito ao processo sem dilações indevidas, como corolário do devido processo legal, vem expressamente assegurado ao membro da comunhão social por norma de aplicação imediata (art. 5º, § 1º, CF).

Com o mesmo raciocínio, observemos o que preconiza Marinoni (1999, p. 152):

É claro que este princípio [do acesso à justiça] não mais apenas significa que todos podem ir ao Poder Judiciário em caso de lesão ou ameaça a direito, mas sim que todos têm o direito a uma tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva.

A garantia constitucional de uma tutela tempestiva e efetiva obviamente incide sobre a estruturação técnica do processo, seja “de iure condendo” seja “de iure condito”.

O legislador infraconstitucional tem o dever de estruturar o processo de modo a atender a esse princípio, estabelecendo regras que conduzam à tempestividade da tutela jurisdicional. (...)

Ainda anterior à edição do inciso LXXVIII, do artigo 5º da CF, era o entendimento de que, o ordenamento já albergava o direito a um processo administrativo com duração adequada, como consequência necessária do princípio da eficiência, previsto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988:

Art. 37. A Administração Pública, direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, **eficiência** e, também, ao seguinte: (grifei)

Evidentemente que o atuar de forma eficiente implica em prestar o serviço de forma adequada, em tempo suficiente ou razoável.

3 Da insuficiência das modificações legislativas

De uma forma geral é corrente entre os operadores do direito a discussão quanto à eficácia prática de meras reformulações procedimentais originadas a partir do esforço do legislador no sentido de dotar os provimentos judiciais de maior celeridade na sua outorga. Questiona-se se haverá melhora qualitativa na prestação jurisdicional suficiente a satisfazer a demanda da sociedade por uma máquina judiciária pautada pela eficiência.

Convém ressaltar que a preocupação do poder público com a questão mobilizou importantes parcelas da sociedade culminando inclusive com o acréscimo de vários dispositivos no corpo constitucional, através da denominada “forma do Poder Judiciário” (EC nº 45), pela qual se debateu e se aguardou por aproximadamente dez anos.

Posteriormente, visando aproximar a novel emenda constitucional da realidade, a fim de emprestar-lhe visibilidade prática através de aplicabilidade concreta, foram editadas várias modificações ao Código Processual Civil, promulgado em 1973, a exemplo das leis 11.187/05, 11.232/05, 11.276/06, 11.277/06, 11.280/06.

Finalmente, após o ciclo de profundas reformas e sua aparente ineficácia para combater o problema inicialmente suscitado, foi apresentado para a apreciação do legislativo um projeto de lei que substituirá por completo o atual texto vigente em matéria processual civil.

Apesar das expectativas depositadas, no trabalho da comissão de juristas integrada inicialmente por Athos Gusmão Carneiro e Cássio Scarpinella Bueno, o temor de que a simples modificação legislativa não surta qualquer efeito prático no que atine à celeridade é real.

Em verdade, quase que inequivocamente quaisquer alterações adotadas se desacompanhadas ou em descompasso de planejamento e investimentos ou gastos públicos significativos na própria estrutura dos órgãos responsáveis pela função jurisdicional do estado tornar-se-á instrumento absolutamente ineficaz, ao fim pretensamente invocado.

Diante dos argumentos apresentados, custa crer que haja ainda quem acredite que as soluções em relação ao problema da morosidade estão no âmbito



das normas jurídicas, quando pelo menos no caso brasileiro a causa maior da demora na prestação jurisdicional, é indiscutivelmente a má-qualidade dos serviços forenses.

Ora, a morosidade característica do sistema nacional, decorre justamente do descumprimento do procedimento legal. É sabido por todos que são as chamadas “etapas mortas”⁶ que provocam a perenização da vida dos processos nos órgãos judiciários.

Quaisquer ampliações, reformas ou alterações na legislação, como aliás as intervenções públicas de maneira geral, devem ser antecedidas de estudos, planejamento, capacitação e em muitos casos de uma infra-estrutura capaz de proporcionar minimamente a realização dos objetivos traçados com racionalidade técnica.

Sem esses mínimos planejamentos gerenciais, calcados em modernas técnicas de administração, e com a vontade política de enfrentar de modo dialógico o problema, porém com a coragem de combater os elementos puramente corporativos do segmento judicial em suas diversas esferas, qualquer tentativa no plano estritamente abstrato dificilmente obterá sucesso.

Imprescindível a adoção de modernas técnicas de administração, aliadas à vontade política de enfrentar de modo dialógico o problema crônico da morosidade e ineficiência dos sistema judicial pátrio, porém com a coragem de combater os elementos puramente corporativos do segmento judicial, sob pena de fracassar o poder público na tentativa, com o agravante de fragilizar todo um sistema pelo descrédito gerado a cada iniciativa frustrada.

Conclusão

Longe de configurar novidade no ordenamento nacional, o direito fundamental à duração razoável do processo, elevado ao *status* positivo de direito fundamental (art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal), ora revigorado e reproduzido pelo Projeto de Lei do Senado – PLS nº 166/2010 não consiste em inovação jurídica e nem mesmo legislativa.

⁶ Ver THEODORO JÚNIOR, Humberto : Celeridade e efetividade na prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das Leis processuais. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, v.VI, n. 35, 2005.

Extraído do conjunto do sistema, inclusive como decorrência do princípio do devido processo legal, através do art. 5º, XXXV, o referido direito já estava garantido no ordenamento jurídico brasileiro na Carta Magna de 1988, além de constar expressamente no art. 8º, 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), assinado pelo Brasil e em vigor no País desde 1992, como também de diversas referências no Código de Processo Civil em vigor.

O relativo insucesso das ondas reformistas pendentes de conclusão, iniciadas mais de 20(vinte) anos atrás deveria aguçar o senso crítico dos operadores do direito trazendo-os ao senso comum traduzido no singelo questionamento: pode-se atingir resultado diferente produzindo a mesma ação e sem qualquer mudança conjuntural?

Outro questionamento básico a ser considerado a partir de premissa elementar: se existem unidades judiciais que oferecem resultados satisfatórios, seria o aspecto legal o preponderante para a eficiência da prestação jurisdicional, quando é sabido que o procedimento abstratamente disponível é idêntico para todos?

As reformas, alterações ou acréscimos legislativos de forma isolada, portanto, mostram-se insuficientes para remover os conhecidos obstáculos à prestação jurisdicional dotada razoável eficiência, sendo necessário repensar o modelo judiciário para assegurar o verdadeiro acesso a justiça.

Se existe razão na assertiva de que é pelo processo que se distingue o estágio civilizatório de um determinado contingente humano, e há indícios do acerto de Pontes de Miranda nesta afirmação calcada nos ensinamentos de G. J. Hamion⁷, para além de meras modificações formais no sistema legal, é preciso dotar os operadores estatais de condições suficientes para que o sistema judicial atinja o seu escopo de perseguir e garantir a paz social, fundamentada no basilar princípio da igualdade. Assim, o sistema judiciário é reflexo da opção política estatal e ao mesmo tempo instrumento de aperfeiçoamento do próprio estado.

A questão, portanto, merece ainda mais atenção por parte da sociedade, que não pode ser ludibriada pelas promessas midiáticas de resolução do problema da forma mais simplista, ou de mais produção legislativa, que corre o risco de se tornar pura prestidigitação. Enquanto isso, **as razões da crise e a quem ela serve são propositadamente esquecidas.**

7 Vide Pacheco, José da Silva. **A evolução do Processo Civil Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.350.



Abstract

This article discusses the principle of Reasonable duration of the process and its historical origins, from the wording defined in the Constitutional Amendment No. 45/2004, as well as in Senate Bill No. 166/2010 – Code of Civil Procedure Designed. In the article, we question the practical effectiveness of extensive legislative confection, arising from the supreme commandment contained in art. 5 °, LXXVIII of

the Magna Carta, especially if exploring the practical absence of evidence of obtaining the expected success, with regard to the objectives revealed by the legislature, especially when experiences of recent legislative proliferation even been consolidated.

Key words: Reasonable duration of the process. Extensive legislative confection.

Referências

ARRUDA, Samuel Miranda. **O direito fundamental à razoável duração do processo**. Brasília, Brasília Jurídica, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1997.

CAETANO, Marcelo. **História do direito português**. 4. ed. São Paulo/Lisboa. Verbo, 2000.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.151

CATTONI, Marcelo. *Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito: um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica da interpretação*. In: CATTONI, Marcelo (org.) **Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito**. Belo Horizonte: mandamentos, 2004.

CATTONI, Marcelo.; STRECK, LL. (Mais) um passo atrás no Direito Processual Brasileiro atual ou Que vai cuidar do guarda da esquina? Disponível em: < <http://www.jusnavigandi.com.br>>. Acesso em : 27 ago. 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo. Saraiva, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**. 5. ed. São Paulo, Malheiros, 1999.

PACHECO, José da Silva. **Evolução do Processo Civil Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro.** Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 10 mar.2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 13. ed. São Paulo, Malheiros, 1997. p.172

THEODORO JÚNIOR, Humberto: Celeridade e efetividade na prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das Leis processuais. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, v. VI, n. 35, 2005.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia do processo sem dilações indevidas. In: TUCCI, José Rogério Cruz e. **Garantias constitucionais do processo civil – Homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

WAMBIER, L.R.; ARRUDA, WAMBIER, T.A.A.;MEDINA, J.M.G. Sobre a necessidade de intimação pessoal do réu para o cumprimento da sentença, no caso do art. 475 J do CPC. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, v.7, n.42, p.71-76, 2006.

Referência do texto

OLIVEIRA, Breno Duarte Ribeiro de. O direito fundamental à razoável duração do processo e o novo Código de Processo Civil. **Revista da Esmape**, v. 19, n. 39, jan./jun.2014, p. 37-48.

* Artigo recebido em: 26 set. 2014. Aprovado em: 13 out. 2014.

O formalismo moderado no Direito Administrativo disciplinar e a navalha de Ockham

Dayse de Vasconcelos Mayer

Doutora, pós-doutora e mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Lisboa. Ex-docente da mesma instituição. Constitucionalista. Parecerista. Membro da equipe de assessores diretos da Corregedoria Geral da Justiça do Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE)

Resumo

A administração pública obedece alguns princípios que devem ser cumpridos e observados. A autora aborda o princípio do informalismo como instrumento ou modalidade de apaziguamento social, seus aspectos legais, sua aplicação na administração pública for-

mal e informal, a necessidade de desburocratização nas rotinas processuais e o impacto da tecnologia nos procedimentos formais.

Palavras-chave: Administração pública. Princípio do informalismo. Desburocratização pública.

1 Introdução

O presente artigo tem por objetivo o esquadramento do *princípio do informalismo* (formalismo moderado, temperado ou mitigado) na Administração Pública. Para o efeito é indispensável que se introduza a noção de *ato administrativo*, mesmo sendo impossível rastrear ou reproduzir os conceitos existentes.

Sublinha-se, em primeiro lugar, que as vigas mestras ou arcabouço jurídico do Direito Administrativo brasileiro, consoante bem acentua Di Pietro, foram construídas em fins do século XVIII e início do século XIX¹ com sustentáculo no acervo doutrinário existente². Numa segunda fase o contributo da doutrina veio a se

¹ BÉNOIR, Francis Paul. *Le Droit Administratif Français*. Paris: Dalloz, 1994.

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella quando escreve: *O que ocorre é que tais normas se enquadravam no jus civile, da mesma forma que nele inseriam as demais, hoje pertencentes a outros ramos do direito*. V.,o capítulo 1 sobre a origem, objeto e conceito do Direito Administrativo e, nomeadamente ("), *Direito Administrativo Brasileiro* no qual a autora enumera as grandes obras dos estudiosos

converter em Direito Positivo. A mesma dinâmica ocorreu no âmbito do *ato administrativo* – espécie do gênero ato jurídico –, um dos conceitos mais nebulosos do Direito Público. Chega-se ao exagero de anotar que o quantitativo de acepções corresponde ao número de doutrinadores ou autores. Optou-se por isso – para não adicionar outro entendimento aos já existentes –, pela concepção de *ato administrativo* oferecida por Di Pietro: *declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob o regime jurídico de direito público, e sujeita ao controle do Poder Judiciário*³.

O conceito *supra* estaria conectado aos seguintes elementos:

- a) vontade emanada do Estado ou de quem o represente;
- b) conteúdo objetivando a produção de efeitos jurídicos de interesse público;
- c) ser regido basicamente pelo direito público;
- d) sujeitar-se à lei;
- e) ser passível de controle judicial.

Constituiria ato do Estado porque o Executivo, o Legislativo e o Judiciário têm o poder de emissão de *atos administrativos*⁴. No âmbito do Judiciário os servidores dos cartórios extrajudiciais também praticam atos tipicamente administrativos, dotados da mesma fé pública dos atos da Administração. Preocupa-nos aqui, particularmente, entre os elementos do ato administrativo, a *forma*, desiderato deste artigo.

Dois princípios básicos regem a *forma*: a liberdade, significando que os atos processuais podem ser praticados pelo meio mais idôneo para alcance do seu fim; a instrumentalidade, traduzindo a ideia de que as *formas* não têm valor intrínseco próprio. São estabelecidas como meio para atingir a finalidade do ato. O escopo é gerar segurança e previsibilidade na conduta. Um exemplo do que se afirma é o sistema das nulidades, que no processo brasileiro tem pilastras muito bem definidas, voltadas para o rechaço ao formalismo e para o aproveitamento dos atos, sempre que possível. A jurisprudência *infra* reforça esta linha de entendimento:

brasileiros dessa área para concluir que o direito administrativo sofreu grande influência do direito alienígena, em especial, nas origens, do francês e italiano. Curso de Direito Administrativo. Salvador: Editora Podium, 25ª edição, 2012, pp. 20-27.

3 DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. Idem, p.203.

4 DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella, *Pressupostos do ato administrativo – vícios, anulação, revogação e convalidação em face das leis de processo administrativo* In *Seminário de Direito Administrativo – TCMSP, 20.09.2003*, capturado em www.tcm.sp.gov.br/legislação/doutrina/29_a_031003/4maria_silvia4htm.



STJ - RECURSO ORDINARIO EM MANDADO DE SEGURANÇA RMS 8005 SC 1996/0077859-0 (STJ)

Data de publicação: 02/05/2000

Ementa: RMS - ADMINISTRATIVO - PROCESSUAL CIVIL - FISCAL DE TRIBUTOS – PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - EXTRAPOLAÇÃO DO PRAZO PARA APRESENTAÇÃO DO RELATÓRIO FINAL - NULIDADE DO PROCESSO - NÃO OCORRÊNCIA - PRESCRIÇÃO PUNITIVA AFASTADA - CONJUGAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. 1 - O princípio da instrumentalidade das formas, no âmbito administrativo, veda o raciocínio simplista e exageradamente positivista. A solução está no **formalismo moderado**, afinal as formas têm por objetivo gerar segurança e previsibilidade e só nesta medida devem ser preservadas. A **liberdade absoluta impossibilitaria a sequência natural do processo**. Sem regras estabelecidas para o tempo, o lugar e o modo de sua prática. Com isso, o **processo** jamais chegaria ao fim. A garantia da correta outorga da tutela jurisdicional está, precisamente, no conhecimento prévio do caminho a ser percorrido por aquele que busca a solução para uma situação conflituosa. Neste raciocínio, resta evidenciada a preocupação com os resultados e não com formas pré estabelecidas e engessadas com o passar dos tempos. Neste contexto, despidianda a tentativa de anular todo o **processo** com base na existência de nulidade tida como insanável. A dilação do prazo para entrega do relatório final, em um dia, se deu por conta da complexidade do **processo** em testilha, oportunidade em que devem ser conjugados os princípios da razoabilidade e instrumentalidade das formas. 3 - Ademais, restando afastada a prescrição punitiva, não há que se falar em nulidade do **processo** administrativo, afinal “a extrapolação do prazo para a conclusão do **processo** administrativo não gera qualquer consequência para a validade do mesmo, podendo importar, porém, em responsabilidade administrativa para os membros da comissão». Precedentes (RMS 6.757 - PR; RMS 10.464 - MT; RMS 455 - BA e RMS 7.791 - MG). 4 - Recurso conhecido, mas desprovido .

Acerca do instituto da nulidade regido pelo Direito Processual Civil é importante realçar que o sistema privado rechaçando o formalismo descomedido, admite o aproveitamento dos atos, sempre que possível. Os seguintes princípios, em caráter não exaustivo, reforçam a afirmação:

- a) Não se reconhece nulidade sem comprovação de prejuízo para uma ou ambas as partes (art. 249, § 1º, CPC, e art. 563 do CPP);
- b) O desprezo ou preterição de determinada forma não gera nulidade quando o objetivo do ato tiver sido alcançado, por outra forma – a menos que a lei preveja uma forma sob cominação de nulidade (art. 244 CPC e 572, II, CPP);

c) Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influenciado na investigação da verdade substancial (...) (art. 566 do CPC).

Cotejando os artigos 170 e 417 do CPC e outros supracitados chega-se à conclusão de que há singularidades que precisam ser mais bem destrinchadas ou identificadas no âmbito do processo administrativo em cotejo com o processo judicial. Neste último há maior austeridade, rigidez ou rigor na obediência à *forma*. Diferente sucede com o processo administrativo. Este, sem negligenciar os princípios da legalidade, da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal, da publicidade, da economia processual, da segurança jurídica revela descomplicação, desenvoltura e desembaraço. É um processo que se caracteriza pela simplicidade⁵. O que prevalece é a *verdade substancial* sobre a *verdade material*. Vigora o princípio da *primazia da realidade* no sentido de ascendência ou precedência dos fatos em detrimento das formas. Por isso mantém certa proximidade com a *navalha de Ockham*, princípio lógico atribuído ao padre franciscano Guilherme de Ockham no século XVI. Significa que no alcance da *verdade substantiva* opta-se pelo caminho mais simples ou sem o rigorismo exagerado. O princípio é frequentemente designado pela expressão latina *lex parsimoniae* (lei da parcimônia ou princípio da parcimônia) que pode ser resumido na expressão: *menos é melhor*. A locução tem aplicação nomeadamente na filosofia e na ciência em geral, notadamente no processo de investigação científica.

Ockham defende a ideia de que a ciência é econômica em sua origem e natureza. Faz opção, invariavelmente, pelo caminho menos complexo. Todavia a simplicidade, ao contrário do que se admite, é algo intrincado ou emblemático. Pressupõe que se opere com as coisas essenciais. E nem sempre é fácil navalhar ou efetivar cortes na realidade, designadamente quando se trata da ciência do Direito. Seria necessário excluir ou suprimir o que é supérfluo e operar apenas com o basilar, o fundamental. Tudo com a finalidade de pôr em prática uma modalidade de filtragem para o alcance da decisão justa e segura sem deixar de lado a salvaguarda ou preservação dos interesses públicos e privados em jogo. Necessariamente, qualquer resposta sagraria a razão ou a lógica como solução possível. Só ela fruiria da capacidade de classificação, separação e organização das coisas a partir de critérios definidos previamente. Ainda assim a lógica nem sempre labora com a medida e exatidão desejadas. Em linhas menos labirínticas, nem sempre o caminho mais simples na proposição de Ockham é o mais adequado, por exemplo, em Direito Disciplinar. Por vezes o *informalismo* impõe a opção por uma trilha

⁵ Ver a epígrafe 6.



ou vereda mais acidentada porque está em jogo o alcance da *verdade material*. Vale, nesse aspecto, a afirmação de Albert Einstein: *Tudo deve ser feito tão simples quanto possível; mas não mais simples que isso*. Por outras palavras – na perspectiva de Einstein –, há uma baliza para a ocorrência de simplificações, pois não se pode reduzir algo complexo a uma explicação tão simples que se declare ou revele incoerente ou contraditória. O *informalismo* nesse caso não pode servir de pretexto, *v.g.*, para um processo mal estruturado e desorganizado em que não se obedece sequer à ordenação e à cronologia dos atos praticados, com folhas extintas, com deformações na numeração, sem rubricas, com a juntada ou desentranhamento de documentos sem o competente termo, com rasuras, com informações anotadas por agentes incompetentes... Um procedimento dessa ordem não asseguraria o mínimo de certeza jurídica, nem garantiria a credibilidade que dele se espera. Em suma, não seria de nenhuma valia para a Administração Pública e para as partes em especial ⁶.

2 O princípio geral do informalismo

Antes de adentrarmos no conceito de *informalismo* é importante estabelecer a distinção entre *forma* e *formalidade*. *Forma* é a exteriorização do ato (concepção restrita⁷). É o meio ou instrumento que se dirige a um fim: a efetividade da prestação jurisdicional. Daí a existência do *princípio da instrumentalidade das formas*. Nessa dimensão, todo ato possui uma *forma*, que é o modo como a vontade se manifesta: escrita, verbal, decreto, resolução, instrução, portaria. Mas ela ainda pode congrega outro sentido, isto é, o de *formalidade* que cerca a realização do ato: publicação, contestação, motivação, decisão. Nessa segunda acepção ou sentido a *forma* se identifica com a *formalidade*. Esta pressupõe a existência de um conjunto de regras a serem observadas para que determinados atos tenham validade ou sejam considerados legítimos. *Forma* e *formalidade* poderão implicar, em situação de desobediência, a invalidade do ato.

O cotejo da doutrina e da legislação existente reforça tal linha de compreensão. Veja-se, por exemplo, a Lei n. 4.717/1965 (Lei de Ação Popular). A alínea *b* do parágrafo único, do art. 2º, dispõe que *o vício da forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato*.

⁶ V COSTA, José Armando da. *Processo Administrativo Disciplinar*. 4. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

⁷ Di Pietro, *Direito Administrativo*, p. 214.

O apego demasiado à *forma* gera o *formalismo*. Mas o Direito Administrativo privilegiou o *princípio do informalismo*. É o que se deduz da análise do inciso IX do art. 2º do Diploma Legal 9.784/1999, que regula o processo administrativo na Administração Pública Federal.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

VIII – observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;

IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados;

X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio.

Mas é preciso considerar que o *informalismo* não é um princípio absoluto. Aliás, nenhum princípio, por mais importante que seja, pode ser assim considerado. Por isso a informalidade recebe duas *formas*: mais abrangentes e menos abrangentes ou, numa linguagem imprecisa, *essencial* e *acessória*. Mas a zona de delimitação de ambas não é de fácil precisão. A maneira mais simples de des-
juntar uma e outra é apelar para o texto Constitucional. Quando uma *forma* é exigida constitucionalmente, ela será sempre *essencial*. Exemplo do que se afirma é o *direito de defesa*. Sem observância dessa forma a nulidade no processo administrativo será absoluta.

Um derradeiro e importante registro: *forma* e *formalidade* no Direito Administrativo são importantes como meios de controle da Administração Pública, porque se o ato não ficar registrado, se ele não tiver a forma escrita e não seguir determinadas formalidades, ficará difícil exercer o controle, tanto pelo Judiciário como pelo Tribunal de Contas, pela Administração Pública e pelos administrados.

Em síntese, a regra geral é que os *atos administrativos* não dependem de *forma* determinada senão quando a lei expressamente a exigir. Tal significa que a liberdade do decisor só existe quando a lei nada dispuser em contrário.



3 O princípio da tramitação processual e o informalismo

O processo é o instrumento por excelência de garantia dos direitos dos cidadãos e para tal, visa à observância de princípios constitucionais, daí a afirmação de Paulo Otero:

(...) a tramitação que a Administração Pública segue para formar as suas decisões assume relevância garantística para os cidadãos: não basta garantir a legalidade material ou substantiva do que se decide, há também que garantir a legalidade do modo como se chega à decisão⁸.

O assento leva em consideração o *princípio da tramitação processual*, os riscos existentes e as cautelas ou cuidados a serem observados em qualquer ordenamento jurídico. A anotação tem razão de ser: as mutações observadas nos tempos presentes têm implicado a redução dos hábitos de cautela, prevenção, controle ou maior atenção do decisor. Tudo com a finalidade de homenagear o princípio da celeridade. A ponderação é apenas minimizada ou acautelada pelo dever jurídico e moral de motivação da decisão, tema que será focado mais adiante.

O *princípio da tramitação processual* – derivado ou originário do direito de petição, do princípio da legalidade e da equidade –, pode ser convertido em cinco subprincípios: *instauração ou queixa, notificação, informação, motivação, decisão*. Tais subprincípios não podem ser desapreciados ou preteridos sob a alegação de que o processo administrativo dispensa complexidade. Sucede o contrário: em qualquer modalidade de procedimento eles devem ser rigorosamente respeitados.

Corolário do direito de petição⁹, o *subprincípio da instauração ou queixa* significa que a Administração tem o dever de apreciar, com isenção ou impessoalidade, as pretensões que lhe são dirigidas pelos cidadãos – e sempre num prazo razoável. Na verdade, quem peticiona ao Estado ambiciona ou espera uma providência em atendimento a um interesse público, particular ou coletivo. E sempre de forma célere e eficiente. Afinal, ainda é bem atual a frase de Rui Barbosa: *Justiça atrasada não é Justiça, senão injustiça qualificada e manifesta*. Nesse sentido, o *princípio da*

8 OTERO, Paulo. *Manual de Direito Administrativo*, v. 1. Lisboa: Almedina, 2014. V., também, BACELLAR FILHO, Romeu. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*. 1. ed. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 173.

9 V. AMARAL, Diogo Freitas do. *Direito Administrativo*, v. IV, Lisboa, 1988, pp. 18-25. O autor analisa o tema sob a denominação de *garantias graciosas*, que incluem três grandes grupos: as garantias petitorias, as garantias impugnatórias e a queixa ao Provedor de Justiça. Nas garantias petitorias inclui o direito de petição, o direito de representação, o direito de queixa, o direito de denúncia e o direito de oposição administrativa.

razoável duração do processo, inscrito no inciso 78 do artigo 5º da Constituição brasileira e incorporado pela Emenda nº 45/2004, trouxe ao Judiciário verdadeira diretiva, no sentido de proporcionar aos seus jurisdicionados uma resposta rápida por parte do Estado-juiz.

Retornemos às finalidades deste título – O *subprincípio da instauração ou queixa*. De acordo com a Lei n. 9.784/99, o *requerimento inicial* do reclamante ou interessado deve ser formulado na *forma* escrita. Mas a regra admite ressalvas. Até porque o processo administrativo – diferente do judicial –, é gracioso, pode prescindir de advogado e o Brasil é um país ainda com índices significativos de analfabetismo e de semianalfabetismo. Nesse caso, nada impede que o depoimento do reclamante seja registrado pela Administração desde que o interessado seja devidamente identificado ou representado. Deve conter, ainda, a anotação do domicílio, a formulação clara do pedido (com exposição objetiva dos fatos e de seus fundamentos) e a data e assinatura do queixoso. É facultada à Administração a elaboração de modelos padronizados para reclamações ou pedidos desde que contenham igual conteúdo e fundamento.

Tratando-se de instrumento constitucional (artigo 5º, inciso XXXIV, *a*, da Constituição Federal de 1988), é vedada à Administração qualquer modalidade de recusa nessa fase. Por outras palavras, o órgão público para o qual é dirigido requerimento não poderá negar o recebimento e o conhecimento da petição. Se o fizer, estará desrespeitando a Constituição e o agente estará sujeito a sanções civis, penais e administrativas. Até mesmo os documentos que deverão instruir o processo poderão ser anexados posteriormente. Mesmo que o setor próprio do órgão, encarregado da recepção (central de atendimento, por exemplo) conclua que a pretensão do reclamante é impertinente, abusiva, repetitiva, ilegal, este não será o momento para o exercício da recusa. Será possível, numa etapa posterior ou subsequente, em parecer consultivo ou deliberativo, o registro dos vícios que o processo apresenta. Tal iniciativa barrará a tramitação de processos que apenas atravancam ou entram a máquina administrativa e concorrerá para o aumento dos custos com a instauração de PADS ¹⁰.

Freitas do Amaral estabelece a distinção entre *direito de petição em sentido estrito* e *queixa*. Nesta ainda não existiria um *ato administrativo* a ser objeto de ataque ou enfrentamento. Consistiria na faculdade de promover a abertura de um processo sem grandes formalidades. Por meio da *queixa* é que os processos

¹⁰ AMARAL, Diogo, *idem*, p. 19.



administrativos disciplinares seriam deflagrados e culminariam com a aplicação de pena disciplinar. Já o *direito de petição em sentido estrito* teria uma formalidade prevista em lei.

Admite-se que o autor identifique o *direito de petição propriamente dito* com a *capacidade postulatória*, e, desse modo, o interessado deverá cumprir determinadas formalidades ou condições, como por exemplo, fazer constar a presença de advogado. Nesse caso, além do *direito de petição* na forma de *queixa ao poder público*, haveria o *direito de postular*, pedir, peticionar e ser ouvido pelo Poder Público com finalidades específicas como é o caso, no Brasil, do *habeas data* (art. 5º, LXXII *a* e *b* da Constituição de 1988); da ação popular (art. 5º, LXXII, *a* e *b*); do direito de audiência justa e pública (art. X, da Declaração Universal dos Direitos Humanos); do direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo perante os juízes ou tribunais competentes, que o proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais¹¹ reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais (art. 25, 1 e 2 do Pacto de San José da Costa Rica)...

Ainda sobre a posição de Freitas Amaral parece imprescindível uma consulta à Constituição Portuguesa de 1974. O art. 52, VII, resultante da revisão de 2005, assim dispõe:

Todos os cidadãos têm o direito de apresentar, individual ou colectivamente, aos órgãos de soberania, aos órgãos de governo próprio das regiões autónomas ou a quaisquer autoridades *petições*, representações, reclamações ou *queixas* para defesa dos seus direitos, da Constituição, das leis ou do interesse geral e, bem assim, o direito de serem informados, em prazo razoável, sobre o resultado da respectiva apreciação (grifo nosso).

O artigo supra conduz à ilação de que a *petição* difere da *reclamação* ou *queixa*. Tal linha de raciocínio seguida por Freitas do Amaral é admissível. Revejam-se as medidas que o constituinte originário arrolou na Constituição brasileira de 1988 para serem aplicadas naquelas situações em que há direitos lesados – incluindo o mandado de segurança. A previsão constitucional não deixa qualquer dúvida acerca da existência do *direito da mera petição, reclamação ou queixa*, realizada de forma gratuita e do *direito de petição exercido por meio de remédios jurídicos próprios*. As duas circunstâncias estão inseridas no *direito de petição* (denominação

¹¹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. tomo. IV, Coimbra: Coimbra Editora, 1993

geral). Por vezes é possível exercer as duas formas: a gratuita e a onerosa. Veja-se a situação de alguém que deseja obter o registro de um imóvel e encontra obstáculos para o alcance do seu objetivo ou presumível direito.

Gomes Canotilho trata do assunto em seu Direito Constitucional. Afirma que o *direito de petição*, assim como o *direito de resistência*,

(...) é um direito político que tanto se pode dirigir à defesa dos direitos pessoais (queixa, reclamação) como à defesa da Constituição, das leis ou do interesse geral. Pode exercer-se individual ou coletivamente perante quaisquer órgãos de soberania ou autoridade¹².

À guisa de registro final, duas anotações complementares:

a) Não deve existir nenhuma restrição ao *direito de petição*. Basta que esteja configurada a hipótese de *defesa de direitos e ilegalidade ou o abuso de poder* para que o mesmo seja exercido.

b) As ilegalidades e o abuso de poder podem ser cometidos por qualquer um dos poderes do Estado. Todavia o inciso XXXV do artigo 5º informa que *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*. A norma sugere que o constituinte originário brasileiro elegeu o Poder Judiciário como apreciador oficial das lesões ou ameaças a direito caminhando no sentido de *especialização do direito de petição*. É justamente nessa feição que o requerimento ao Judiciário (ação) se diferencia da *reclamação ou queixa* formulada aos órgãos públicos em geral e, especialmente, às Corregedorias de Justiça.

Quanto ao *subprincípio da informação*, a Constituição de 1988 dispõe no inciso XXXIII do art. 5º o seguinte:

Art. 5º.

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

12 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1995, p. 663.



O subprincípio está inserido no âmbito dos *direitos constitucionais comunicativos* e é rematado com o conhecimento pelo interessado da tramitação do processo, do direito à vista e de obtenção de certidões ou cópias reprográficas dos dados, provas ou documentos que o integram – ressalvados aqueles de terceiros protegidos por sigilo ou pelo direito à privacidade, à honra e à imagem. O fato é que sem conhecimento pleno do conteúdo do processo a verdade substancial jamais será alcançada. Assinale-se que as informações prestadas pelas partes – nomeadamente pelo reclamado – devem ser claras, objetivas, coerentes e suficientes para a formação do núcleo garantístico e essencial à convicção da Administração.

O *subprincípio da motivação* significa que os cidadãos têm direito ao conhecimento das justificativas do decisor que possam afetar as suas posições jurídicas subjetivas. Tais fundamentações reconstituem o trajeto ou itinerário intelectual ou lógico subjacente ao processo decisório. Devem ser expressas numa linguagem acessível ou clara ao cidadão normal, revelando-se suficientes e congruentes e privilegiar, acima de tudo, o interesse público. Este é que deve nortear a decisão permitindo, nesse caso, um melhor controle administrativo, político e judicial.

Ainda que este subtítulo vise o tratamento do *princípio do informalismo*, é importante que se estabeleça – até para verificação das restrições que o princípio poderá sofrer –, a distinção entre *motivo* e *motivação*¹³. Os dois institutos não se confundem. Eles são imprescindíveis em todos os atos administrativos. O *motivo*, segundo a doutrina, é o pressuposto fático ou de fato para a prática correta do ato administrativo. Ocorre no mundo dos acontecimentos, das circunstâncias exteriores. A *motivação* é a fundamentação jurídica para validade do ato. É o princípio de direito, é a fundamentação jurídica lastreada em lei. Esquemáticamente, o *motivo* é o fato e a *motivação* é a lei.

O ato administrativo sem *motivação*, isto é, sem estar investido dos pressupostos de fato e de direito que justificam sua prática, é ilegítimo e inválido. Justamente por tais razões esta etapa do processo não se harmoniza com o *princípio do informalismo*.

O fundamento do *dever de motivar* está presente no inciso II do art. 1º da Constituição de 1988, que trata da cidadania como um dos fundamentos da República, no art. 1º, *caput*, que trata do Estado Democrático de Direito; no inciso III do art. 1º e no art. 5º, XXXV, que assegura o direito à apreciação judicial nos casos de

13 V. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Motivo e Motivação do Ato Administrativo*. São Paulo: RT, 1979.

ameaça ou lesão de direito. Significa, enfim, que o cidadão tem direito ao esclarecimento ou ao *porquê* das ações que lhe dizem respeito para que não seja vítima de descomedimento, excesso, injustiça, abuso e arbítrio do Poder. Não cabe, portanto, ao decisor arquitetar ou construir motivações de forma aleatória, subjetiva e em desarmonia com a lei.

O *princípio da motivação*. A Constituição de 1988 no inciso IX do artigo 93 trata da imprescindibilidade de fundamentação das decisões judiciais. Por outras palavras, a necessidade de motivação das decisões é imprescindível. Justifica-se na medida em que as decisões só podem ser controladas ou impugnadas se as razões que as justificaram forem devidamente ofertadas. Mas há situações em que a *motivação* é dispensável. Sucedem quando o ato administrativo é precedido de parecer fundamentado de órgão consultivo ou deliberativo. Nesta hipótese o decisor usa apenas as expressões: *Em face da consolidada base jurídica apresentada no Parecer do órgão X, acato o parecer proposto* ou ainda *Acato o parecer do órgão X pelos seus próprios fundamentos, reconhecendo...* Por isso os julgados do STJ e STF têm rejeitado a alegação de nulidade pela ofensa ao art. 93 supracitado quando a autoridade, ao fundamentar sua decisão, reporta-se à sentença ou ao parecer ministerial.

A posição da doutrina não diverge. A expressão utilizada é *motivação per relationem*. Significa que magistrado pode fazer uso em sua decisão dos motivos elencados em parecer ou peça processual. A técnica em referência é uma homenagem, sem dúvida, ao princípio da economia processual. Eis a lição de Fredie Didier sobre o assunto:

Tem-se admitido como válida a decisão em que o magistrado se reporta, em seus fundamentos, a um outro ato do processo (uma decisão ou um parecer, por exemplo). É a chamada motivação per relationem. O próprio legislador prevê hipótese em que "se a sentença for confirmada pelos seus próprios fundamentos, a súmula do julgamento servirá de acórdão" (art. 46, in fine, Lei Federal n. 9.099/95), admitindo expressamente a possibilidade, nos juizados, de utilização da motivação por referência.¹⁴

O princípio também está inscrito na Lei n. 9.784/99 que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Em seu art. 50 a lei elenca situações de fato e de direito que obrigam o agente público a motivar o ato, com a indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos presentes:

14 DIDIER JR, Fredie Didier; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*, 2º Volume, 4ª Edição, Salvador/BA: Editora Jus Podivm, 2009, pág. 298.



Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I – neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

II – imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;

III – decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;

IV – dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;

V – decidam recursos administrativos;

VI – decorram de reexame de ofício;

VII – deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;

VIII – importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

O artigo não estabelece distinção entre atos vinculados ou discricionários, até porque a maioria dos atos administrativos limita e afeta algum direito ou interesse. A regra ampla e geral é a obrigatoriedade de *motivação* dos atos administrativos, mesmo *discricionários* salvo nos procedimentos em que se inclui um parecer¹⁵.

Nesta vertente são os registros feitos por Di Pietro:

*Entendemos que a motivação é, em regra, necessária, seja para os atos vinculados, seja para os atos discricionários, pois constitui garantia de legalidade que tanto diz respeito ao interessado como à própria Administração Pública; a motivação é que permite a verificação, a qualquer momento, da legalidade do ato, até mesmo pelos demais Poderes do Estado*¹⁶.

Não se pode esquecer que o mesmo diploma legal incorpora no art. 2º alguns princípios que deverão ser cumpridos ou observados pela Administração Pública inscritos, sem caráter exaustivo, no art. 37 da Constituição Federal.

Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

¹⁵ V. referência aos pareceres mais adiante.

¹⁶ DI PIETRO, Sílvia Zanella. *Direito Administrativo*, idem.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

- I - atuação conforme a lei e o Direito;
- II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei;
- III - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades;
- IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;
- V - divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição;
- VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;
- VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;
- VIII - observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;
- IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados;
- X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio;
- XI - proibição de cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei;
- XII - impulsão, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados;



XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

Resta ainda um comentário final. Diz respeito ao momento em que a *motivação* ocorre ou se torna imprescindível. Tal sucede durante a fase de elaboração do *ato administrativo*. Não se pode aceitar *motivação* ulterior, visto que seria imoral e antiético o administrador produzir razões e motivos na sequência de ato ou com a finalidade de convalidação do mesmo.

Ainda não se deve esquecer a *necessidade de motivação* quando se tratam de *atos discricionários*. Seria desnecessária? A resposta já foi oferecida linhas acima, inclusive com o registro da posição de Di Pietro. A nossa opinião é que mesmo quando a lei faculta à autoridade administrativa a apreciação da oportunidade e da conveniência, o decisor não está escusado da *motivação*. Exatamente porque este detém maior liberdade de ação é que se torna indispensável a salvaguarda de tal poder, para que não parem desconfianças ou suspeitas acerca da moralidade do ato.

A jurisprudência – acompanhando a evolução legislativa e doutrinária – caminha nesse sentido. Reconhece a obrigatoriedade de *motivação* dos atos administrativos em geral como um princípio essencial ao processo administrativo. A atual ministra do Supremo Tribunal Federal, Cármen Lúcia Antunes Rocha, em artigo escrito em 1977 – sustentando a necessidade de motivação (*motivação suficiente*)¹⁷ como princípio constitucional implícito – assim anota:

O dever de fundamentação formal e suficiente dos atos decisórios estatais, especialmente aqueles emitidos em processo judicial ou administrativo, tem como finalidade dar concretude ao princípio da juridicidade e da precedência da norma de Direito aplicável aos casos, objeto de atuação do Estado, a impedir o arbítrio e qualquer forma discriminatória contra o cidadão. Tanto o princípio da proteção jurídica do cidadão ou de qualquer pessoa, quanto o sistema de controle dos atos estatais somente podem ser garantidos quando a decisão do Estado mostrar-se objetiva e fundamentadamente. É a fundamentação do ato decisório que torna possível ao interessado submeter-se a ele, ciente de que se acha resguardada, de qualquer forma, a sua segurança jurídica e, ainda, se permitindo que ele aceite o conteúdo do ato e a aplicação do Direito ao caso em que figura como parte. A sua segurança jurídica, no caso, mostra-se pela possibilidade de que dispõe de fazer o controle jurídico do ato de decisão, cir-

17 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo no Direito Brasileiro, In *Revista de Informação Legislativa*, v. 34, n. 136, pp. 5-28, out./dez de 1997.

*cunscrevendo-se, assim, o âmbito de sua proteção assegurada no e pelo Direito. Note-se que os efeitos da motivação substancial e formalmente contidos no ato decisório não se inscrevem apenas no plano do interesse imediato do administrado ou jurisdicionado, mas no plano da coletividade, em razão da garantia dos fins coletivos que são buscados no regime político democrático e no exercício legítimo do poder que nele se põe como único possível de ser aceito. Quando um cidadão tem a sua segurança jurídica, todos os outros se certificam da sua. A efetividade jurídica garantidora do patrimônio de um cidadão é que assegura a eficácia social do Direito em toda a coletividade*¹⁸.

O *subprincípio da notificação* encontra respaldo no Direito constitucional de informar e ser informado. Por outras palavras, os administrados devem ser notificados pela Administração Pública dos atos que irão afetar seus direitos ou interesses legalmente protegidos. *Grosso modo*, as administrações utilizam o Diário Eletrônico ou mesmo o e-mail funcional do servidor. É o modo mais simples, menos formal e célere. *Mas a força da Constituição prevalece sobre o informalismo*. Há sempre a exigência e dever de notificação por outras vias que asseguram ou ofertam segurança do conhecimento da decisão. Nesse caso, o *informalismo* esbarra na função garantística dos cidadãos: *Perante notificação absolutamente insuficiente, o ato é inoponível ao interessado*¹⁹.

O *subprincípio da participação* corporifica-se no direito reconhecido a cada cidadão de intervir na formação das decisões que lhe digam respeito por meio do contraditório e da livre defesa. O interessado poderá solicitar a juntada de documentos e pareceres, requerer diligências, perícias, obter cópias de documentos e aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo. O *informalismo* se revela na admissão da prova em qualquer estágio do processo. Também o decisor poderá, a qualquer tempo, intimar o interessado para que preste informações ou complete a documentação, se indispensável. Na expedição das intimações devem ser mencionados data, prazo, forma e condições de atendimento. *Tais exigências não estão cobertas pelo informalismo*. Mas ele existe nas situações de silêncio do interessado. Nessa circunstância, o órgão competente, se entender que a matéria é relevante, poderá suprir de ofício a omissão, determinar a nomeação de defensor dativo ou decidir pelo arquivamento do processo quando houver plena convicção de que não foi possível o alcance da *verdade material*.

18 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes Rocha, *Direito Administrativo*.

19 OTERO, Paulo. *Idem*, p. 394.



O *subprincípio da decisão*, culminância do procedimento de tramitação, leva em consideração especial o conteúdo da *decisum* (decisão, sentença, acórdão ou qualquer ato do administrador que signifique aceitação ou rejeição de algum pleito das partes). Poderá conduzir a uma dimensão material, se houver pronunciamento sobre o conteúdo de fundo da pretensão da parte, deferindo-a ou não. Nessa etapa não se visualiza a possibilidade de recepção do *informalismo*. Uma conclusão ainda provisória: os subprincípios referidos não se aplicam unicamente ao processo administrativo. Também dizem respeito ao Direito Processual Civil com a finalidade de impor maior flexibilidade ao procedimento. É também a ilação de Fredie Didier Junior nos seguintes comentários:

A flexibilidade do procedimento às exigências da causa é, no entanto, fundamental para a melhor consecução dos seus fins, em uma perspectiva instrumentalista do processo, facultando ao juiz, obtido o acordo das partes, e sempre que a tramitação processual prevista na lei não se adapte perfeitamente às exigências da demanda aforada, a possibilidade de amoldar o procedimento à especificidade da causa, por meio de atos que melhor se prestem à apuração da verdade e acerto da decisão (...) ²⁰.

4 O informalismo como instrumento ou modalidade de apaziguamento social

Mesmo no Direito Privado o processo não pode ou não deve ser entendido como simples instrumento de solução de litígios. A lide (demanda, confronto, combate) é um elemento acidental da jurisdição²¹. Essa concepção não é consensual. Há também a inteligência da jurisdição como função estatal de *composição de lides*. Pouco se cogita, nesta circunstância, do escopo social de pacificação da sociedade por meio do alcance da justiça e da segurança ou mesmo do alcance da *verdade substancial*. É neste ponto que se poderia usar as palavras apaziguamento, paz, consenso, acordo... para afirmação ou concretização da ideia de que o processo é instrumento de formação de decisões justas²². É precisamente nesse *approach* do problema que os processos público e privado se enlaçam. Mas o processo administrativo tende a uma aproximação maior dessa linha de entendimento, até porque a Administração Pública moderna é o primeiro plano de

20 DIDIER, Carlos Álvaro de Oliveira. *Do Formalismo no Processo Civil*, São Paulo, Saraiva 2003 p. 116.

21 CÂMARA, Alexandre Freitas. "A lide como elemento acidental da jurisdição" in WWW.civilprocedurereview.com.

22 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Idem*, p. 64.

pacificação dos conflitos com incidência constitucional. Daí a afirmação de que o Direito Administrativo é, em qualquer circunstância, Direito Constitucional em sua dinâmica ou permanente estado de circularidade.

5 A simplicidade no informalismo

A simplicidade não é algo de fácil concretização no Direito e na Justiça em particular. Exige acima de tudo que o interesse público e os direitos privados não sejam preteridos ou sacrificados. Reafirma-se nesse caso que em Direito Administrativo é inaceitável ou incabível, por exemplo, o não acatamento do princípio do contraditório e da ampla defesa, a não observância dos prazos para as alegações, a notificação dos sujeitos, a motivação nas decisões. O que se põe em relevo, sobretudo, é o cuidado em não deixar que minudências ou pormenores, não essenciais ao processo, concorram para a prevalência do meio sobre o fim, do accidental sobre o essencial e do conceito sobre o valor. O parâmetro maior, em termos de não ultrapassagem do estritamente legal, é que direitos individuais não sejam imolados e que haja isonomia na decisão. Um exemplo aclararia melhor esta linha de entendimento. O erro material ou de mera denominação de um recurso (pedido de reconsideração previsto no art. 106 da Lei n. 8.112/90 e no art. 109, III, da Lei n. 8.666/93; recurso hierárquico constante da Lei 9.784/99; revisão do processo admitido no art. 174 e 182 da Lei 8.112/90 e no parágrafo único do art. 65 da Lei 9.784/99) não deve prejudicar o servidor público ou parte. Aplica-se nesse caso o *princípio da fungibilidade* no processo administrativo. Efetivamente, considera-se fungível tudo aquilo que é passível de substituição ou que detém a capacidade de ser substituído. Origina-se do latim *fungibile*, com o significado de possibilidade de permuta, troca ou mudança. Tal significa que um recurso pode ser permutado por outro quando há equívoco e não existe deslealdade ou dolo. Afinal, o objetivo do processo é o alcance da *verdade substancial*. Nessa suposição, não deve existir prejuízo para a parte que utilizou um recurso incorreto na convicção de que estava agindo de forma válida ou adequada. Elimina-se desse modo, mais uma vez, o rigor das formas processuais impedindo que um *erro tolerável* prejudique o direito à decisão que se revela uma garantia constitucional.

E não se deve esquecer a esse respeito que o art. 250, *caput*, do CPC, dispõe que o erro de *forma* do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não podem ser aproveitados.



6 O informalismo na Administração Pública formal e informal

A Administração Pública Formal – inerente a um Direito Administrativo de igual índole –, é aquela identificada ou caracterizada por um tipo de administração bloqueada, entevada e atravancada por regras jurídicas congeladas no tempo. Detém papel imobilizador, encarcerador e entalador do agir administrativo. Tudo baseado num tipo de fé exagerada no Direito Positivo. Neste rumo de compreensão, a Administração Pública Formal impõe a recepção de um Direito Administrativo de caráter nitidamente positivista-legalista: todo o seu agir é movimentado num quadro procedimental e material definido pela lei escrita ou numa *escrupulosa subordinação às formas jurídicas típicas da atuação administrativa, desenvolvendo sempre uma conduta num sentido secundum legem*²³.

Diferente ocorre com a Administração do tipo informal. Esta se direciona para a compreensão do Direito num agir *praeter legem* gerando estruturas que facultem ou proporcionem o afastamento da legalidade meramente formal a fim de alcançar maior celeridade e eficácia²⁴. Considerando tal distinção, é natural que o princípio do *formalismo moderado* encontre maior acolhimento e proteção na Administração do tipo informal.

7 O informalismo e as mudanças processuais provocadas pela eletrônica

A sociedade tecnocrônica provocou substanciais mudanças ou variações no processo judicial no instante em que recepcionou a eletrônica – realidade em quase todas as unidades federativas do Brasil. A evolução tecnológica que a sociedade moderna vem experimentando, nomeadamente no dealbar deste século XXI, não poderia deixar o Judiciário marginalizado. Exemplo do que se afirma é o processo eletrônico com a finalidade precípua de minimizar a morosidade do processo judicial brasileiro. Sob esse contexto é que a Lei nº 11.419/2006 regulamentou o envio de petições, recursos, bem como a prática de atos processuais em geral, tais como a expedição de citações, intimações e notificações, por meio do sistema eletrônico – procedimento referendado por assinatura digital.

Ao pretender erradicar o processo físico, reunido num acervo interminável de papel impresso, o Judiciário objetiva não apenas a redução do espaço físico destinado ao arquivo ou armazenamento de processos desativados mas, essen-

²³ Paulo Otero, *Manual de Direito Administrativo*. Idem, p. 205.

²⁴ Paulo Otero, *idem, ibidem*

cialmente, obter a otimização da marcha processual, reduzir a carga de trabalho dos usuários ou profissionais envolvidos, permitir uma maior distribuição dos recursos humanos disponíveis. Por outras palavras, o processo eletrônico traz em seu bojo quatro *princípios* indispensáveis à efetiva prestação jurisdicional: a celeridade, a economia processual, o acesso às informações e a publicidade. Todos assegurados constitucionalmente.

Mas o processo eletrônico tem seu avesso. Como tudo na experiência humana. De uma banda, concorre com o estipêndio ou lucro, para uma prestação jurisdicional célere e para o acesso pleno à justiça. Mas a falta de homogeneidade nas diferentes unidades federativas estaduais e federais e nas Cortes Superiores do Judiciário brasileiro revela o lado negativo do sistema. A verdade é que o país ainda vive uma situação de desigualdade social em termos de acesso à internet. Isso dificulta a democratização do princípio da informação e da publicidade. A dificuldade é maior nos juizados especiais quando é prescindível a representação por advogado.

Finalmente, não se deve esquecer a questão da segurança. A internet é cada vez mais vulnerável aos *hackers* e à infestação por vírus. Tais fatos revelam que estamos operando com um sistema de alto risco e que exige para a sua preservação altos dispêndios a fim de evitar perda de documentos causando prejuízos às partes e ao próprio Judiciário.

As anotações ou observações existentes não significam que o procedimento eletrônico erradicou o *formalismo* ou a *forma* dos atos processuais. Caso prevalecesse tal linha de compreensão, a nova sistemática seria ineficaz com a importação dos mesmos vícios que atingem o processo físico, impedindo, dessa maneira, o alcance dos objetivos de efetividade, agilidade e transparência. Repete-se que a virtualidade consiste, *grosso modo*, na substituição do papel que sempre foi utilizado na composição dos autos. Na geração das provas, mesmo no ato de elaboração ou construção da decisão, a virtualidade permanece, nomeadamente nas audiências eletrônicas quando são dispensáveis as transcrições que tendem a retardar o processo e gerar temor de não representarem corretamente o que se quis efetivamente afirmar.



8 A opção pelo processo administrativo prévio como recurso ao informalismo

Os processos quando instaurados têm caráter preliminar. Mas nessa fase já se permite ao interessado que elucide ou esclareça alguns pontos obscuros. A palavra *aclaramento* não se confunde com *contestação*. A ideia central é evitar a abertura de um PAD com seus efeitos normalmente corrosivos ou ruinosos: o registro do processo na ficha funcional do servidor, o deslustre na reputação do reclamado, os prejuízos financeiros para a Administração Pública...

Uma questão curiosa exemplifica melhor o que é objeto de discussão: há situações em que, no procedimento preliminar, o reclamado presta as informações extemporaneamente. Poder-se-á recusar a resposta fora do prazo estipulado pela autoridade pelo fato de não ter sido encaminhada de forma atempada? A resposta é negativa. O fim se sobrepõe ao meio. O importante é o alcance da verdade substantiva. Não se pode sacrificar a verdade para atendimento a um prazo cuja fatalidade não seja relevante e que não causará prejuízos aos interessados.

Há que considerar, ainda, algo muito comum nos procedimentos administrativos: a questão referente às nulidades procedimentais. A esse respeito não se deve decretar a nulidade do processo administrativo disciplinar (PAD) se os atos contaminados de vícios procedimentais não alteram a validade de outros atos essenciais e desde que a decisão não tenha sido afetada por vícios ou defeitos já apontados²⁵.

9 O princípio do informalismo e os parâmetros legais

O *informalismo* não é um princípio decorrente de construção cerebrina, irrefletida e distanciada dos parâmetros legais. Há que ter em realce, designadamente, o que dispõe a Lei 9.784/99 em seu art. 2º, parágrafo único e inciso VIII e IX e no *caput* do art. 22:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica²⁶, interesse público e eficiência.

25 O tema já foi objeto de análise supra.

26 Sobre o conceito de segurança e justiça v. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Introdução à Ciência do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p 184.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

(...)

VIII – observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;

IX – adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza,

segurança e respeito aos direitos dos administrados;

X – garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção

de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio.

Art. 22. Os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir.

Como se constata, o *princípio do informalismo* se ampara ou se fundamenta na lei e na possibilidade de uma decisão célere, eficaz e que atenda aos pressupostos de regularidade no serviço público. Por outras palavras, os atos praticados por particulares sem a formalidade devida podem ser admitidos desde que não prejudiquem a essência do processo, os direitos fundamentais dos administrados e não impliquem prejuízos evidentes para o erário.

O Brasil difere, nesse aspecto, de outros países, designadamente do direito administrativo europeu-continental, em que há dualidade de jurisdição, isto é, ao lado da jurisdição comum existe a administrativa. Nesta é possível falar em prescrição, preclusão, formalismo, coisa julgada como se estivéssemos falando da jurisdição comum. O exemplo mais próximo é o de Portugal onde temos o processo administrativo contencioso e sujeito a princípios idênticos aos do processo judicial, inclusive em matéria de decisão com força de coisa julgada sobre as lides surgidas entre a Administração e o particular. Sucede diferente conosco. A Administração Pública sendo parte na controvérsia que ela decide, não tem o mesmo poder, considerando que ninguém pode ser juiz e parte ao mesmo tempo.



10 O informalismo e o controle externo dos atos administrativos

Os atos da Administração Pública estão sempre sujeitos ao controle externo. Acontece assim na relação com o Tribunal de Contas e com o Poder Judiciário. Nesse caso – e como já foi explicitado –, de nada adianta o apego exagerado aos prazos para apresentação de recursos ou mesmo para a juntada de documentos se tais iniciativas barrarem o alcance da verdade material e a decisão administrativa resultar em ato inválido ou nulo que poderá ou deverá no futuro ser objeto de correção pelo Poder Judiciário. Gera-se com isso, além de desperdício de tempo, prejuízo significativo para a Administração Pública.

Além do controle externo a que se encontra submetida, a Administração Pública também desenvolve uma atividade de controle interno. Tal sucede quando atua como fiscal, por iniciativa própria ou por solicitação de terceiros, assumindo nesse caso um papel metodologicamente ativo em termos de autoridade. Revela, nessa circunstância, a existência de um espaço próprio de intervenção decisória, com exclusão até de intromissão do legislador e dos tribunais.

11 O informalismo e o princípio da dignidade humana

No ordenamento jurídico brasileiro, o *princípio da dignidade da pessoa humana* possui *status* de fundamento do Estado Democrático de Direito, enquadrando-se como princípio integrante da categoria dos princípios fundamentais, previsto no art. 1º, III, da Constituição de 1988. Faz ressaltar diferentes ideias:

- a) A prossecução do interesse público encontra na dignidade humana o seu fundamento e o seu limite de relevância constitucional;
- b) é em função da pessoa humana e da sua dignidade que o interesse público existe;
- c) não pode existir interesse público ou bem comum contra a dignidade humana;
- d) a garantia de proteção da dignidade humana não postula apenas respeito pela juridicidade, exige também eficiência da gestão administrativa;
- e) o respeito pela dignidade humana constitui critério teleológico de interpretação e adequação da prossecução do interesse público;

- f) o decisor administrativo tem a obrigação de tomar em consideração os efeitos ou resultados (efetivos ou previsíveis) da decisão ao nível da garantia da dignidade humana;
- g) o ressarcimento de danos decorrentes da violação administrativa da dignidade humana é imprescritível²⁷.

Tais afirmações revelam, acima de tudo, que a *dignidade humana* é princípio matriz quando se trata de privilegiar ou não privilegiar determinada forma não prescrita em lei. É nesse ponto que se reafirma a ideia de que homem é a medida exata de todas as coisas. Por isso, entre a *forma* e o homem prevalece o segundo em termos de respeito à dignidade do mesmo. Quanto a esse aspecto, vale a pena pinçar uma frase de Soares Martínez (“) (...) Esse respeito há-de envolver aspectos comuns, universais, invariáveis, no tempo e no espaço, mas também outros que não o serão (...) (“)²⁸.

12 O informalismo e a Administração preventiva e repressiva

Há sempre duas atividades da Administração Pública que encontram correspondência com o tema desenvolvido nesta subepígrafe. São elas: a atividade *penalizadora* e a *educativa ou pedagógica*. Na dimensão deste problema valeria a pena lembrar que o administrador capaz é aquele que se antecipa aos problemas. A prevenção é algo pouco lembrada e apreciada na Administração Pública atual. E não há dúvida alguma: é sempre possível prever ou antecipar fatos e seus efeitos de forma a barrar a ocorrência de situações irregulares ou atos ilícitos. Tal previsão tem o mérito de evitar as consequências administrativas que o erro envolve e suprimir equívocos, desvios ou deslizamentos administrativos. Igualmente possibilita a sensível redução de custos de um processo administrativo de apuração. No âmbito de uma Corregedoria de Justiça, por exemplo, é possível evitar que mandados judiciais sejam descumpridos ou não cumpridos dentro do prazo, servidores do Judiciário tratem advogados e partes sem urbanidade, Cartórios cobrem valores fora da tabela de custas, processos continuem congelados nas prateleiras das Varas, etc. Uma experiência preventiva está baseada, prevalentemente, na atividade de controle inflexível, no contato sistemático com as chefias de órgãos e com os tabeliães por meio de visitas de inspeção, instruções escritas e reuniões periódicas.

27 OTERO, Paulo. Idem, p. 312-317. V., também, ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

28 MARTÍNEZ, Soares. *Filosofia do Direito*, 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2003. P. 433.

Já a *atividade repressiva* – sempre em resposta ou reação aos fatos ocorridos –, está alicerçada na investigação de condutas ilícitas e na aplicação da pena correspondente. Parte-se de uma suposição equivocada acerca da eficácia da pena. Por outras palavras, existe a percepção falsa de que aplicação da sanção prevista em lei (advertência, suspensão, demissão...) previne a ocorrência de comportamentos desviantes da lei. Admite-se que a pena reeduca o servidor e intimida a sociedade. Pouco se discute três questões de relevo: a decisão de aplicação da pena é o momento de reafirmação de valores social e culturalmente protegidos; a pena no serviço público existe muito mais como necessidade social de segurança da própria administração e do Erário em particular. Sem medidas preventivas alicerçadas em educação a prática de condutas criminosas resultará sempre da avaliação entre risco e resultado alcançado com a transgressão.

13 O princípio do informalismo versus princípio da desburocratização

A Administração Pública deve ser efetiva, ética, participativa, descentralizada e transparente. Mas existe uma diferença substancial entre o ideal e o real. Por isso o relacionamento do Estado com os cidadãos é, *grosso modo*, embaraçado pelo excesso de travões, limitações, pontos de estrangulamento, número insaciável de exigências. A palavra certa para essa caracterização é *burocracia*²⁹. Esta acaba por reduzir a confiança dos cidadãos nos serviços prestados pelo Estado.

O contorno ou desenho da Administração nestes dois últimos séculos é produto maior da consciência da importância da desburocratização em termos de simplificação de procedimentos, ou seja, desburocratizar é privilegiar a simplicidade. Significa igualmente: descentralização, eficiência e racionalidade organizativa a fim de evitar, nomeadamente, a ocorrência de procedimentos sobrepostos³⁰. Todas essas características estão presentes no *princípio do informalismo*.

29 O sentido que se discute neste artigo é pejorativo. Difere da concepção de Max Weber. O sociólogo cunhou a expressão numa outra perspectiva: tipo ideal de organização. A burocracia poderia ser uma organização eficiente por excelência desde que fosse devidamente planejada. Os erros da burocracia decorreriam, em exclusivo de disfunção. As condicionantes de uma burocracia eficiente foram pormenorizadas pelo autor: divisão do trabalho com definição de atribuições e competências, hierarquia, impessoalidade, meritocracia, separação entre propriedade e administração, profissionalização dos servidores, previsibilidade de comportamento. Na opinião de Weber, "A superioridade puramente técnica da organização burocrática foi sempre a razão decisiva do seu progresso com relação a toda outra forma de organização. O mecanismo burocrático é para as demais organizações como a máquina o é para os modos de produção não mecanizados. Precisão, velocidade, certeza, conhecimento dos arquivos, continuidade, direção, subordinação estrita, redução de desacordos e de custos materiais e pessoais são qualidades que, na administração burocrática pura, atingem o seu nível ótimo. A burocracia planejada é, nos mencionados aspectos, comparativamente superior às restantes formas de administração, colegiada, honorífica e não profissional". V. WEBER, Max, *Ensaios de Sociologia*, 5ª edição, *Conceitos sociológicos fundamentais*, Covilhã: Lusofia: Press, 2010; *Metodologia das Ciências Sociais*, v. I e II, São Paulo: Unicamp, 2011.

30 OTERO, Paulo, *idem*, p. 366.

O Brasil já teve, na década de 70, um Ministério da Desburocratização. Tinha como uma das metas abreviar a solução dos casos em que a interferência do Estado era indispensável, mediante a descentralização das decisões, a simplificação do trabalho administrativo e a eliminação de formalidades e exigências cujo custo econômico ou social fosse superior ao risco³¹. A ideia corrente não mudou essencialmente. Houve acréscimos no sentido da palavra. Hoje ela também incorpora o significado de desagregar as racionalidades formais estabelecidas ou erradicar a lentidão dos serviços administrativos.

14 O princípio do informalismo na sociedade de risco

A Sociedade de risco é uma expressão cunhada pelo sociólogo alemão Ulrich Beck em obra escrita em 1986³².

Os riscos funcionam a partir daquilo que Beck chama de *efeito boomerang*, isto é, geram situações de perigo social que atingem ou alcançam, diferentemente, as diversas camadas ou níveis da sociedade, havendo uma tendência em afetar os menos poderosos. Beck pouco explorou aquilo que nos interessa diretamente no processo administrativo: a *democratização do risco*. Ele alcança administrado e administrador. A Administração Pública lida, por exemplo, com as percepções dos leigos, o poder dos especialistas ou técnicos e com as construções teóricas. Nem sempre os três aspectos se harmonizam. E é justamente na contraposição de elementos que o risco se instala. No âmbito da especialidade, a Administração tem de operar no cotidiano com novos argumentos teóricos, debates públicos, jurisprudência, choque de percepções... Todos eles trazem à luz novos fatos e problemas e desenvolvem argumentos que pareciam marginais em determinadas épocas.

Ainda recorrendo à metáfora da navalha de Ockham – agora numa maior proximidade com a espada de Dâmocles – os administrados vivem em permanente situação de risco na atividade exercida pelo Estado. O registro se afasta da perspectiva apenas constitucional. Centra a atenção na ideia de que a sociedade de risco põe o administrado permanentemente numa condição de desconforto, medo e até fobia decorrentes da possibilidade de ter os seus direitos lesados. Confere ainda atenção ao risco sob o aspecto democrático, no sentido de também afetar a Administração Pública, mesmo considerando a não equipotência de forças entre Estado e pessoa.

31 Acerca do risco, ver a epígrafe 14 deste artigo.

32 CUNHA JUNIOR, Dirley. *Curso de Direito Administrativo*, Salvador: Editora Podium, 7ª edição, 2009, p. 325-326.



15 Conclusões

Vimos que o princípio do *informalismo* significa, no Direito Administrativo, a possibilidade de, dentro da lei, existir dispensa de algum requisito formal desde que tal recurso não prejudique terceiros nem comprometa o *interesse público*. Por outras palavras, nenhum direito deve ser subtraído aos interessados sob o argumento de que houve inobservância de alguma formalidade instituída para garanti-lo. O parâmetro será sempre o alcance do interesse público, conforme já sedimentado na jurisprudência dos Tribunais Superiores, Regionais Federais e Estaduais brasileiros.

Objetivamente, a *forma* visa o alcance dos valores segurança e justiça. Objetiva também contribuir para a previsibilidade dos administrados e para a tramitação mais eficiente do processo administrativo. O princípio do *informalismo* privilegia a verdade substantiva. Confere, acima de tudo, maior efetividade ao processo administrativo, sem se afastar da necessidade de observância das formalidades estritamente necessárias ou indispensáveis ao alcance dos fins almejados pelo sistema normativo. No Direito Administrativo o elemento forma (sentido estrito) e ao procedimento possui maior proeminência do que no Direito Privado na medida em que constitui garantia jurídica para o administrado.

Em algumas situações o *formalismo* é indispensável porque a lei assim determina. Todavia, a idolatria da lei, em si, converte a legalidade em travão numa legalidade do tipo dominação.

Há circunstâncias em que a não observância do formalismo implicaria a redução das garantias constitucionais próprias do devido processo legal. Nesse caso, a *forma* prescrita em lei traduz-se em garantia para o particular de que as pretensões confiadas aos órgãos administrativos serão devidamente asseguradas.

Abstract

The government follows certain principles that must be met and observed. It deals with the principle of informality as a tool or social appeasement mode, its legal aspects, its application in formal and informal public administration, the need to reduce bureaucracy in the

procedural routines and the impact of technology on formal procedures.

Key words: Public administration. Informality of the principle. Debureaucratization public.

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- AMARAL, Diogo Freitas do. *Direito Administrativo*, v. IV, Lisboa, 1988.
- ANTUNES ROCHA, Carmén Lúcia. "Princípios constitucionais do processo Administrativo no Direito brasileiro". *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 34, n. 136, p. 23-24, out./dez. 1997.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Introdução à Ciência do Direito*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BACELLAR FILHO, Romeu. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*. 1. ed. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais do Direito Administrativo*, v. I, Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a outra modernidade*, tradução de Sebastião Nascimento, 2ª ed., 2011.
- BÉNOIR, Francis Paul. *Le Droit Administratif Français*. Paris: Dalloz, 1994.
- BIELSA, Rafael. *Compendio de Derecho Público*. Buenos Aires, 1952, II/27.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1995.
- CARNELUTTI, Francesco, *Instituciones del proceso civil*, vol. I. Trad. esp. de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: El Foro, 1997.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26ª ed. São Paulo: Atlas.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Motivo e motivação do Ato Administrativo*. RT, São Paulo, 1979.

COSTA, José Armando da. *Processo Administrativo Disciplinar*. 4. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

CUNHA JUNIOR, Dirley. *Curso de Direito Administrativo*, Salvador: Editora Podium, 7ª edição, 2009.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. vol. 1. 7ª ed. Edição, Salvador/BA: Ediora Jus Podivm.

_____.BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*, 2º Volume, 4ª Edição, Salvador/BA: Editora Jus Podivm.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. www.tcm.sp.gov.br/legislação/doutrina/29ª031003/4maria_Silvia4htm.

FERRAZ, Sérgio e DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 7ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

JÈZE, Gaston. *Principes Généraux du Droit Administratif*. Paris, 1962, III; 219.

MARTÍNEZ, Soares. *Filosofia do Direito*. Coimbra: Almedina, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. tomo. IV, Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

OTERO, Paulo. *Manual de Direito Administrativo*, v. 1. Lisboa: Almedina, 2014. WEBER, Max, *Ensaio de Sociologia*, 5ª edição, *Conceitos sociológicos fundamentais*, Covilhã: Lusofia: Press, 2010.

_____. *Metodologia das Ciências Sociais*, v. I e II, São Paulo: Unicamp, 201.

Referência do texto

MAYER, Dayse de Vasconcelos. O formalismo moderado no Direito Administrativo disciplinar e a navalha de Ockham. **Revista da ESMape**, Recife, v. 19, n. 39, p. 49-78, jan./jun. 2014.

** Artigo recebido em: 29 set. 2014. Aprovado em: 22 out. 2014.*

O princípio da boa-fé objetiva na relação processual civil democrática: em busca de uma consolidação

Felipe José Dias Martins da Rosa e Silva

Juiz de Direito Estado de Pernambuco.

Gabriel de Oliveira Cavalcanti Filho

Juiz de Direito da Comarca do Recife/PE.

Resumo

O artigo aborda o princípio da boa-fé no direito contratual à luz da constituição brasileira, confrontando brevemente conceitos doutrinários de três civilistas brasileiros.

Palavra-chave: Princípio da boa-fé.

1 Introdução

A doutrina brasileira é vasta no que se refere ao estudo do princípio da boa-fé objetiva em sede contratual.

Civilistas tradicionais e contemporâneos tem se debruçado sobre o tema com maestria, trazendo à tona as infindáveis nuances e inquietações que lhe são próprias, devido ao caráter principiológico que é inato ao Direito Civil submetido à ordem constitucional de 1988.

O grande trunfo da efetiva normatização do princípio da boa-fé objetiva no Código Civil de 2002 (arts. 113, 187 e 422) é a aproximação entre os dogmas

privatistas clássicos das relações contratuais e o dirigismo contratual de índole pública, o qual autoriza o Estado-juiz a intervir quando o comportamento das partes contratantes se desviar daquilo que legitimamente se espera das relações jurídicas em sociedade.

Visto que as regras de comportamento atinentes à boa-fé objetiva contratual já restam consolidadas no ordenamento jurídico e na doutrina pátrios, com mais razão o aprofundamento do tema deveria ser realizado no Direito Processual Civil, ramo do Direito Público por definição.

Contudo, isso ainda não acontece com o afincamento necessário, perplexidade a ser modestamente enfrentada nas linhas adiante dispostas.

2 Noções da boa-fé objetiva no Direito Contratual

Segundo o eminente Carlos Roberto Gonçalves, a acepção objetiva da boa-fé

está fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e na consideração para com os interesses do outro contraente, especialmente no sentido de não lhe sonegar informações a respeito do objeto e conteúdo do negócio. A boa-fé objetiva constitui um modelo jurídico, na medida em que se reveste de variadas formas. Não é possível catalogar ou elencar, *a priori*, as hipóteses em que ela pode configurar-se, porque se trata de uma norma cujo conteúdo não pode ser rigidamente fixado, dependendo sempre das concretas circunstâncias do caso. (GONÇALVES, 2012, p. 57)

Trata-se, portanto, de uma cláusula geral autorizadora de uma análise objetiva do comportamento de ambas as partes em uma relação contratual, independente, portanto, de considerações acerca de seu elemento subjetivo (intenção). Isto quer significar que, a despeito da existência ou não de dolo subjacente à postura de determinado sujeito contratual, eventual conduta violadora dos preceitos de lealdade e confiança em relação à parte contrária deverá ser prontamente repudiada pelo juiz natural responsável por dirimir o caso concreto.

Para além da desnecessidade de digressão acerca do elemento subjetivo que anima o comportamento da parte no contrato, é de se salientar a desnecessidade de previsão legal expressa dos comportamentos abusivos e contraditórios que podem vir a violar a cláusula geral de boa-fé objetiva em sede contratual. Isto se



dá devido à infinita possibilidade de configuração de tais condutas lesivas, diante da natureza imprevisível do gênio humano.

2.1 A principal função do princípio da boa-fé objetiva no Direito Contratual: A proibição de *venire contra factum proprium*

A razão de ser do princípio da boa-fé objetiva é a proteção da lealdade e confiança nas relações contratuais.

É precisamente de tais valores que surge a principal função do princípio da boa-fé objetiva: a proibição da prática de comportamentos contraditórios, conhecida como *venire contra factum proprium* ou “teoria dos atos próprios”. Trata-se de construção que se presta a vedar que as partes contratantes passem a exercer uma posição jurídica em contradição com aquela já exercida anteriormente, vindo a frustrar a legítima expectativa da parte contrária, gerando o “abuso de direito” e consequentemente o ato ilícito objetivo, previsto no art. 187 do Código Civil de 2002.

A proibição do exercício do comportamento contraditório resta devidamente consagrada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, órgão responsável pela unificação da interpretação da legislação federal, conforme se depreende do seguinte excerto:

(...) Ressalte-se que a ninguém é dado criar e valer-se de situação enganosa, quando lhe for conveniente e vantajoso, e posteriormente voltar-se contra ela quando não mais lhe convier, objetivando que seu direito prevaleça sobre o de quem confiou na expectativa gerada, ante o princípio do *nemo potest venire contra factum proprium*. (...) (STJ REsp 1154737/MT, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 21/10/2010, DJe 07/02/2011)

Ressalte-se que a “teoria dos atos próprios” se aplica a todo o largo espectro de possíveis comportamentos contraditórios que não poderiam ser constatados como tais sob o prisma da noção clássica de ato ilícito subjetivo, e que, uma vez identificadas, tais condutas são tidas por ineficazes perante o mundo jurídico.

2.2 Os deveres anexos da boa fé objetiva no Direito Contratual

Com o escopo de concretizar de modo mais preciso a cláusula geral da boa-fé objetiva, doutrina e jurisprudência tem laborado no sentido de identificar determinados deveres anexos em matéria contratual, a serem cumpridos pelas partes pactuantes do negócio jurídico.

Tais deveres são denominados “anexos” pelo fato de não incidirem propriamente sobre o objeto do contrato, mas sim de forma lateral ou paralela em relação àqueles bens da vida negociados no bojo do pacto. Justamente por não incidirem sobre as obrigações expressamente previstas, o seu descumprimento por uma das partes não enseja o que se entende classicamente por inadimplemento total ou por mora, gerando, na verdade, a chamada “violação positiva de contrato”.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves,

Esses deveres anexos ou secundários excedem o dever de prestação e derivam diretamente do princípio da boa-fé objetiva, tais como os deveres laterais de **esclarecimento** (informações sobre o uso do bem alienado, capacitações e limites), de **proteção** (como evitar situações de perigo), de **conservação** (coisa recebida para experiência), de **lealdade** (não exigir cumprimento de contrato com insuportável perda de equivalência entre as prestações), de **cooperação** (prática dos atos necessários à realização plena dos fins visados pela outra parte) etc. (GONÇALVES, 2012, p. 59-60) [grifos nossos]

É de se ressaltar o caráter exemplificativo do rol de deveres anexos mencionados pelo célebre civilista, em vista da abertura interpretativa que é própria da cláusula geral da boa-fé objetiva.

Constata-se, portanto, diante dessas brevíssimas linhas, o largo alcance doutrinário e jurisprudencial do princípio da boa-fé objetiva e de seus corolários em matéria contratual civil.

A boa-fé objetiva e a lealdade em matéria processual

Conforme visto acima, a presente ordem contratual civil rechaça com veemência a prática de comportamentos que impliquem em um exercício abusivo de po-



sições jurídicas, ainda que tais condutas só possam ser identificadas com clareza diante das nuances dos casos concretos.

Contudo, em matéria processual civil, ainda subsiste grande aceitação da concepção de que às partes contrapostas na relação jurídica processual é dado comportar-se de modo ostensivamente antagônico, o que sem dúvidas privilegia a perpetuação do anacrônico modelo adversarial de resolução de conflitos.

Até mesmo a moderna doutrina confirma, eloquentemente, a subsistência de tal concepção:

Acreditar que as partes atuam de forma desinteressada, sempre na busca da melhor tutela jurisdicional possível, ainda que contrária a seus interesses, é pensamento ingênuo e muito distante da realidade. **Negar a característica de um jogo ao processo é fechar os olhos a uma realidade bem evidente, vista diariamente na praxe forense.** O processo, ao colocar frente a frente pessoas com interesses diametralmente opostos – ao menos na jurisdição contenciosa – e nos mais das vezes com ânimos exaltados, invariavelmente não se transforma em busca pacífica e cooperativa na busca da verdade e, por consequência, da justiça, que fatalmente interessa a um dos litigantes, mas não ao outro. (NEVES, 2014, p. 99). [griossossos]

Ora, tal realidade não pode mais ser acatada com ares de resignação pela comunidade jurídica. É própria do processo civilizatório a paulatina abominação de comportamentos pelo quais se busca, por meio da força e da sagacidade, a sobreposição perante a razão e perante a isonomia. O aperfeiçoamento das instituições democráticas visa justamente a impedir a reprodução de condutas desleais, bem como a incentivar as práticas tendentes a dignificar o humano enquanto ser dotado de legítimas expectativas a serem protegidas.

Há muito a ser feito para adaptar definitivamente os ditames do princípio da boa-fé objetiva para a seara processual. Um dos entusiastas desse novo modelo de processo cooperativo é o professor Fredie Didier Jr., que com o brilho e a didática que lhe são habituais, traz à tona a seguinte lição:

A consagração do princípio da boa-fé processual foi resultado de uma expansão da exigência de boa-fé do direito privado ao direito público. A jurisprudência alemã entendeu aplicável o §242 do Código Civil alemão (cláusula geral de boa-fé) também ao direito processual civil e penal. De um modo geral, a doutrina seguiu o mesmo caminho. Na verdade, a boa-fé objetiva expandiu-se para todos os ramos do Direito, mesmo os “não-civis”.

Sempre que exista um vínculo jurídico, as pessoas envolvidas estão obrigadas a não frustrar a confiança razoável do outro, devendo comportar-se como se pode esperar de uma pessoa de boa-fé. **Como acontece com qualquer relação jurídica, a boa-fé recai também sobre as relações processuais.** (DIDIER JR., 2010, p. 62) [grifos nossos]

O próprio Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição da República, já se ocupou de estabelecer as novas diretrizes do Processo Civil sob os influxos da principiologia da boa-fé objetiva. Conforme decidido pela Segunda Turma da corte máxima do Poder Judiciário, não há que se falar em devido processo legal sem a observância dos deveres de lealdade e boa-fé comportamental:

O princípio do devido processo legal, que lastreia todo o leque de garantias constitucionais voltadas para a efetividade dos processos jurisdicionais e administrativos, assegura que todo julgamento seja realizado com a observância das regras procedimentais previamente estabelecidas, e, **além, representa uma exigência de *fair trial* no sentido de garantir a participação equânime, justa, leal, enfim, sempre imbuída pela boa-fé e pela ética dos sujeitos processuais.** (RE 464963, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 14/02/2006, DJ 30-06-2006 PP-00035 EMENT VOL-02239-05 PP-00941 LEXSTF v. 28, n. 331, 2006, p. 323-333 RT v. 95, n. 853, 2006, p. 149-153) [grifos nossos]

Portanto, conclui-se, na linha do entendimento esposado pela Corte Suprema, que o princípio constitucional do devido processo legal não se limita ao dever de obediência às regras formais expressamente previstas na legislação processual. Além dessa observância, compõe o núcleo do aludido princípio o comportamento dos sujeitos processuais pautado nos ditames da boa-fé e da lealdade recíprocas.

3.1 A cláusula geral de boa-fé objetiva no Código de Processo Civil (art. 14, II)

Há certo consenso na doutrina de que é da norma trazida pelo art. 14, II, do Código de Processo Civil que se extrai o princípio da boa-fé objetiva em matéria processual. Segundo o mencionado dispositivo, “são deveres das partes e de todos os que de qualquer forma participam do processo: (...) II – proceder com lealdade e boa-fé”.



Portanto, é a partir da interpretação de tal norma geral que se torna possível vislumbrar, nos casos concretos, as infundáveis possibilidades de violações pontuais à lealdade e à confiança dos sujeitos processuais.

Ademais, algumas dessas posturas estão inclusive normatizadas no bojo do art. 17 do CPC, cujos incisos quais delimitam o conteúdo da chamada “litigância de má-fé”:

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 – interpor recurso com intuito manifestamente protelatório.

Em tais hipóteses tipificadas da mencionada “litigância de má-fé” (art. 17 do CPC), o legislador optou por ser coerente e punir a sua prática com a penalidade expressamente prevista no art. 18 do mesmo diploma legal, diga-se, o pagamento, à parte contrária, de multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa, bem como indenizá-la dos prejuízos que veio a sofrer, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.

No que se refere, contudo, a toda a gama de comportamentos contraditórios e desleais abrangidos pela cláusula geral (art. 14, II, do CPC), mas não constantes do rol expresso do art. 17 do mesmo diploma legal, a situação é diferente. Resente-se o sistema de mecanismos mais sofisticados de punição, o que poderia ser feito com a criação de novas modalidades de preclusão ou até mesmo com a criação de sanção de efetiva perda do direito de perseguir o direito material, nos casos mais graves de abuso de prerrogativas processuais. Ficam, portanto, tais sugestões, de *lege ferenda*.

3.2 O “Modelo cooperativo” de processo e os deveres de cooperação

Antes de tratar propriamente do que se entende por “modelo cooperativo de processo”, deve-se aclarar o que vem a ser um “modelo processual”.

“Modelo processual” nada mais é do que a formatação em que os diplomas processuais e a respectiva matéria processual estão dispostos, indicando a exis-

tência de um sistema jurídico coeso. Tal sistema, por sua vez, é fundamentalmente inspirado por determinada concepção política acerca do comportamento e das incumbências a que estão sujeitos todos aqueles que atuam impulsionando a marcha processual.

A depender do modelo processual adotado, exsurdirá a prevalência do papel de determinado sujeito processual sobre os demais ou a paridade entre eles.

Traçadas essas linhas, pode-se dizer com segurança que, segundo a doutrina, existem dois modelos processuais ditos tradicionais: o “modelo adversarial” e o “modelo inquisitorial”.

No modelo adversarial, regido pelo princípio dispositivo, dá-se preponderância à atuação das partes no processo. Já no modelo inquisitorial, regido pelo princípio inquisitivo, a figura do juiz é a que se destaca das demais. Mais uma vez, para melhor ilustrar o tema, vem à tona a lição de Fredie Didier Jr.:

Em suma, o modelo adversarial assume a forma de competição ou disputa, desenvolvendo-se como um conflito entre dois adversários diante de um órgão jurisdicional relativamente passivo, cuja principal função é a de decidir. O modelo inquisitorial (não adversarial) organiza-se como uma pesquisa oficial, sendo o órgão jurisdicional o grande protagonista do processo. (DIDIER JR., 2010, p. 74)

A esse ponto, cabe o questionamento acerca de qual seria o modelo adotado no sistema processual brasileiro. Na verdade, tal sistema é predominantemente adversarial (art. 128 do CPC), porém possui passagens claramente inquisitivas (art. 130 do CPC).

De posse dessa informação, urge argumentar sobre qual seria o modelo processual ideal (modelo cooperativo) e a sua relação com o tema da boa-fé processual.

O modelo de processo cooperativo visa a reduzir o caráter eminentemente adversarial do processo civil, com vistas a conter a proeminência da “cultura do litígio” e incentivar a cultura da cooperação processual.

O modelo cooperativo não visa a elevar a figura do juiz e reduzir as prerrogativas das partes, como pode parecer em uma análise apressada, mas sim estabele-



cer uma simetria que vise a uma condução mais salutar da marcha processual, a qual terá como consequência uma conciliação ou uma decisão judicial lastreada em uma cognição mais rica.

O pleno funcionamento desse “processo cooperativo”, e a concepção da marcha processual como uma “comunidade de trabalho” depende do cumprimento de determinados “deveres de cooperação” pelos sujeitos processuais, os quais podem ser elencados como dever de lealdade, dever de esclarecimento e dever de proteção. Tais deveres, assim como acontece no Direito Contratual, nada mais são do que regras tendentes a concretizar o princípio da boa fé objetiva em matéria processual, extremamente necessárias devido à fluidez dessa cláusula geral.

Para ilustrar o que foi exposto, colaciona-se abaixo excerto de decisão do Superior Tribunal de Justiça que consagra o reconhecimento da importância dos “deveres de cooperação” em sede processual:

Dentro do contexto dos deveres de cooperação e de lealdade processuais, é perfeitamente razoável assumir que a notificação remetida por uma das partes à outra, em atenção à determinação judicial e nos termos da Lei 6.015/73, supre a intimação de que trata o art. 525, I, do CPC. Agravo a que se nega provimento.

(STJ AgRg no AgRg no REsp 1187970/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/08/2010, DJe 16/08/2010)

Desta forma, conclui-se que o modelo cooperativo de processo é aquele que, respeitando a liberdade e as iniciativas das partes, permite que o Estado-juiz atue fundamentadamente no sentido de impedir a prática de condutas contrárias aos valores da lealdade e confiança em matéria processual, fundamentos éticos da boa-fé objetiva.

4 Considerações Finais

É estreme de dúvidas que o regime democrático fundado com a ordem constitucional de 1988 ainda padece com a subsistência um Processo Civil eminentemente adversarial, de excessiva inspiração liberal.

O pouco comprometimento com o enfoque ético, próprio de civilizações pouco evoluídas, precisa urgentemente dar lugar à concepção do processo como

uma “comunidade de trabalho”, apta a satisfazer os interesses de todos os sujeitos processuais de forma democrática.

Para tanto, é necessário uma consolidação legislativa, doutrinária, jurisprudencial e, principalmente, cotidiana das práticas processuais compatíveis com os valores subjacentes à boa-fé objetiva, com vistas à formação de um modelo processual plenamente cooperativo e compatível com a atual ordem constitucional.

Abstract

The article discusses the principle of good faith in contractual right under the Brazilian constitution, briefly confronting doctrinal concepts of three Brazilian civilists.

Key word: The principle of good faith.

Referências

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AgRg no Resp 1187970**. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 05 de agosto de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=11345528&num_registro=201000612602&data=20100816&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 28 set. 2014

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Resp 1154737**. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 21 de outubro de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=12650178&num_registro=200901967224&data=20110207&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 28 set. 2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **RE 464963**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 14 de fevereiro de 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=368520>>. Acesso em: 28 set. 2014.



DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2010. v. 1.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v.3.

NEVES, Daniel Assumpção Amorim. **Manual de Direito Processual Civil**. 6. ed. São Paulo: Método, 2014.

Referência do texto

SILVA, Felipe José Dias Martins da Rosa e. FILHO, Gabriel de Oliveira Cavalcanti. O princípio da boa-fé objetiva na relação processual civil democrática: em busca de uma consolidação. **Revista da Esmape**, v. 19, n. 39, jan./jun.2014. p. 79-90.

** Artigo recebido em: 30 set. 2014. Aprovado em: 15 out. 2014.*

Da necessidade de utilização das inovações tecnológicas como mecanismo de combate à morosidade do processo judicial, em especial no Tribunal do Júri

Hauler dos Santos Fonseca

Pós-Graduado pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), especialização em Direito Processual Civil. Pós-Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, especialização em Direito Constitucional. Mestrando em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco.

Resumo

A utilização de inovações tecnológicas no processo judicial penal vinculado ao tribunal do júri traz efetivo resultado na redução do tempo da demanda, promovendo a aceleração da ação criminal, com observância do postulado constitucional da duração razoável do processo, prevista tanto em tratados internacionais que regulam o respeito à dignidade da pessoa humana, quanto na Carta constitucional brasileira. Inovações possíveis no pro-

cesso judicial como a captação de audiências em sistema audiovisual e a prática de sessões simultâneas de julgamento, mostram-se métodos de combate à morosidade e, por conseguinte, da impunidade, como resposta ao anseio social.

Palavras-chave: Morosidade judicial. Impunidade. Processo judicial criminal. Tribunal do júri. Júri simultâneo.

1 Introdução

As breves linhas foram concebidas após estudos e efetiva participação em Mutirões Judiciais, em especial a partir da instalação do Regime Excepcional nas 1ª e 2ª Varas do Tribunal do Júri da Comarca de Jaboatão dos Guararapes, que possuíam considerável acervo processual, com a necessidade do desenvolvimento de técnicas que empreendessem maior velocidade ao curso procedimental.

Como se bem sabe, na tentativa de minimizar os efeitos da chamada morosidade processual, desde algum tempo que o direito processual penal brasileiro

vem sofrendo sucessivas reformas, a exemplo do que também acontecera na esfera cível, em busca de mecanismos que dotem o processo de inegável efetividade e, conseqüentemente, a ele confirmam meios que assegurem julgamento rápido das acusações criminais, com a absolvição ou condenação dos denunciados, nesta última hipótese, com a respectiva aplicação das penas adequadas ao caso concreto.

Aposta, com esta busca, o legislador brasileiro, aparelhar o processo de soluções que se mostrem viáveis no combate da morosidade.

Neste particular, o uso de inovações tecnológicas à disposição do homem evidencia-se como mais um mecanismo de combate à demora processual, contribuindo para a solução rápida do litígio, consoante almeja a sociedade contemporânea, aspecto sobre o qual fora desenvolvido este estudo.

2 Das reformas do processo penal

Diante do crescimento da criminalidade e da necessidade de a jurisdição ser prestada de forma célere, como engenho de combate à impunidade, mostrou-se oportuna a aprovação da Lei nº 11.719/2008 que, dando nova redação ao artigo 405 do Código de Processo Penal, possibilitou a utilização de mecanismos da tecnologia da informação, dentre os quais, a gravação de audiências em arquivos audiovisuais digitais, como ferramenta de agilização dos procedimentos previstos no referido código, de forma a finalizar-se, com maior agilidade, a instrução probatória, fazendo obter, com rapidez, o resultado esperado pelo processo.

Por sua vez, pode-se destacar ainda a vigência da Lei nº 11.900/2009, que conferindo nova redação a dispositivos do estatuto processual penal, desta feita ao artigo 185, viabilizou a realização, ainda que excepcional, do interrogatório do réu, através do sistema de videoconferência, o que, de sobremaneira, confere maior facilidade à conclusão da instrução processual e ao andamento do feito, com reflexo na duração razoável do processo, hoje princípio de índole constitucional.

Dada a oportunidade do tema, convém uma rápida análise sobre em que consiste esta garantia trazida pela Emenda Constitucional 45, do ano 2004, já prevista anteriormente em tratados internacionais.



3 A duração razoável do processo judicial

Não somente na seara do direito processual penal, mas também no âmbito do processo brasileiro como um todo, até mesmo administrativo, atualmente a duração razoável vem sendo uma questão de grande preocupação, dada a conscientização da sociedade dos seus direitos, com reflexo no crescimento da demanda judiciária, movimento iniciado no Brasil com a Constituição Federal de 1988, provocando um crescimento vertiginoso no número de processos ajuizados ano após ano.

A demora injustificada de um processo, seja judicial, seja administrativo, viola a garantia constitucional do devido processo legal (*due process of law*), inovação trazida na Carta Federal de 1988, “como garantia expressa das liberdades públicas, segundo a qual ninguém será privado da liberdade ou de seus bens, sem o devido processo legal”, este compreendido este como o processo procedimental ou material (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 680).

A garantia de resultado processual com o decurso de prazo razoável encontra-se também inserida nos diversos tratados internacionais sobre direitos humanos, a exemplo do Pacto de *San José da Costa Rica* – Convenção Interamericana de Direitos Humanos – que prevê, em seu artigo 8º, o direito da pessoa de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem os seus direitos ou obrigações de natureza civil, fiscal ou de qualquer natureza.

De igual forma, em termos semelhantes, dispõe a Convenção Européia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais – cujos termos expressam, em seu artigo 6º, nº 1, primeira parte, o direito da pessoa a que sua causa seja examinada equitativa e publicamente **num prazo razoável**, por um tribunal independente e imparcial instituído por lei, que decidirá sobre seus direitos e obrigações civis ou sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal contra ela dirigida.

Sobre o tema, a Corte Européia de Direitos do Homem estabeleceu critérios para a observância do respeito à duração razoável do processo, devendo-se verificar a complexidade do assunto, o comportamento dos litigantes e de seus pro-

curadores ou da acusação e da defesa no processo e a atuação do órgão jurisdicional (DIDIER JÚNIOR, 2008, v. I, p. 42).

Ao tratar do tema, com propriedade, o Prof. Marcelo Novelino leciona que, embora “a consagração deste princípio não seja propriamente uma inovação, uma vez que o direito a uma prestação jurisdicional tempestiva, justa e adequada já estava implícito na cláusula do devido processo legal substantivo (CF, art. 5º, LIV), é certo que ela contribui para reforçar a preocupação com o conteúdo e a qualidade da prestação jurisdicional”, devendo-se notar que tal postulado, “apesar de dirigido também ao juiz, tem como principal destinatário o legislador, impondo-lhe a tarefa de aperfeiçoar a legislação processual com o escopo de assegurar uma razoável duração ao processo” (NOVELINO, 2010, p. 452).

Firmadas tais considerações sobre a necessidade de se conferir ritmo célere ao processo, passamos à análise do uso da tecnologia da informação, colocada à disposição da administração judiciária como instrumento de celeridade processual e, por conseguinte, de adimplemento ao postulado constitucional.

4 O uso de meios digitais para a gravação audiovisual e digital na colheita da prova na instrução plenária do Tribunal do Júri

A permissão de uso de meios digitais para a gravação audiovisual e digital na colheita de prova mostrou-se, na forma já referida, como significativa evolução do processo judicial, idealizada como contribuição na busca de uma prestação da jurisdição rápida e segura, norteadas pelos princípios da economia e celeridade processuais, aliada à garantia da fidelidade da prova colhida.

Com a edição da mencionada Lei nº 11.689/2008, alterou-se outrossim a instrução plenária do Tribunal Popular do Júri, prevista artigo 475 do Código de Processo Penal, de maneira a possibilitar o registro de depoimentos e do interrogatório do réu pelos meios e recursos de gravação eletrônica, somando-se ao novo sistema de colheita da prova do processo penal, mostrando-se tão relevante quanto aquelas acima referidas, de forma a promover aceleração na instrução processual, agora da sessão de julgamento, respeitando-se a fidelidade da prova produzida.

A *novel* legislação regradora da obtenção da prova, da mesma maneira buscou conferir celeridade ao processo, modificando a sistemática processual então



vigente, permitindo a utilização de mecanismos que conferissem rapidez na colheita da prova, visto ser, o método até então utilizado, ineficaz, do ponto de vista da rapidez do procedimento, o que se verifica pela descrição textual da norma quando afirma que a prova obtida nesta sistemática objetiva maior fidelidade e **celeridade** na colheita.

Ao comentar sobre a modificação legislativa operada pelas Leis nºs 11.689/2008 e 11.719/2008, o Prof. Guilherme de Souza Nucci, afirma: "Além de ser perfeitamente viável a aplicação analógica do disposto no artigo 170 do Código de Processo Civil, que autoriza o uso da taquigrafia, da estenotipia, bem como de qualquer outro método – como as gravações – no processo penal, já há autorização legal no Código de Processo Penal. O ideal seria nem a máquina de datilografia e o ditado do juiz, nem a estenotipia, mas sim **a gravação de imagem e som do interrogatório**. Assim seria impossível distorcer exatamente o sentido do que o interrogado disse ou pretendeu dizer. Numa futura avaliação – seja por outro juiz, seja pelo Tribunal do Júri ou mesmo por Instâncias Superiores – tudo seria feito de modo direito, sem qualquer intermediação, o que acontece quando o magistrado dita as palavras do interrogado ou o estenotipista transcreve o depoimento" (NUCCI, 2008, p. 437-438).

Das palavras do insigne Professor, vê-se a preocupação com a fidelidade da prova obtida, vez que, com o depoimento colhido por meio de gravação audiovisual, não há espaço para futuras alegações de que algo nunca fora dito ou mesmo que às palavras deu-se um contexto diverso do que pretendeu expressar o interrogado ou a testemunha.

E prossegue, o referido mestre, que, ratificando a idéia, afirma que a reforma trazida pelas Leis 11.689/2008 e 11.719/2008 destinou-se à obtenção de maior fidelidade e celeridade na colheita da prova (NUCCI, 2008, p. 437).

A substituição do antigo procedimento por mecanismos de captação de som e imagem confere indubidosa celeridade ao procedimento, além e, principalmente, garante a fidelidade probatória, embasando julgamentos que sejam mais justo possíveis.

5 Da normatização do procedimento pelo Tribunal de Justiça de Pernambuco

Partindo-se do plano internacional, ingressando no âmbito nacional e chegando-se ao meio estadual, é de se destacar a iniciativa do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco que, no intento de regulamentar o procedimento no âmbito de suas unidades judiciárias, editou norma procedimental que fixa diretrizes sobre como se deverá produzir e armazenar a prova obtida através de mecanismo digital.

Tratou-se do Provimento de nº 10, editado ainda no ano de 2008, pela Corregedoria Geral do Estado de Pernambuco, que regulamentou e, ainda mais, **recomendou** a gravação de audiências em mídias digitais, dispondo a adoção de tais mídias eletrônicas como mecanismo preferencial da prática de atos processuais, para o registro da prova oral, das alegações das partes e da decisão judicial, sendo que, neste último caso, dever-se-á observar a necessidade de transcrição da parte dispositiva do julgado.

Menciona, da mesma forma, dito instrumento, a necessidade de produção de arquivos de segurança, tudo como forma de resguardo da prova produzida e da respectiva disponibilidade pelas partes e pelos julgadores, em caso de extravio, cuidando, dentre tantos outros aspectos, da vedação não autorizada do conteúdo da prova produzida.

Transcrevo, por oportuno, o referido instrumento normativo, a seguir:

PROVIMENTO Nº10 DE 13/05/2008 (DOPJ 14/10/2008)

Ementa: Regulamenta e **recomenda a gravação de audiências em mídia digital.**

O CORREGEDOR-GERAL DA JUSTIÇA, no uso de suas atribuições legais

Considerando constituir atribuição da Corregedoria Geral da Justiça a edição de atos de orientação e recomendação aos magistrados de Primeira Instância sobre matéria administrativa e judiciária, consoante estabelece os arts. 1o, 3o, 9o e 10 do Regimento Interno da Corregedoria Geral da Justiça e art. 35, do COJE;

Considerando que a Lei n.º 11.419, de 19 de dezembro de 2006, **adota a mídia eletrônica enquanto mecanismo preferencial da prática de atos**



processuais, entendendo-se como tal “qualquer forma de armazenamento ou tráfego de documentos e arquivos digitais” (art. 1º e § 2º, I);

Considerando que, de acordo com o art. 169, § 2º, do CPC, instituído pela Lei n 11.419/2006, os atos processuais praticados na presença do juiz poderão ser armazenados de modo integralmente digital em arquivo eletrônico inviolável, na forma da lei, mediante registro em termo próprio;

Considerando a permissão expressa prevista no art. 417, § 1º do CPC, instituído pela Lei nº 11.419/2006, de captação e gravação em meio digital de depoimentos e demais atos processuais praticados oralmente nas audiências;

Considerando que a **digitalização de atos processuais apresenta-se como instrumento de efetivação do princípio da “duração razoável do processo” introduzido pela EC n.º 45/2004;**

Considerando competir aos Tribunais a disciplina da prática oficial dos atos processuais perpetrados através de meios eletrônicos (CPC, art. 154, parágrafo único);

Considerando, enfim, que a Lei nº 11.419/2006 preceitua que a digitalização de atos processuais aplica-se, indistintamente, ao processo civil, penal e trabalhista;

RESOLVE:

Art. 1º – **Autorizar a gravação de audiências**, por meio de registro fonográfico ou **audiovisual digitais**, devendo a sua utilização ser efetuada segundo o arbítrio do Juiz.

§ 1º – O registro fonográfico ou audiovisual digitais das audiências aplica-se à prova oral, às alegações das partes e às decisões nelas proferidas, inclusive sentença, observando-se, neste último caso, o disposto no art. 2º, VII deste Provimento.

§ 2º – A gravação de atos processuais, em audiências, por meio eletrônico dependerá da existência de equipamento adequado que permita reprodução fidedigna das expressões verbalizadas oralmente, fornecido pelo Tribunal de Justiça ou pelo Juiz.

§ 3º – Havendo dificuldade de expressão da parte, testemunha, advogados ou demais intervenientes no processo, o juiz poderá utilizar o método tradicional de coleta de prova, fazendo constar as razões no termo de audiência.

§ 4º – O registro eletrônico de audiências não deverá ser empregado para o cumprimento de cartas precatórias, rogatórias ou de ordem quando o juízo de origem requerer a sua transcrição, devendo, nessa hipótese, ser destacado no termo de assentada a não utilização da gravação por meio eletrônico.

§ 5º – Se qualquer causa impeditiva da gravação ocorrer no curso da audiência, os depoimentos serão colhidos pelo sistema de datilografia ou digitação.

Art. 2º – A utilização do registro fonográfico ou audiovisual será documentada por termo de audiência, devidamente assinado pelo Juiz e pelos presentes à audiência, a ser juntado aos autos, onde constarão os seguintes dados:

I – data da audiência;

II – nome do Juiz que a preside;

III – local do ato;

IV – identificação das partes e seus representantes, bem como a presença ou ausência para o ato;

V – a presença dos representantes do Ministério Público ou da Defensoria Pública, nos feitos em que intervirem;

VI – ciência das partes sobre a utilização do registro fonográfico ou audiovisual, com a advertência acerca da vedação de divulgação não autorizada dos registros audiovisuais a pessoas estranhas ao processo;

VII – breve resumo dos fatos ocorridos na audiência, com suas principais ocorrências, a ordem de produção da prova oral colhida e as decisões proferidas, inclusive a sentença, devendo, neste último caso, constar, necessariamente, do termo de assentada o dispositivo do julgado.

Parágrafo Único – As testemunhas, informantes, peritos e assistentes técnicos assinarão termo de comparecimento.

Art. 3º – As declarações colhidas mediante utilização do sistema de gravação audiovisual ou fonográfica digitais devem ser registradas, de forma padronizada e seqüencial, em CD-ROM, que acompanhará os respectivos autos, devendo ser organizados da seguinte forma:

a) para cada depoimento corresponderá um arquivo distinto, identificado pelo nome da pessoa ouvida e data da audiência;

b) o CD-ROM será identificado pelo chefe de secretaria ou assessor do juiz com a numeração dos autos, através de escrita com caneta apropriada, de forma indelével, devendo ser assinado, ainda pelo Juiz e pelas partes;

c) a recusa da parte ou de seu advogado em apor assinatura no CD-ROM deve ser registrada no termo de assentada, sem, no entanto, invalidar os atos digitais;



d) o CD-ROM gravado será juntado aos autos, na seqüência imediatamente seguinte ao termo de audiência, armazenado em invólucro apropriado.

§ 1º – Para segurança dos dados, a secretaria judiciária competente promoverá cópia das gravações em CD-ROM em até quarenta e oito horas, contadas a partir do término da audiência respectiva.

§ 2º – É facultado às partes requerer, a qualquer momento, que a secretaria do Juízo faça cópia digital dos registros fonográficos ou audiovisuais de audiências, apresentando o indispensável CD-ROM junto com o requerimento, respeitada a vedação de divulgação constante do artigo 2º, VI deste Provimento.

§ 3º – Em sendo possível, a requerimento das partes, pode o Juiz determinar que seja remetida a gravação da audiência no endereço eletrônico respectivo.

Art. 4º – Para fins de interposição de apelação, as partes poderão requerer, justificadamente, a transcrição total ou parcial de declarações registradas na gravação eletrônica da audiência, quando necessário para a compreensão dos fatos ou em razão da complexidade da causa.

§ 1º – O termo de transcrição, a ser juntado nos autos, será elaborado por servidor da secretaria do Juízo, que certificará corresponder a reprodução aos termos das declarações registradas no sistema de gravação, intimando-se as partes para apresentarem impugnação no prazo de 48 horas.

§ 2º – Se, decorrido o prazo de conferência, não tiverem sido apontados erros na transcrição, o Chefe de Secretaria certificará nos autos a inexistência de impugnações.

§ 3º – Não havendo impugnação, o Chefe de Secretaria certificará a ocorrência; havendo, designará dia e hora para que os registros sejam exibidos, intimando-se as partes para o respectivo ato.

§ 4º – O impugnante deverá detalhar o objeto de seu inconformismo, indicando a expressão escrita que entenda não corresponder ao conteúdo gravado, bem como o que deveria estar transcrito, sob pena de indeferimento.

§ 5º – Depois da reprodução da gravação, será lavrado termo onde se registrará o seu conteúdo, e será resolvida a impugnação oposta;

§ 6º – A oferta de impugnação suspenderá o curso dos prazos processuais;

§ 7º – Constatada eventual falha na gravação ou deficiência quanto à percepção do registro, em sendo necessário, poderá ser designada audiência de reinquirição, total ou parcial.

Art. 5º – A parte que requerer a transcrição da gravação arcará com as despesas respectivas.

Art. 6º – Aplica-se o disposto neste Provimento aos processos: civil, penal e administrativo.

Art. 7º – Os arquivos de gravação serão mantidos até o trânsito em julgado da sentença ou até o final do prazo para propositura de ação rescisória ou revisão criminal.

Parágrafo Único – As sentenças gravadas não serão eliminadas, equiparando-se este registro, para todos os fins, ao do Livro de Registro de Sentença.

Art. 8º – Este Provimento entra em vigor a partir da sua publicação, revogando as disposições em contrário.

Publique-se. Registre-se. Cumpra-se.

Recife, 13 de maio de 2008.

Des. José Fernandes de Lemos
Corregedor-Geral da Justiça¹

Viu-se, portanto, que o Tribunal de Justiça de Pernambuco, mantendo-se na posição de vanguarda, há quase nove anos atrás, editou a normativa necessária para a utilização de mídias digitais, quando da gravação dos atos processuais praticados em audiência, munindo os seus magistrados com o aparato legal e orientador desta prática, inclusive recomendando a utilização do meio virtual. Ao que se vê, já mostrava, a Egrégia Corte de Pernambuco, preocupada não só com a economia financeira decorrente de tal proceder, mas, e, principalmente, com a celeridade que este procedimento representaria na condução do processo, frisando-se, como já dito, a preservação da fidelidade da prova produzida.

6 Da utilização do procedimento como efetivo mecanismo acelerador

Com a utilização da permissividade legislativa e da normativa interna, e a execução do procedimento de gravação de audiências, o que se verificou com a nova sistemática adotada foi uma aceleração imediata dos feitos, vez que as audiências passaram a ser realizadas com considerável rapidez, não havendo redução a termo do conteúdo verbalizado pelos interrogados, testemunhas ou

¹ Sem grifos no original.



vítimas, diminuindo-se, de maneira extremamente considerável, o tempo de duração das audiências e, respectivamente, da duração do processo judicial, com reflexo no número de audiências criminais realizadas e com instrução terminada no mesmo dia.

Ademais, a colheita das alegações finais orais trouxe grande ganho de tempo para o julgamento, sem a necessidade de abertura de vista posterior às partes para esta finalidade.

O maior entusiasmo deve-se registrar, entretanto, não se refere tão somente à celeridade e à economia proporcionadas pela sistemática digital de gravação de audiências, mas, de igual forma, à fidelidade da prova produzida com a nova sistemática.

Veja-se, com a gravação digital, tornou-se possível a captação de todo o conteúdo do que foi verbalizado, além da expressão daqueles que estão a falar, o que se reveste de inovação extrema, pois viabilizada se tornou a percepção dos sentimentos que vêm acompanhados da expressão verbal, como choro, raiva e eventual dissimulação.

7 Da utilização no Regime Especial instalado na 2ª Vara do Tribunal do Júri da Comarca de Jaboatão dos Guararapes

Os Mutirões Judiciais foram criados para agilizar a prestação da jurisdição em situações de emergência, sendo esta sistemática adotada pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com os Tribunais de Justiça Estaduais, devido à grande demanda judicial desta justiça comum, que detém competência jurisdicional residual.

Sem querer adentrar no mérito sobre a eficácia ou não de mutirões judiciais, *data venia* as opiniões em contrário, entendo que estes vêm a ser uma solução rápida para um entrave momentâneo e particular, vindo a responder, com rapidez, à espera social, da providência do Estado-Juiz.

Em tais condições, abriu-se a possibilidade de utilização do sistema de gravação de audiências da primeira fase do procedimento do Tribunal do Júri, inclusive, **com a prolação da respectiva decisão** (pronúncia, impronúncia, desclassifica-



ção e absolvição sumária) após a colheita das alegações orais do Ministério Público e da Defesa, eis que finalizada a instrução probatória, conforme autoriza o Código de Processo Penal.

Este procedimento agilizou sobremaneira o curso do procedimento, visto que todos os envolvidos passaram a ser, desde logo, intimados da decisão prolatada, reduzindo todos os custos do processo, concentrando numa única audiência (em que foram ouvidas as testemunhas e eventuais vítimas, além de interrogado o acusado), a prática de todos os atos processuais subsequentes, tornando diminuído o tempo gasto pelo processo criminal.

8 Da manifestação das partes alusivas ao requerimento de diligências para a sessão plenária (artigo 422 do CPP) na própria audiência

Todavia, com o decorrer dos dias no âmbito do Regime Especial, vendo a necessidade de uma agilização ainda maior no procedimento, foi-se um pouco mais adiante.

Nos casos de prolação de decisão de pronúncia e havendo preclusão da decisão, em decorrência de renúncia ao prazo recursal, passou-se à imediata concessão às partes de oportunidade, dentro ainda da audiência, para o requerimento das diligências voltadas ao plenário, consoante determina o artigo 422 do Código de Processo Penal, que, após a respectiva análise, seriam deferidos ou não, designando-se, desde logo, da data para ocorrência da sessão de julgamento.

Tal proceder como um todo, desde o início da colheita das provas por meio digital até a designação da sessão plenária, **realizado dentro de um mesmo ato processual**, contribuiu, sensivelmente, para a total aceleração do procedimento.

Esta sistemática, frise-se, inclusive, tem alcance maior que aquela sugerida no item "a", do Subgrupo Fase Judicial, nº 1, da Estratégia Nacional de Justiça e Segurança Pública (Meta 3 da Enasp), que prevê a adoção de maior efetividade ao princípio da oralidade, garantindo que as audiências concentrem o maior número possível de atos processuais, inclusive com debates orais e sentença no ato, vez que referida Estratégia recomenda a execução dos atos até a prolação da sentença, enquanto que, no referido juízo, são realizados todos os atos subsequentes, inclusive com agendamento da data da sessão de julgamento.



9 Das sessões plenárias digitais

Com o desenvolver dos trabalhos do Regime Especial, houve a possibilidade de realização de sessões de julgamento do Tribunal do Júri da 2ª Vara da Comarca de Jaboatão dos Guararapes, com a utilização de diversos recursos tecnológicos, objetivando a finalização do julgamento no menor tempo possível, tudo isto sem mácula ao princípio da plenitude da defesa, de observância obrigatória.

Trouxe-se a possibilidade de exibição dos depoimentos das testemunhas colhidos na primeira fase do procedimento, em substituição às suas oitivas testemunhais plenárias, com o auxílio de retroprojetor, quando requeridas pelas partes, que passaram a optar por este procedimento, possibilitando a verificação, pelos jurados, do conteúdo verbalizado pela testemunha em sua oitiva judicial inicial.

Esta sistemática, mais uma vez, adiciona rapidez na conclusão da sessão de julgamento e permite a conclusão do procedimento dentro de prazo menor, reduzindo o cansaço natural decorrente de longas sessões, poupando os julgadores, as partes e o magistrado.

10 Do júri simultâneo

Uma das questões de grande repercussão na aceleração dos procedimentos das Varas do Tribunal do Júri, que poderia impactar o número de processos pendentes de julgamento, diz respeito ao método desenvolvido pelo Dr. Aluizio Pereira dos Santos, Juiz de Direito da 2ª Vara do Júri em Campo Grande, Mato Grosso do Sul, conhecido como júri simultâneo.

Referido procedimento inova, na medida em que possibilita que o magistrado presida, **ao mesmo tempo**, duas sessões plenárias de julgamento pelo Tribunal do Júri, levando a cabo, no mesmo instante, dois processos criminais.

A dinâmica do procedimento dá-se da seguinte forma:

(I) são marcados dois julgamentos para acontecerem cada um em um dos auditórios do Tribunal do Júri;

(II) aberta a primeira sessão, o Juiz exerce os atos processuais até o momento da abertura da palavra às partes para o início dos debates;

(III) após o início dos debates o Juiz se dirige ao segundo auditório e instala a sessão oficiando, identicamente, até o início dos debates;

(IV) após isto, o Juiz preside um dos julgamentos pessoalmente e acompanha o desenrolar do outro através de um monitor de televisão;

(V) caso ocorram situações conflitantes no Julgamento em que o Juiz não está, suspende-se a sessão até a chegada do Juiz para proferir decisão acerca da controvérsia;

(VI) a sessão que não é presidida pessoalmente pelo Magistrado, é “assistida” por um assessor jurídico, por um analista judiciário, por um escrivão e por dois oficiais de justiça².

A prática, segundo afirma o referido procedimento administrativo que teve curso no CNJ, **além de ter prévia concordância plena das partes envolvidas**, decorreu da morosidade do Poder Judiciário brasileiro e da necessidade de sair do campo filosófico e realizar algo concreto.

Informa, o dito magistrado, ter aproveitado o “fato de serem dois plenários do Tribunal do Júri no fórum, inclusive conjugados, ou seja, um ao lado do outro, surgiu a idéia de marcar dois julgamentos no mesmo dia, com horários de atos processuais essenciais alternados e mesmo assim evidentemente com rígidos critérios. De forma que são agendadas tentativas ou homicídios consumados, preferencialmente simples ou com uma qualificadora. **Não se agenda obviamente quando há vários réus, vítimas ou testemunhas, bem como de repercussão ou complexos em razão da natureza dos fatos”.**

A questão, posta a enfrentamento pelo Conselho Nacional de Justiça, deteve julgamento que restou assim ementado:

EMENTA: PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. OAB/MS. CONSULTA. JÚRI SIMULTÂNEO. LEGALIDADE. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS. EXCEPCIONALIDADE. A prática do júri simultâneo, como

2 Consoante descrito no PP nº 2008.10.00.002640-7, que tramitou no Conselho Nacional de Justiça (CNJ).



descrito neste caso concreto, não é imposta aos réus nem à defesa nem ao Ministério Público. O devido processo legal é respeitado *in totum*, desde a elaboração da pauta, onde àqueles que não quiserem participar da prática é possibilitada a retirada do seu processo, e mesmo ao final dos debates, quando é perguntado às partes se sofreram prejuízo, hipótese que torna possível a dissolução do Conselho de Sentença antes da votação e a marcação de nova pauta para realização desse julgamento exclusivo. Assim, e desde que inexistente qualquer prejuízo para as partes, **não se vislumbra óbice administrativo que impeça o Juízo requerido em manter a prática de sua nova metodologia, a permitir uma pauta de julgamento em dia, e o respeito ao direito constitucional conferido ao jurisdicionado, em receber do Estado um julgamento em prazo razoável.** Consulta que se conhece e se responde no sentido de que seja assegurada às partes o direito de escolha, somente permitida tal prática se a defesa, o Ministério Público e seu assistente, se houver, estiverem todos de acordo, para que não haja nenhum prejuízo que possa ser alegado. A presença do Juiz Presidente deve ser assegurada como neste caso, dada a existência de plenários contíguos e a transmissão ao vivo com vídeo e áudio para as duas salas. Decisão tomada por maioria de votos. (Pedido de Providências nº 2008.10.00.002640-7, Rel. Conselheiro Técio Lins e Silva). (sem grifos no original).

Vê-se que acaso conjugada esta sistemática com o procedimento até então manejado, de utilização dos recursos tecnológicos disponíveis na primeira e segunda fase, bem como no plenário, ter-se-á, indiscutivelmente, reflexo positivo no número de processos aptos a julgamento, com a diminuição do número de feitos em tramitação.

Por sua vez, a realização de mais de uma sessão diária de julgamento pelo Tribunal do Júri, sem sombra de dúvidas, trará diminuição do acervo processual, sem que haja mácula ao devido processo legal e ao princípio da plenitude de defesa, orientadores do processo criminal em discussão.

Diante de todo o panorama até então enfrentado, é de entender-se pela possibilidade de implementação de ações específicas, em benefício da celeridade processual.

Torna-se adequado, no âmbito das Unidades Jurisdicionais com competência exclusiva do Tribunal do Júri, o desenvolvimento de ações que vão desde a necessidade de atuação conjunta de dois magistrados, passando por lotação mínima de servidores, até o aparelhamento necessário com recursos tecnológicos adequados, como mecanismos para efetiva implementação de aceleração do processo.

A designação de dois magistrados para atuação exclusiva na Vara do Tribunal do Júri, sendo um com atuação preferencial na 1ª fase procedimental e outro com atuação preferencial na 2ª fase, a disponibilização de equipamentos às Varas Privativas do Tribunal do Júri, compostos de câmeras para captação de imagem e som e transformação em arquivos digitais, além de retroprojeter, o treinamento de magistrados para utilização auxiliada de tais equipamentos, são alguns pontos que otimizariam o tempo gasto com a oitiva de testemunhas e acusados em audiência una de instrução e julgamento.

Sugere-se, ainda, um treinamento específico para os servidores e a padronização das rotinas de trabalho, com reflexo nos custos do próprio Tribunal envolvido.

Outro aspecto que se mostra adequado, é a lotação de um número mínimo de servidores, nunca inferior a quatorze, em cada Vara Privativa do Tribunal do Júri, com vinculação distribuída entre 1ª fase procedimental e 2ª fase procedimental, além de um número mínimo de cinco oficiais de justiça.

Tal preocupação com o número de servidores decorre das várias atividades extras que serão levadas a efeito por oportunidade da implementação total de um projeto desta natureza, em especial as duas sessões plenárias simultâneas do tribunal do júri, o que justifica a disponibilidade de servidores para assistência ao magistrado, visto que dois servidores da secretaria e dois oficiais de justiça deterão contínua atuação em cada plenário, sendo um servidor e um oficial em cada plenário.

Além do mais, ao mesmo tempo em que serão realizados júris simultâneos por um dos magistrados, o outro permanecerá em atuação na primeira fase do procedimento, realizando audiências de instrução e julgamento, o que demanda a disponibilidade de um servidor para acompanhá-lo.



11 Conclusão

Diante de todo o panorama até então enfrentado, é de entender-se pela possibilidade de implementação de ações específicas, em benefício da celeridade processual, no âmbito do Tribunal do Júri.

Defense-se que a implementação de medidas como as descritas contribuirá, sem sombra de dúvidas, para a redução do tempo de tramitação dos feitos vinculados aos juízos privativos do Tribunal do Júri.

Ademais, o uso de novas tecnologias para aceleração da prestação da jurisdição mostra-se como fator estimulante para a busca de novos números positivos para os Tribunais em geral, alcançando-se o anseio social.

Por seu turno, o desenvolvimento de métodos de trabalho voltados para a celeridade processual como, por exemplo, a concentração de atos processuais em audiência contribuirão sobremaneira para a consecução dos resultados desejados.

Tais procedimentos permitirão, ainda mais, o atendimento ao anseio social de resposta da justiça aos casos a ela postos, minimizando a impunidade e o atraso no julgamento dos processos.

Abstract

The use of technological innovations in the criminal justice process linked to the jury brings effective results in reducing the time demand, promoting the acceleration of the criminal action, in compliance with the constitutional principle of reasonable duration of the proceedings, provided both in international treaties governing the respect for the dignity of the human person, as in the Brazilian consti-

tutional Charter. Possible innovations in the judicial process as the capture of testimonials on audiovisual system and the practice of simultaneous sessions of trial, the length fighting methods are shown and, therefore, impunity, in response to social anxiety.

Key words: Lengthy judicial. Impunity. Criminal prosecution. Jury – Simultaneous. Jury.

Referências

Normas internas do Tribunal de Justiça de Pernambuco. Disponíveis em: <www.tjpe.jus.br>.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2007. v. 2

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. 10. ed. 1. Salvador: JusPodivm, 2008. v.1

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Método, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

Referência do texto

FONSECA, Hauler dos Santos. Da necessidade de utilização das inovações tecnológicas como mecanismo de combate à morosidade do processo judicial, em especial no Tribunal do Júri. **Revista da ESMape**, Recife, v. 19, n. 39, p. 91-108, jan./jun. 2014.

* Artigo recebido em: 8 out. 2014. Aprovado em: 20 out. 2014.

Avaliação da empresa nos processos de inventário

Ivanildo Figueiredo

Doutor e Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).

Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito do Recife (UFPE). Tabelaio.

Resumo

O falecimento de uma pessoa que era titular de uma empresa, como empresário ou sócio de sociedade, tem como consequência legal a necessidade de avaliação da empresa e de contabilização no inventário da participação dos herdeiros nesses ativos, para efeitos de partilha. Este trabalho procura analisar os procedimentos legais para avaliação da empresa e

apuração dos haveres, atualizando a interpretação das normas legais incidentes, com base na jurisprudência e nas contribuições doutrinárias ao estudo do tema.

Palavras-Chave: Avaliação de empresas. Sucessão de sócio ou empresário. Inventário. Apuração de haveres.

1 A sucessão do empresário e do sócio de empresa

O valor de uma empresa não se expressa através de um número exato e preciso. Isto porque existem diversos critérios e fórmulas contábeis aplicáveis à avaliação da empresa. A partir da análise da sua contabilidade e das demonstrações financeiras, uma empresa pode ser avaliada segundo seu valor contábil ajustado, pelo valor patrimonial real, por seu valor de mercado, ou ainda, pelo valor do seu aviamento (*goodwill*).

A avaliação da empresa depende de uma série de fatores, objetivos e subjetivos,¹ que devem ser cuidadosa e criteriosamente apurados nos processos de

¹ Na opinião de Fábio Ulhoa Coelho, o direito empresarial caracteriza-se como um direito-custo, sendo, todavia, influenciado e moldado, como toda matéria jurídica, pelos fatores subjetivos inerentes à dogmática: "As variáveis próprias do cálculo qualitativo da tecnologia jurídica afastam a perspectiva de uma absoluta objetividade do cálculo empresarial. Claro que se pode falar numa objetividade relativa ou em graus diferentes de precisão, mas pretender quantificar com exatidão estatística a probabilidade de êxito em demandas judiciais é despropositado. A parte qualitativa do cálculo convive necessariamente com maior ou menor grau de imprecisão, e mesmo a parte desse cálculo feita por operações matemáticas (por exemplo, a base de cálculo de um imposto) pode ser afetada pela natureza retórica do conhecimento jurídico (como as divergências jurisprudenciais). A despeito dessa complexidade, no entanto, as normas jurídicas que

inventário, quando o falecido era titular de uma empresa individual, sócio ou acionista de sociedade empresária. Em primeiro lugar, deve ser ressaltado que tal questão não se prende, exclusivamente, aos efeitos sucessórios, ao modo como o patrimônio empresarial ou societário será atribuído ou partilhado entre os herdeiros do falecido. O problema em análise importa, também, em relevantes implicações de natureza tributária, especialmente para quantificação da base de cálculo do imposto de transmissão *causa mortis*, assim como para determinação do valor pelo qual as quotas ou participações na empresa ingressarão no patrimônio dos herdeiros, para efeito de imposto de renda sobre ganho de capital.

O obstáculo preliminar que sempre surge na discussão deste assunto resulta dos conflitos teóricos entre os próprios profissionais e acadêmicos da área contábil, que até hoje ainda não definiram um modelo homogêneo para avaliação da empresa, provocando, como afirmado por Eliseu Martins, uma “grande confusão”.² Os métodos de avaliação das empresas, na verdade, são variáveis na medida em que as finalidades dessa valoração também podem ser distintas, dependendo do ato ou negócio jurídico, quando se destina para fins de alienação da empresa ou do seu controle, de cisão patrimonial, para apuração de haveres de sócio retirante ou dissidente, ou no caso de sucessão hereditária, como objeto do presente estudo.

Ao falecer o sócio de sociedade empresária, as suas quotas representativas do capital, regra geral, devem ser avaliadas e liquidadas, para pagamento aos herdeiros.³ Se o contrato social estipular em sentido diverso, admitindo o ingresso dos herdeiros na sociedade, mesmo assim as quotas e haveres do sócio falecido devem ser incluídas no inventário.⁴ Isto porque os sucessores, além da transmissão

repercutem nos custos da empresa devem ser editadas, estudadas, interpretadas e aplicadas com a maior objetividade que se possa alcançar, de forma a contribuir o direito para o aperfeiçoamento do cálculo empresarial e, em última análise, para o desenvolvimento e organização da empresa e da economia”. COELHO, Fábio Ulhoa, **Curso de Direito Comercial – Direito de Empresa**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1, p. 54.

- 2 “A grande confusão parece, pelo menos em parte, devida à não percepção de que todos os modelos até hoje surgidos nada mais são do que visões temporalmente diferentes do mesmo objeto: o patrimônio. E mais, são todos eles, numa perspectiva ainda mais simples, visões temporais de um único elemento patrimonial: o caixa. Parece que, como fruto dessa falta de visão conjunta e abrangente, nasceu a ideia de que os modelos são conflitantes, mutuamente excludentes; de que a avaliação contábil nada tem a ver com a avaliação patrimonial, e avaliar uma empresa é, primeiramente, desprezar a avaliação contábil; lucro é uma coisa, caixa é outra; e outras bobagens mais.” MARTINS, Eliseu, *Avaliação de empresas: da mensuração contábil à econômica*, São Paulo: Atlas, 2001. p. 17.
- 3 **Código Civil – Art. 1.028.** No caso de morte de sócio, liquidar-se-á sua quota, salvo: I – se o contrato dispuser diferentemente; II – se os sócios remanescentes optarem pela dissolução da sociedade; III – se, por acordo com os herdeiros, regular-se a substituição do sócio falecido.
- 4 **Código de Processo Civil – Art. 993.** Dentro de 20 (vinte) dias, contados da data em que prestou o compromisso, fará o inventariante as primeiras declarações, das quais se lavrará termo circunstanciado. No termo, assinado pelo juiz, escrevem e inventariante, serão exarados: (...) V – a relação completa e individuada de todos os bens do espólio e dos alheios que nele forem encontrados, descrevendo-se: (...) e) os títulos da dívida pública, bem como as ações, cotas e títulos de sociedade, mencionando-se lhes o número, o valor e a data.



hereditária, devem exercer os mesmos direitos societários e patrimoniais antes detidos pelo sócio falecido. Para efeitos sucessórios, portanto, pode o contrato social estabelecer regra específica de apuração dos haveres do sócio falecido ou para o ingresso dos herdeiros na sociedade.

A solução a ser conferida a cada hipótese concreta depende, por óbvio, da condição do sócio falecido, se majoritário ou minoritário na empresa. Sendo o sócio majoritário, titular de mais da metade do capital social e controlador da sociedade, o natural é que os herdeiros assumam a condição de sócios e prossigam com a empresa familiar. No caso do sócio falecido ser minoritário, geralmente é mais comum a apuração dos haveres para pagamento e partilha entre os herdeiros. De qualquer modo, o valor da empresa do qual o falecido era titular ou integrava deve ser quantificado e inserido no processo sucessório, proporcionalmente à sua participação no capital.

Em determinadas situações, observa-se que o patrimônio do empresário ou investidor consiste, predominantemente, em participações societárias ou de empresas, inclusive porque, em diversos casos, até mesmo seus bens imóveis e ativos de maior valor ficam registrados no nome de pessoas jurídicas. Isto ocorre, geralmente, em empresas *holdings* familiares e em sociedades patrimoniais e de investimentos, que são constituídas como estratégia de proteção de bens particulares e também como medida de planejamento tributário e sucessório. Nesses casos, a maior parte do patrimônio da pessoa falecida está concentrada em participações, quotas e ações de pessoas jurídicas, e não na pessoa física.

Aberta a sucessão, todas as participações do falecido em empresas, sociedades empresárias ou simples, companhias anônimas, abertas ou fechadas, devem ser arroladas ou informadas, detalhadamente, no processo de inventário, seja este promovido na esfera judicial ou na extrajudicial. O art. 993, parágrafo único, do CPC, diferencia os procedimentos de levantamento de informações em razão do tipo da empresa, se firma individual ou sociedade empresária, adotando redação anterior à classificação hoje constante do Código Civil de 2002.⁵

No caso da firma ou empresa individual, em que a propriedade da empresa pertence a uma única pessoa, o empresário (CC/2002, art. 966), não se aplica o procedimento de apuração de haveres, mas sim a contabilização do valor da em-

5 **Código de Processo Civil – Art. 993. (...)Parágrafo único.** O juiz determinará que se proceda: I – ao balanço do estabelecimento, se o autor da herança era comerciante em nome individual; II – a apuração de haveres, se o autor da herança era sócio de sociedade que não anônima.



presa levantado no balanço patrimonial. Idêntico procedimento passou também a ser adotado no caso da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI, introduzida pela Lei 12.441/2011 (CC/2002, art. 980-A), inclusive se os herdeiros do empresário falecido pretendam dar continuidade à empresa.⁶ Como aplicam-se supletivamente à EIRELI as normas de regulação da sociedade limitada (CC/2002, art. 980-A, § 6º), a avaliação da empresa será expressa, também, nos balanços patrimonial e de resultado econômico.⁷

O CPC exclui da apuração de haveres (art. 993, parágrafo único), os direitos do acionista na sociedade anônima. Tal exclusão é lógica e até óbvia, vez que a sociedade anônima é um tipo de sociedade de capital, sem vínculo pessoal entre os sócios, e as ações são títulos livremente negociáveis. O falecimento do acionista produz como única consequência a transferência da propriedade das ações para seus herdeiros, conforme assim seja determinado e atribuído na partilha, cabendo à companhia promover, nos termos da lei de sociedades anônimas, a averbação nos registros de ações nominativas.⁸

Todavia, a sociedade anônima é classificada, pela lei, em dois tipos: a companhia aberta, que negocia suas ações e títulos societários no mercado de capitais, e a companhia fechada, que não submete suas ações para negociação ao público.⁹ No caso da companhia aberta, o valor da participação do acionista falecido no capital, isto é, o valor das suas ações, é determinado pela cotação, em bolsa de valores, na data da abertura da sucessão. Daí não existir necessidade de apuração de haveres nessa modalidade de sociedade anônima. A exclusão do inciso II do parágrafo único do art. 993 do CPC, contudo, não se aplica à sociedade anônima fechada. A companhia fechada, geralmente, é uma empresa constituída por poucos acionistas, na maioria das vezes de natureza familiar. As-

6 A extinção poderá ser realizada por ato de vontade ou diante do falecimento do titular, cujos herdeiros não intencionam o prosseguimento da empresa individual (EIRELI). Na hipótese desenhada, quando os herdeiros ou sucessores estiverem em sintonia pela não continuidade do negócio, de acordo com a liquidação de bens, judicial ou extrajudicial, haverá necessidade de juntada da certidão contendo o inteiro teor para efeito de extinção do negócio. (...) Durante o intervalo de tempo entre o óbito e a finalização do inventário, ou arrolamento de bens, poderá ser encarregada pessoa de confiança do Juízo para adjetivar administração provisória e objetivar a liquidação do patrimônio do empresário individual falecido. ABRÃO, Carlos Henrique. **Empresa individual**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 75.

7 **Código Civil – Art. 1.065**. Ao término de cada exercício social, proceder-se-á à elaboração do inventário, do balanço patrimonial e do balanço de resultado econômico.

8 **Lei 6.404/1976 – Art. 31**. A propriedade das ações nominativas presume-se pela inscrição do nome do acionista no livro de “Registro de Ações Nominativas” ou pelo extrato que seja fornecido pela instituição custodiante, na qualidade de proprietária fiduciária das ações. (Redação da Lei 10.303/2001). (...) § 2º A transferência das ações nominativas em virtude de transmissão por sucessão universal ou legado, de arrematação, adjudicação ou outro ato judicial, ou por qualquer outro título, somente se fará mediante averbação no livro de “Registro de Ações Nominativas”, à vista de documento hábil, que ficará em poder da companhia.

9 **Lei 6.404/1976 – Art. 4º** Para os efeitos desta Lei, a companhia é aberta ou fechada conforme os valores mobiliários de sua emissão estejam ou não admitidos à negociação no mercado de valores mobiliários.

sim, a sua estrutura societária assemelha-se à das sociedades contratuais, como a sociedade limitada. Por essa razão, a jurisprudência tem admitido que a sociedade anônima fechada, cujas ações não possuem cotação em bolsa de valores, pode ser submetida, no caso de falecimento de acionista, principalmente do acionista controlador, a processo de apuração de haveres, nos mesmos moldes aplicáveis à sociedade limitada.¹⁰

O procedimento de apuração de haveres nas sociedades contratuais e companhias fechadas dependerá, pois, do modo como assim estabelecer o contrato ou estatuto, conforme ensina Hernani Estrela.¹¹ Deve o contrato, em nome da própria preservação da empresa e da harmonia nas relações entre os sócios, definir o modelo de avaliação do patrimônio da empresa, a possibilidade de ingresso dos herdeiros como sócios, o prazo e condições de pagamento dos haveres, questões mais relevantes no âmbito desse processo sucessório. Cabe ressaltar que a norma geral do art. 1.028 do Código Civil é regra aplicável à sociedade simples, não existindo norma específica regulando a hipótese de falecimento do sócio na sociedade limitada. Caso o contrato social da limitada adote a regulação supletiva pela lei das sociedades anônimas (CC/2002, art. 1.053, parágrafo único), o art. 1.028 deixa de ser aplicável, competindo, portanto, apenas ao contrato social, regular a matéria de sucessão do sócio.

10 **Ação rescisória. Processo de inventário. Anulação de partilha e avaliação das ações de sociedade anônima familiar fechada pelo seu valor real. Alegação de violação de disposição literal do art. 993, Par. Único, inc. II, do CPC. Inocorrência.** I – Inviável a rediscussão, em ação rescisória, da admissibilidade de recurso especial, ainda que conhecido. Precedentes. II – O cabimento da ação rescisória no Superior Tribunal de Justiça não se condiciona à ausência de debate, no acórdão rescindendo, do dispositivo de lei reputado como literalmente violado. III – Acórdão rescindendo que, com base no princípio da igualdade, anulou a partilha homologada pelas instâncias ordinárias e determinou que nova fosse realizada após a avaliação do valor real das ações tituladas pela falecida, que não possuíam cotação em bolsa de valores ou equivalente. IV – Enquanto que a apuração dos haveres disciplinada pelo inciso II do parágrafo único do art. 993 do CPC, aplicável às sociedades não-anônimas, visa a liquidar a quota-parte do sócio falecido para a dissolução parcial da sociedade, a apuração de haveres determinada pelo acórdão rescindendo pretendeu apenas avaliar o valor real de ações de sociedade anônima familiar fechada, permitindo, na partilha, dando concreção ao princípio da igualdade positivado no art. 1775 do CC/16 (atual art. 2017 do CC/02). V – Ação Rescisória julgada improcedente. (STJ, 2ª Seção, AR 810/RS, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 16/06/2011).

11 Não há ninguém que desconheça a prática corrente, segundo a qual os contratos de sociedade, ordinariamente, contêm cláusulas reguladoras do modo por que se apurarão e pagarão os haveres de sócio que venha a deixar a sociedade, por efeito de retirada voluntária, exclusão, morte ou incapacidade superveniente, inclusive pela incorrência em quebra. Tais cláusulas se destinam, precipuamente, a preservar a substância do ente coletivo em relação aos outros sócios. Por assim pactuarem, querem todos, ao menos no momento da celebração do contrato, que a ocorrência de qualquer dessas causas não ponha termo ao vínculo societário, senão, limitadamente, a respeito daquele ou daqueles sócios envolvidos no evento. ESTRELA, Hernani. **Apuração dos haveres de sócio**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 3.



2 Critérios legais para avaliação da empresa

Na perspectiva do mercado, as empresas geralmente são avaliadas de acordo com a relação entre grau de investimento e nível esperado de retorno ou lucratividade. Assim ocorre nos casos de fusões, aquisições, ou mesmo nanegociação de ações de companhias abertas no mercado de capitais.¹² Para o investidor, o valor da empresa é medido pelo retorno que ele poderá auferir, como lucro, em determinado prazo, a partir do faturamento ou do movimento de caixa gerado pela atividade negocial.¹³ Desse modo, o método mais utilizado para avaliação da empresa é o denominado Fluxo de Caixa Descontado (FCD) ou, em inglês, *Discounted Cash Flow* (DCF).¹⁴

Outro modelo usual de avaliação é o que objetiva o cálculo do valor do patrimônio da empresa a preços de mercado, também definido como valor líquido de realização. De acordo com esse método, o empresário coloca-se diante da seguinte pergunta: “ganho mais vendendo meus ativos e pagando minhas dívidas ou continuando o negócio?”¹⁵ Diante dessa questão, os ativos da empresa são avaliados de acordo com o valor de mercado ajustado, e não apenas pelo custo histórico constante do balanço patrimonial, mas também incorporando as projeções de caixa para o futuro e, conseqüentemente, as expectativas de lucro.

Esses modelos complexos de avaliação aplicam-se nas operações e negócios entre investidores capitalistas e acionistas de companhias abertas e grandes empresas, no âmbito do mercado, não sendo apropriados para determinar

12 Há três maneiras de estimar o custo do patrimônio líquido de um negócio. Na primeira, obtemos modelos que medem o risco de um investimento e convertemos esse indicador de risco em um retorno previsto, que, por sua vez, se torna o custo do patrimônio líquido desse investimento. A segunda abordagem analisa as diferenças nos retornos reais de várias ações por longos períodos e identifica as características das empresas que melhor explicam as diferenças nos retornos. Então, utilizamos essa relação para prever os retornos patrimoniais esperados para cada uma das empresas. A última abordagem utiliza preços de mercado de ativos de risco para sustentar a taxa de retorno que os investidores estão dispostos a aceitar nesses investimentos. DAMODARAN, Aswath. **Avaliação de empresas**. Tradução Sonia Midori Yamamoto e Marcelo Arantes Alvim. 2.ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007. p. 20.

13 É comum hoje dizer que o valor econômico de qualquer bem corresponde ao valor presente do fluxo líquido de caixa que se espera esse bem produzirá no futuro. O mesmo se aplica ao caso da empresa como um todo; esse é o critério mais utilizado nos processos de avaliação de empresas para fins de negociação, fusão, cisão, privatização etc. O alvo é sempre o caixa e, no fundo, o que interessa é o futuro; tomamos decisões hoje para procurar maximizar nossos benefícios futuros. MARTINS, Eliseu. **Avaliação de empresas: da mensuração contábil à econômica**. **Caderno de Estudos**, São Paulo, USP, FIECAFI, v. 13, n. 24, p. 30, jul./dez. 2000.

14 A avaliação por fluxo de caixa descontado está fundamentada no conceito de que o valor de uma empresa está diretamente relacionado aos fluxos de caixa futuros que ela irá produzir, ou seja, a capacidade de geração de riqueza futura, considerando um grau de risco de seus ativos. A essência desta metodologia consiste em projetar futuros fluxos de caixa operacionais e trazê-los a valor presente por uma taxa de desconto apropriada, que mensure o risco inerente a estes fluxos e o custo de oportunidade dos capitais (Perez & Famá, 2003). MARTINS, Carlos Felisberto Garcia. **Avaliação de empresas em apuração de haveres judiciais**, UFRGS, <http://www.congressocfc.org.br/hotsite/trabalhos_1/121a.pdf, 27/09/2014>.

15 MARTINS, Eliseu. **Avaliação de empresas: da mensuração contábil à econômica**, op. cit., p. 34.



o valor patrimonial da empresa para efeitos sucessórios e para a quantificação de direitos de reembolso de quotas nas relações entre sócios. Para efeitos sucessórios, o parágrafo único do art. 993 do Código de Processo Civil estabelece dois procedimentos específicos: o levantamento do balanço patrimonial da firma individual ou da EIRELI, e a apuração de haveres para determinação do valor da quota na sociedade empresária limitada ou na sociedade anônima fechada.

No caso da firma individual ou EIRELI, o balanço patrimonial, elaborado com base nas normas contábeis¹⁶ e nos princípios de contabilidade geralmente aceitos¹⁷, sob a responsabilidade profissional de um contabilista, é o instrumento que vai determinar o valor da empresa individual, para efeitos de transmissão do seu patrimônio líquido aos herdeiros. Para as sociedades empresárias, de acordo com a regra geral do art. 1.031 do Código Civil, o valor da quota deve ser determinado pelo seu valor atualizado, com base na situação patrimonial real da sociedade.¹⁸ O que vai ser apurado é “o estado patrimonial da sociedade existente naquele momento que deve ter seu valor determinado para a apuração do *quantum* da quota.”¹⁹ Nesse contexto, a doutrina define como apuração de haveres “o procedimento judicial ordenado pelo magistrado, desenvolvido por perito de contabilidade, que tem por meta a avaliação das quotas societárias, ou seja, a mensuração da participação societária de sócio dissidente, excluído, ou pré-morto em sociedades contratuais”.²⁰

A partir dessas características e dos critérios legalmente fixados, os procedimentos de elaboração do balanço patrimonial ou do balanço especial levantado para avaliação da firma individual ou da EIRELI, e da apuração de haveres para as sociedades empresárias, competem, exclusivamente, a profissionais contabilistas ou peritos contadores, de nível superior, nomeados pelo juiz.²¹ Logo, essa atribuição especializada não pode ser atribuída a avaliador judicial ou a pessoa sem a qualificação necessária, ainda que não exista, na comarca, profissional habilitado.

16 **Código Civil**, artigos 1.179 a 1.195.

17 Resolução do Conselho Federal de Contabilidade nº 1.282/2010.

18 **Código Civil – Art. 1.031**. Nos casos em que a sociedade se resolver em relação a um sócio, o valor da sua quota, considerada pelo montante efetivamente realizado, liquidar-se-á, salvo disposição contratual em contrário, com base na situação patrimonial da sociedade, à data da resolução, verificada em balanço especialmente levantado.

19 GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de Empresa – Comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 276.

20 ORNELAS, Martinho Maurício Gomes de. **Avaliação de sociedades – Apuração de Haveres em Processos Judiciais**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 25.

21 **Código de Processo Civil – Art. 1.003. (...) Parágrafo único**. No caso previsto no art. 993, parágrafo único, o juiz nomeará um contador para levantar o balanço ou apurar os haveres.

3 Apuração de haveres no inventário judicial

A apuração de haveres do sócio falecido tem por objetivo quantificar o patrimônio da empresa, que pode ser positivo, quando o sócio tem direito aos haveres correspondentes às suas quotas na sociedade, como também pode ser negativo, situação que caracteriza uma organização empresarial insolvente, cujo passivo é superior aos seus ativos. A equação patrimonial resulta, pois, dessa relação direta entre as variações ativas e passivas nas contas da empresa, registradas nos seus instrumentos de escrituração e quando for quantificado na perícia judicial.

Na apuração de haveres, a função técnica principal cabe ao perito contábil nomeado pelo juízo. Essa nomeação deve atender aos requisitos dos artigos 145 a 147 do CPC, e as partes podem indicar assistentes para acompanhar o trabalho da perícia.²² O perito contador deve observar os procedimentos estabelecidos pelos conceitos legais e normas técnicas de contabilidade, em especial as resoluções do Conselho Federal de Contabilidade que definem critérios para a avaliação de ativos e do patrimônio de empresas.²³ O Código Civil de 2002, no art. 1.187, contém, inclusive, regras específicas para a coleta de elementos do inventário e para a determinação de valores que devem integrar o ativo da empresa.

Os haveres e direitos do sócio falecido, que passam ao espólio, serão expressos no resultado do patrimônio líquido determinado pelo balanço, sendo o patrimônio líquido nas sociedades empresárias constituído pelas contas do capital social, reservas de capital, ajustes de avaliação patrimonial, reservas de lucros, ações ou quotas em tesouraria e deduzido, se for o caso, dos prejuízos acumulados.²⁴ As contas do patrimônio líquido expressam, no balanço, o resultado positivo dos bens e direitos da empresa, ou seja, as disponibilidades que podem ser atribuídas ou destinadas aos sócios e acionistas se a sociedade fosse, naquele momento, dissolvida, conforme assim considera a doutrina de Fábio Ulhoa Coelho,²⁵

22 NEGRÃO, Theotônio, GOUVÊA, José Roberto Ferreira, BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. 42.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 976.

23 Resolução 732/1992 do Conselho Federal de Contabilidade, aprovou a Norma Brasileira de Contabilidade T 4 – Da Avaliação Patrimonial; esta norma foi revogada pela Resolução CFC 1.283/2010, para adaptação ao processo de convergência às normas internacionais de contabilidade (*International Financial Reporting Standards – IFRS*), que passaram a ser adotadas no Brasil a partir da Lei 11.638/2007.

24 Lei 6.404/1976, art. 178, § 2º, III; art. 182.

25 “A apuração dos haveres, em outras palavras, é a simulação da dissolução total da sociedade. Por meio de levantamento contábil, que reavalia, a valor de mercado, os bens corpóreos e incorpóreos do patrimônio social, e da consideração do passivo da sociedade, projeta-se quanto seria o acervo remanescente caso a sociedade liquidada fosse, naquele momento, dissolvi-



bem como a jurisprudência dominante.²⁶

O Supremo Tribunal Federal editou, ainda no anterior regime do Código Comercial de 1850 e do Código Civil de 1916, a Súmula 265, enunciando que “Na apuração de haveres, não prevalece o balanço não aprovado pelo sócio falecido ou que se retirou”. Desse modo, o perito contador nomeado pelo juízo deve tomar como base de informações da empresa o balanço levantado após o falecimento do sócio, elaborado pelo contador da empresa e aprovado pelos sócios remanescentes e pelos representantes do espólio, em especial, o inventariante. Nesse processo de levantamento de informações para apuração dos haveres existem, na verdade, duas modalidades de balanço: o balanço patrimonial, denominado de putativo, elaborado pelo contador da própria empresa, e o balanço de determinação ou balanço especial, que é aquele levantado pelo perito contador do juízo para cálculo do valor patrimonial real da empresa.²⁷ Deve ser observado que o perito contábil, para a elaboração do balanço especial ou de determinação para fins apuração dos haveres, deve ter acesso pleno e ilimitado aos livros e documentos contábeis da empresa, e caso os sócios dificultem ou restrinjam esse acesso, o juiz deverá ordenar a exibição ampla e total dos registros da contabilidade.²⁸

Com a conclusão e apresentação do balanço especial e do laudo pericial com o cálculo do patrimônio líquido da sociedade e do valor que cabe ao sócio falecido,

da. Definido o patrimônio líquido da limitada, na data da dissolução parcial, o reembolso será a parcela deste, proporcional à quota do capital do sócio desligado ou falecido. Se, por exemplo, o retirante tinha 20 % do capital da limitada, e apurou-se o patrimônio líquido de R\$ 300.000,00, o seu crédito, em reembolso da quota, será de R\$ 60.000,00.” COELHO, Fábio Ulhoa, **A sociedade limitada no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 160.

26 **Comercial – Dissolução de sociedade de responsabilidade limitada em face da violação do princípio da *affectio societatis* – Quantum devido ao sócio retirante – Matéria de fato** (Súmulas nºs 05 e 07 – STJ). I – Na dissolução de sociedade de responsabilidade limitada, a apuração de haveres, no caso de sócio retirante ou pré-morto, ou ainda por motivo da quebra da *affectio societatis*, há de fazer-se como de dissolução total se tratasse posto que, segundo a Jurisprudência do STJ, essa linha de entendimento tem por escopo preservar o quantum devido ao sócio retirante, que deve ser medido com justiça, evitando-se, de outro modo, o locupletamento indevido da sociedade ou sócios remanescentes em detrimento dos retirantes. II – Matéria de fato não se reexamina em sede de especial (Súmulas nºs 05 e 07 – STJ). III – Recurso não conhecido. (STJ, 3ª Turma, REsp 38.160/SP, Relator Waldemar Zveiter, DJ 13/12/1993, p. 27.457).

27 Balanço de determinação e balanço especial para apuração de haveres são sinônimos: é o balanço agora previsto em lei e anteriormente assegurado pela jurisprudência. Na sua elaboração, o perito não segue necessariamente os rigores da parametrização do balanço contábil putativo, pois tem a inclusão de todos os ativos e passivos ocultos, independentemente de norma legal/contábil, como, por exemplo, a inclusão do fundo empresarial e de operações de leasing. (...) Ao que parece, se o legislador pretendesse que o balanço especial para liquidar a resolução das quotas do sócio retirante fosse o mesmo Balanço Patrimonial do art. 1.188 do CC/2002, teria parametrizado a norma contida no art. 1.031, mas não o fez. E não o fez pelo fato de que o Balanço Patrimonial referido no art. 1.188 do CC/2002, deve obedecer às disposições das leis especiais, e estas trazem relevante interferência por distorcer os haveres dos sócios que se despedem. Exemplos: no Balanço Patrimonial, os bens do ativo permanente estão a valores de entrada e podem não ter sido reavaliados; o valor do fundo empresarial desenvolvido não está contabilizado, o mesmo ocorrendo com outros ativos ou passivos ocultos. Por estas ausências é que o Balanço Patrimonial é denominado putativo. HOOG, Wilson Alberto Zappa, **Resolução de sociedade & Avaliação do patrimônio na apuração de haveres**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 53/54.

28 **Código Civil – Art. 1.191**. O juiz só poderá autorizar a exibição integral dos livros e papéis de escrituração quando necessária para resolver questões relativas a sucessão, comunhão ou sociedade, administração ou gestão à conta de outrem, ou em caso de falência.

para conferência ao seu espólio, não havendo impugnação, o juiz deve homologar o laudo.²⁹ Caso o laudo pericial seja impugnado pelos herdeiros ou sócios remanescentes, ou mesmo pela Fazenda Pública, o juiz ordenará que seja promovida nova avaliação pelo perito contábil (CPC, art. 683). Se as questões e dúvidas suscitadas na impugnação ou contestação ao laudo possam ser dirimidas no juízo do inventário, a jurisprudência entende que não existe necessidade de remessa do conflito para a via ordinária, que seria competente para apreciar litígios societários de maior complexidade.³⁰

4 Avaliação no inventário extrajudicial

No inventário extrajudicial ou administrativo, processado perante tabelião em cartório de notas,³¹ não se aplica o procedimento da apuração de haveres. Estando todas as partes concordes, inclusive os sócios da empresa que não são herdeiros, devem elas definir os procedimentos para levantamento do balanço especial que irá calcular o valor das quotas do sócio falecido.³² No caso de firma individual ou EIRELI, cabe unicamente herdeiros definir esses procedimentos e escolher o contador ou profissional responsável pela elaboração do laudo de avaliação.

29 Sob essa óptica, deve-se ter presente que os laudos periciais contábeis de apuração de haveres destinam-se a usuários muito específicos, o magistrado e advogados das partes, os herdeiros e os sócios, que não têm nenhuma obrigação funcional de dominar o universo contábil, mas necessitam compreender o conteúdo das peças técnicas elaboradas pelos peritos em contabilidade; o magistrado, para sentenciar e homologar os valores apurados; os advogados, para defenderem com competência seus clientes; os herdeiros e sócios retirantes, para aquilatarem o montante de seus direitos; a sociedade e os seus sócios remanescentes para defenderem o valor justo da obrigação societária de pagamento dos haveres. ORNELAS, Martinho Maurício Gomes de, **Avaliação de sociedades – Apuração de Haveres em Processos Judiciais**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 21.

30 **Agravo de instrumento. Processo civil. Ação de inventário. Apuração de haveres. Medida suficiente neste momento. Desnecessidade de remessa dos autos às vias ordinárias para realização de perícia.** I – A apuração de haveres é uma das primeiras medidas que se instauram no início do processamento do inventário, com o objetivo de organizar o espólio, procedendo-se a uma averiguação da situação, em termos qualitativos e quantitativos, do sócio falecido perante a sociedade. II – Faz-se necessário, nesta fase processual, apontar quais as participações que a holding Nassau possui em outras empresas, a fim de aquilatar, em futura avaliação, sua dimensão econômica. A apuração de haveres, neste aspecto, atende satisfatoriamente ao que postulam os recorrentes. III – Em sede de cognição sumária, não há prejuízo demonstrado que possa decorrer da realização da apuração de haveres na forma do art. 993, parágrafo único, inc. II, do CPC, bem como não restou comprovada a utilidade da realização de uma perícia aprofundada nesta fase do processo, com remessa às vias ordinárias, o que contrariaria a economicidade e a celeridade processuais. VI – O pedido de homologação da partilha dos bens sobre os quais não existe litígio não foi apreciado no primeiro grau, o que impede seja analisada por este órgão de segundo grau, sob pena de supressão de instância. VI – Deve ser mantida a nomeação do perito do juízo pela magistrada de primeiro grau, sob pena de decisão extra petita. VII – Recurso a que se nega provimento, por maioria. (TJPE, 3ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 299.599-9, Relator Desembargador Francisco Eduardo Gonçalves Sertório Canto, DJe 31/01/2014).

31 **Código de Processo Civil – Art. 982.** Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial; se todos forem capazes e concordes, poderá fazer-se o inventário e a partilha por escritura pública, a qual constituirá título hábil para o registro imobiliário. (Redação da Lei 11.441/2007). Ver Resolução 35/2007 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, que regulamenta o inventário extrajudicial.

32 “Qualquer que seja a opção contratualmente negociada para a avaliação e precificação dos haveres – patrimônio líquido ou valor econômico –, é imprescindível que se siga, à risca, as regras legais, contábeis e as boas práticas de governança corporativa acerca de metodologia de avaliação da empresa, se possível, já indicando os profissionais que devem ser escolhidos para realizar e/ou auditar a avaliação.” PRADO, Roberta Nioac e VILELA, Renato, **Falecimento de cotista da sociedade limitada: dissolução parcial como regra geral e as alternativas via cláusulas contratuais de planejamento sucessório – Boas práticas de governança corporativa**. In: COELHO, Fábio Ulhoa; FÉRES, Marcelo Andrade (Coords.). **Empresa familiar – Estudos jurídicos**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 439/440.

No âmbito do inventário extrajudicial, a avaliação do valor do patrimônio líquido e das quotas ou capital do sócio ou do empresário falecido é realizada pela Fazenda Pública Estadual, através dos seus departamentos de arrecadação do imposto de transmissão *causa mortis*. A Fazenda adotará como elemento de verificação o balanço patrimonial atualizado da empresa, apresentado pelos herdeiros. No caso do Estado de Pernambuco, existe legislação específica regulando o procedimento de avaliação e a base de cálculo do patrimônio da empresa em sede de sucessão.³³ A Fazenda Pública pode não aceitar os cálculos do balanço apresentados e solicitar informações complementares, como comprovantes de bens de propriedade da empresa, contratos, livros e registros contábeis. Com base na análise desses documentos, a Fazenda tem a prerrogativa de retificar os dados do balanço e determinar base de cálculo estimada como valor do pagamento das quotas e de transmissão do patrimônio aos herdeiros. O valor da avaliação fiscal, assim, prevalecerá para efeitos sucessórios e societários.

5 Incidentes na avaliação e execução do inventário

Os processos de sucessão na empresa e de apuração e pagamento de quotas de sociedade, como envolvem patrimônio³⁴ e, eventualmente, problemas familiares,³⁵ podem resultar em demandas e conflitos de interesse. Tais conflitos de interesse devem ser apreciados e decididos em sede judicial, considerando que não cabe no inventário extrajudicial a resolução de qualquer dissídio entre as par-

33 **Lei Estadual 13.974/2009 – Art. 5º** A base de cálculo do imposto é o valor venal dos bens ou direitos, transmitidos ou doados: I – determinado mediante avaliação judicial, no caso de inventário judicial; II – determinado mediante avaliação administrativa, nos termos de portaria da SEFAZ; (...) § 5º A base de cálculo do imposto é: (...) II – na transmissão de qualquer título representativo do capital de sociedade (...) o respectivo valor patrimonial na data da avaliação, apurado por meio de balanço patrimonial devidamente atualizado, desde que represente o valor de realização com base em levantamento de bens, direitos e obrigações; e III – na transmissão de acervo patrimonial de empresário individual, o valor do patrimônio líquido ajustado, na data da declaração ou da avaliação.

34 “O sócio desligado, ou seu sucessor, tem interesse em elevar, ao máximo, o crédito; aos que permanecem na sociedade, porém, interessa exatamente o oposto. A discussão sobre o valor atualizado e real dos bens componentes do ativo, a avaliação dos intangíveis, a consideração das perspectivas de rentabilidade, a receita dos contratos de execução continuada e outros temas representam os pontos de embate do conflito. A adoção de um ou outro critério na mensuração da quota apurada representa majoração ou redução do valor do reembolso, em favor de quem sai ou de quem continua na sociedade.” COELHO, Fábio Ulhoa, **A sociedade limitada no novo Código Civil**, op. cit., p. 160.

35 **Apuração de haveres.** Autor, herdeiro de sócia falecida, que pleiteia a dissolução da sociedade e a apuração de seus haveres. Artigo 1.028 do Código Civil, combinado com a cláusula XIII do contrato social, que determina que o sucessor não se torna sócio da empresa, mas apenas credor da sociedade pelo valor patrimonial das quotas sociais. Desavenças pessoais entre as partes que jamais permitiram a gestão comum da sociedade. Autor que não pode requerer a dissolução da sociedade, pois jamais foi sócio. Ação que deve prosseguir apenas para o fim de definir os parâmetros da apuração de haveres. Haveres são devidos a partir da data em que a sócia faleceu, momento a partir do qual deixou de concorrer para os sucessos e os azares da empresa. Haveres que nada mais são que o patrimônio líquido correspondente à quota do sócio retirante. Avaliação do valor das quotas sociais levará em conta as dívidas contraídas pela sociedade até a data da morte, o que refletirá diretamente nos haveres devidos ao autor. Correta distribuição dos ônus de sucumbência. Sentença mantida, embora por fundamentos diversos. Recurso desprovido. (TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Apelação nº 0003743-74.2012.8.26.0106, Comarca de Franco da Rocha, Relator Desembargador Francisco Loureiro, julgado em 11/09/2014).

tes, vez que todas deverão ser capazes e estar concordes entre si. Dependendo do grau de dissidência nas conclusões do laudo de avaliação do patrimônio da empresa e da parte que, ao final, caberá ao espólio do sócio falecido, tal incidente pode ser resolvido no próprio juízo do inventário.

De acordo com o CPC (art. 993), o procedimento de apuração de haveres realiza-se perante o próprio juízo do inventário. Todavia, quando questões de maior complexidade, exigirem o contraditório e a produção complementar de provas, sobre fatos ocorridos que possam importar em valorização ou diminuição dos haveres e créditos devidos pela sociedade ao espólio, o processo deve ser apreciado em outra ação, de rito ordinário.³⁶ Especialmente nas questões de natureza societária, de prestação de contas entre os sócios, de responsabilidade pessoal do sócio falecido como administrador da sociedade, a resolução desses problemas não se procederá no juízo do inventário, apto para a resolução de matéria sucessória, não empresarial. Ocorrendo conflitos e divergências na interpretação de cláusulas do contrato social, a questão deixa de ser sucessória, de competência do juízo da sucessão.

Existindo discussão sobre o ingresso, ou não, dos herdeiros do sócio falecido na sociedade, esse problema, por exemplo, refoge à competência do juízo do inventário. Na opinião de Fábio Ulhoa Coelho, se a sociedade limitada adotar, no contrato social, a regência supletiva pela Lei das Sociedades Anônimas (CC/2002, art. 1.053), que ele classifica como sociedade limitada de vínculo estável, os herdeiros do sócio falecido devem ingressar na sociedade, e não receber o reembolso do valor das quotas.³⁷ Assim ocorrerá porque não existe na sociedade anônima previsão legal de reembolso das ações na hipótese de morte do acionista. As ações, simplesmente, devem passar para a propriedade dos herdeiros, conforme a partilha realizada.

36 **Agravo regimental em recurso especial. Inventário. Pleito da viúva. Questão de alta indagação remetida às vias ordinárias. Pedido de reserva de bens. Término do inventário, com homologação da partilha. Julgamento da questão pendente em duplo grau de jurisdição. Perda superveniente do objeto do recurso especial.** 1. Recurso especial que pretende a reserva de bens no inventário enquanto seja decidida “questão de alta indagação” remetida ao procedimento ordinário (art. 1.001 do CPC). 2. Tendo havido partilha homologada no inventário e já tendo sido julgada a “questão de alta indagação” em procedimento ordinário em duplo grau de jurisdição, contrariamente aos interesses do autor, o recurso especial que pretende a reserva de bens no inventário perde o objeto, não obstante ainda não tenha havido trânsito em julgado das mencionadas sentenças. 3. Recurso não provido. (STJ, 4ª Turma, AgRg no REsp 988.282/RJ, Relator Luis Felipe Salomão, DJe 13/12/2012).

37 “Já na sociedade limitada de vínculo estável, a regra se inverte. Se os sócios sobreviventes não querem o ingresso dos sucessores na sociedade, ou estes não se interessam por fazer parte dela, a dissolução parcial dependerá necessariamente de acordo entre eles. Nas sociedades limitadas desse subtipo, a morte do sócio nunca importa diretamente a dissolução parcial, devendo os sucessores nela ingressar. Se uma das partes – sucessores ou sócios sobreviventes – não querem a apuração dos haveres, a outra tem de se conformar com a transferência das quotas do falecido aos sucessores. Assim é porque a LSA, norma de regência supletiva das limitadas desse subtipo, não prevê o reembolso das ações em favor dos sucessores do acionista falecido. Não se aplica a essas limitadas, por outro lado, o art. 1.028 do Código Civil, que se abriga no capítulo relativo às “sociedades simples”. COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial – Sociedades**. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v.2, p. 499.

Outra questão controversa diz respeito à inclusão do valor do aviamento ou do *goodwill* do estabelecimento no cálculo dos ativos da empresa. O aviamento é integrado pelos assim denominados ativos incorpóreos ou intangíveis da empresa, como o título do estabelecimento, marcas de produtos, serviços e patentes, *software* e sistemas gerenciais, o ponto comercial, dentre outros elementos imateriais que contribuem para a atração da clientela e para a lucratividade da organização empresarial. O Código Civil de 2002 prevê, inclusive, no caso de alienação do estabelecimento empresarial, que o valor pago pelo adquirente a título de aviamento seja contabilizado como elemento do ativo.³⁸ A jurisprudência, progressivamente, vem admitindo a inclusão do valor dos ativos incorpóreos do estabelecimento, também denominado fundo de comércio, na apuração dos haveres do sócio que se retira da sociedade.³⁹

No juízo do inventário, portanto, concluído o procedimento de apuração de haveres, este ato será formalizado mediante a homologação dos cálculos constantes dos balanços especiais ou do laudo pericial, com a concordância de todos os herdeiros interessados. Os valores apurados serão incluídos no esboço da partilha, caso os herdeiros não optem ou sejam admitidos como sócios na sociedade ou como sucessores na firma pessoal ou na empresa individual de responsabilidade limitada de que o falecido fazia parte.

O modo de liquidação ou do pagamento dos haveres deve ser determinado no contrato social, ou, sendo este omissivo, no acordo celebrado entre os sócios remanescentes e os herdeiros do falecido. Não havendo previsão sobre o prazo de pagamento do valor das quotas, deve ser observado o prazo legal de noventa dias (CC/2002, art. 1.031, § 2º)⁴⁰ para quitação, prazo esse que pode ser considerado exíguo, dependendo do porte da empresa e do seu ativo. Nesse modo de liquidação, o pagamento dos haveres pode ser realizado através de

38 **Código Civil – Art. 1.187.** Na coleta dos elementos para o inventário serão observados os critérios de avaliação a seguir determinados: **Parágrafo único.** Entre os valores do ativo podem figurar, desde que se preceda, anualmente, à sua amortização: (...) III – a quantia efetivamente paga a título de aviamento de estabelecimento adquirido pelo empresário ou sociedade.

39 **Direito societário. Dissolução parcial de sociedade. Apuração de haveres. Inclusão do fundo de comércio.** 1. De acordo com a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, o fundo de comércio (hoje denominado pelo Código Civil de estabelecimento empresarial – art. 1.142) deve ser levado em conta na aferição dos valores eventualmente devidos a sócio excluído da sociedade. 2. O fato de a sociedade ter apresentado resultados negativos nos anos anteriores à exclusão do sócio não significa que ela não tenha fundo de comércio. 3. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, 4ª Turma, REsp 907.014/MS, Relator Ministro Antônio Carlos Ferreira, DJe 19/10/2011). **Apuração de haveres – Ação movida por sócio excluído da sociedade** – Metodologia Goodwill adotada justificadamente na perícia, dentre as várias possibilidades existentes, que deve-se ter como correta, até porque as impugnações oferecidas não vêm respaldadas em parecer técnico – O Goodwill, que é um dos ativos intangíveis, não pode ser desconsiderado na apuração dos haveres, sob pena de enriquecimento indevido. Apelação desprovida. (TJSP, 1ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível 90941-04.208.8.26.00, Catanduva, Relator Desembargador Alcides Leopoldo e Silva Junior, julgado em 27/05/2014).

40 **Código Civil – Art. 1.031.** (...) § 2º A quota liquidada será paga em dinheiro, no prazo de noventa dias, a partir da liquidação, salvo acordo, ou estipulação contratual em contrário.

bens móveis ou imóveis, títulos, quotas ou ações de outras sociedades, cessão de créditos,⁴¹ promovendo-se a transferência da propriedade ou dos direitos em favor do espólio ou dos herdeiros.

A matéria em análise demanda o tratamento de temas que a lei não regula com suficiente clareza e profundidade, exigindo o recurso às estipulações contratuais, quando existam, e às construções doutrinárias e jurisprudenciais, as quais vem preenchendo essa lacuna com múltiplos exemplos e precedentes. Portanto, principalmente na esfera dos inventários judiciais, quando a decisão final cabe ao magistrado, que também exerce o controle da legalidade estrita dos atos de sucessão e de seus efeitos tributários, esse trabalho revela-se mais significativo e complexo ainda, porque visa garantir não apenas a distribuição igualitária dos haveres entre os herdeiros, mas o justo valor que deve ser atribuído à empresa e aos seus ativos, materiais e imateriais.⁴²

6 Conclusões

Toda empresa, como organismo vivo que depende da iniciativa e da vontade humana para coexistir no mundo dos fatos e do direito, inevitavelmente passará por eventos sucessórios, se não for antes extinta por vontade do seu criador. Especialmente no caso da empresa familiar, que além do vínculo societário e patrimonial, encontra-se vinculada a questões emotivas e subjetivas derivadas das relações matrimoniais e de parentesco, a abertura do processo sucessório, pelo falecimento do titular ou do sócio majoritário, provoca uma série de questões de relativa complexidade, que dependem de criteriosa análise casuística e diferenciada.

41 Efetuada a liquidação da cota e apurado o seu valor, a sociedade deverá reembolsá-lo. Na omissão do contrato, aplica-se, supletivamente, o disposto no art. 1.031, segundo o qual o reembolso será em dinheiro. Embora não seja comum, nada impede que, em algumas sociedades limitadas específicas, o contrato social estabeleça que o reembolso se faça em bens. Isso pode acontecer, por exemplo, numa sociedade limitada holding, cujo patrimônio se componha, principalmente, de ações ou cotas de outras sociedades. O mesmo pode ocorrer numa sociedade limitada que possua lotes ou terrenos. Nada impede também que o cotista e a sociedade limitada acordem no sentido de que o reembolso seja efetuado em bens. CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. **Sociedade limitada**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 199.

42 Vê-se, assim, como acerca de semelhante ação, a tarefa do magistrado é sobremaneira árdua e delicada. Talvez seja, ao contrário do que à primeira vista possa parecer, uma das ações de tratamento mais difícil, quer pelo que toca à forma processual, que lhe convenha dar, quer pelo que respeita às questões que nela soem surgir. Com efeito, pense-se, por exemplo, na hipótese de ter a convenção societária estabelecido que a liquidação da quota se faça mediante balanço. Como assim estatuir, *sic et simpliciter*, dará lugar a sérias dúvidas. Antes de tudo, porá a indagação de qual a espécie de balanço que deva ser adotado. Logo a seguir, quais serão os elementos patrimoniais ativos e passivos a considerar. Por último, qual o critério de avaliação a preferir e como, enfim, determinar o modo de pagamento da soma a reembolsar. ESTRELA, Hernani. **Apuração dos haveres de sócio**, op. cit., p. 210.



Cada empresa, principalmente quando submetida a um processo de avaliação patrimonial, é dotada de características próprias, como o reflexo ou imagem da pessoa natural que a criou e que transferiu ou incorporou suas habilidades pessoais ao estabelecimento empresarial. A valoração recai sobre a empresa viva, como ente econômico que teve e ainda mantém a capacidade de sustentação do empresário, de seus sócios e familiares através do lucro gerado pela exploração mercantil. Por isso que, a partir da análise da capacidade ou aptidão da empresa para produzir lucro e riquezas, transferidas ao empresário, a mensuração ou quantificação do valor da organização empresarial depende de cada caso concreto, das características objetivas e subjetivas do seu aviamento, dos bens e ativos, corpóreos e incorpóreos, enfim, do seu conceito e reputação perante o mercado e sua clientela.

Todos esses aspectos e características devem ser levados em consideração no momento de avaliação da empresa como ente econômico produtivo, na medida em que o valor da empresa não será determinado pelos números frios e estáticos do balanço patrimonial, mas pela conjugação de outros fatores que estão contribuindo, direta ou indiretamente, para a capacidade da empresa gerar lucros e a perspectiva de continuar produzindo e transferindo riquezas para os herdeiros e sucessores do empresário ou sócio falecido. Assim, caso os sócios remanescentes decidam dissolver parcialmente a sociedade, reembolsando os herdeiros pelo valor das quotas do capital, esse valor deve incorporar tanto os ativos tangíveis como os intangíveis, na perspectiva dos resultados futuros de distribuição de lucros e dividendos.

Os procedimentos de apuração de haveres e de avaliação da empresa nos processos de inventário compreendem, em síntese final, atos que devem seguir uma sistematização lógica de natureza patrimonialista, para a correta valoração do negócio a partir das informações financeiras e contábeis. De todos os bens e direitos transmitidos por uma pessoa ao falecer, a avaliação da empresa, diante de todos os aspectos que interferem nessa mensuração, materiais e imateriais, objetivos e subjetivos, revela-se, sem embargo, aquela mais complexa, a exigir conhecimento e habilidade do magistrado, das partes e operadores, para aplicação criteriosa do método apropriado à mais precisa e justa determinação do real valor de uma empresa.

Abstract

The death of a person who was the holder of a company, or member of society, has the legal consequence the need for business valuation and accounting of inventory in these active participation of the heirs, for sharing. This paper analyzes the legal procedures for assessment and verification of

company assets, updating the interpretation of legal norms incidents, based on case law and doctrinal contributions to the study of the subject.

Key words: Valuation of companies. Legal succession. Inventory. Verification of assets.

Referências

- ABRÃO, Carlos Henrique. **Empresa individual**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 75
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial – Direito de Empresa**. 15.ed. vol. 1, São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.
- _____. **Curso de Direito Comercial – Sociedades**. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v.2.
- _____. **A sociedade limitada no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 160.
- COELHO, Fábio Ulhoa; FÉRES, Marcelo Andrade (Coords.). **Empresa familiar – Estudos jurídicos**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. **Sociedade limitada**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- DAMODARAN, Aswath. **Avaliação de empresas**. Tradução Sonia Midori Yamamoto e Marcelo Arantes Alvim. 2.ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007.
- ESTRELA, Hernani. **Apuração dos haveres de sócio**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de Empresa – Comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- HOOG, Wilson Alberto Zappa. **Resolução de sociedade & Avaliação do patrimônio na apuração de haveres**. Curitiba: Juruá, 2007.
- MARTINS, Carlos Felisberto Garcia. **Avaliação de empresas em apuração de haveres judiciais**, UFRGS. Disponível em: < http://www.congressocfc.org.br/hotsite/trabalhos_1/121a.pdf>. Acesso em: 27 set. 2014.



MARTINS, Eliseu. Avaliação de empresas: da mensuração contábil à econômica. **Caderno de Estudos**, São Paulo, USP, FIECAFI, v. 13, n. 24, jul./dez. 2000.

NEGRÃO, Theotônio, GOUVÊA, José Roberto Ferreira, BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. 42.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ORNELAS, Martinho Maurício Gomes de. **Avaliação de Sociedades – Apuração de Have-res em Processos Judiciais**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PRADO, Roberta Nioac ; VILELA, Renato. Falecimento de cotista da sociedade limitada: dissolução parcial como regra geral e as alternativas via cláusulas contratuais de planejamento sucessório – Boas práticas de governança corporativa. In: COELHO, Fábio Ulhoa; FÉRES, Marcelo Andrade (Coords.). **Empresa familiar – Estudos jurídicos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

Referência do texto

FIGUEIREDO, Ivanildo. Avaliação da empresa nos processos de inventário. **Revista da ESMape**, Recife, v. 19, n. 39, p. 109-126, jan./jun. 2014.

** Artigo recebido em: 30 set. 2014. Aprovado em: 15 out. 2014.*

O rompimento do vínculo de convivência paterno-filial e sua estreita relação com a Síndrome de Alienação Parental: Consequências da decisão judicial que firma a obrigação da criança e do adolescente de conviver com o genitor não-guardião

José Ronemberg Travassos da Silva

Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (Unicap). Especialização em Direito processual (teoria e prática do processo) pela Faculdade de Direito de Caruaru. Professor dos cursos de graduação e pós-graduação de várias faculdades em Pernambuco. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de Pernambuco.

Resumo

O artigo tem o escopo de fazer uma análise dogmática do art. 1.589 do Código Civil e suas implicações no terreno das relações humanas disciplinadas pelo Direito das Famílias – levando-se em conta os princípios da dignidade da pessoa humana e o do melhor interesse da criança e do adolescente, previstos no art. 1º, n. III, e no art. 227 da Constituição da República do Brasil, respectivamente, apresentando e sustentando a ideia de que, quando invocado (CPC, art. 2º),

o Estado-juiz pode e deve intervir nas relações familiares entre pais e filhos, com o propósito de encontrar uma solução justa e adequada para os conflitos que digam respeito ao direito de convivência entre eles, sobretudo quando, no caso concreto, se apresentar o quadro perturbador da chamada “síndrome da alienação parental”.

Palavras-chave: Alienação parental. Convivência paterno-filial. Filhos.

1 Escorpo preliminar e delimitação do tema sugerido

Como sabido, o ordenamento jurídico brasileiro, pela esteira normativa do art. 1.513 do Código Civil (CC), não permite que as pessoas – quer sejam elas de direito público quer sejam elas de direito privado –, interfiram na comunhão de vidas oriundas do vínculo familiar. E ao assim disciplinar andou bem o legislador

doméstico, sendo certo que tanto a intimidade das pessoas (CR, art. 5º, n. X) como a sua casa são consideradas inexpugnáveis (CR, art. 4º, n. XI).

Ditas normas, contudo, não se dirigem ao Estado-juiz quando ele é convocado para dirimir questões decorrentes do término de liames afetivos, pelos meios judiciais postos à disposição dos cônjuges (Lei n. 6.515/77 e arts. 1.120 a 1.124-A do CPC). Em tais hipóteses, essa sua atuação forçada, diga-se a propósito, não é intervencionista, uma vez que, no particular, a preocupação maior do Poder Judiciário é com a manutenção da família¹, na condição de instrumento que “[...] contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes como para o crescimento e formação da própria sociedade, justificando, com isso, a sua proteção pelo Estado”².

Uma dessas intervenções estatais apresenta-se no plano fático-jurídico quando o juiz é chamado para apreciar e decidir acerca do direito de filho menor – que ficou sob a guarda e responsabilidade da mãe – em ter convivência com o seu pai, buscando-se, com isso, reforçar o vínculo paterno-filial que, indubitavelmente, se faz necessário para o seu desenvolvimento e equilíbrio psicológico e emocional de pessoa em formação. É o instituto que a doutrina passou a chamar de “regime de convivência dos filhos com os pais”, que vem a ser disciplinado pelo Estado-juiz, de ofício ou a requerimento interessado, depois de ocorrida a ruptura da vida em comum dos cônjuges pelo divórcio.

Tal regime de convivência paterno-filial, aliás, é de tanta importância para o Direito das Famílias que o legislador ordinário, desde a autorização legal do divórcio no país, o tem disciplinando como exigência formal para o decreto judicial da dissolução ou do rompimento do vínculo matrimonial, conforme se constata da simples leitura da norma inserta art. 15 da Lei n. 6.515/77, que mais recentemente ganhou reforço no art. 1.589 do novo Código Civil brasileiro, nos seguintes termos *in verbis*: “O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.”

1 Daí a norma inserta no § 2º do art. 3º da Lei n. 6.515/77 vazada nos seguintes termos, *in verbis*: “O juiz deverá promover todos os meios para que as partes se reconciliem ou transijam, ouvindo pessoal e separadamente cada uma delas e, a seguir, reunindo-as em sua presença, se assim considerar necessário”.

2 Cf. DIAS, Maria Berenice. Incesto e o mito da família feliz. In: DIAS, Maria Berenice (Coord). **Incesto e alienação parental**: realidades que a Justiça insiste em não ver. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 17-50.



Ou, por outras palavras: o legislador doméstico estabeleceu que o magistrado ao decretar o divórcio deverá, ato contínuo, esboçar decisão acerca da guarda e do regime de convivência dos filhos menores com o genitor não guardião; e assim o fez em manifesta proteção aos interesses dos filhos menores.³

É acerca da aplicação prática do supracitado dispositivo de lei e suas implicações no terreno das relações humanas disciplinadas pelo Direito das Famílias – levando-se em conta os princípios da dignidade da pessoa humana e o do melhor interesse da criança e do adolescente, previstos no art. 1º, n. III, e no art. 227 da Constituição da República (CR), respectivamente – que versa o presente trabalho, ao final do qual, atendo-se aos limites estreitos deste artigo, busca-se apresentar e sustentar a ideia de que, quando invocado (CPC, art. 2º), o Estado-juiz pode e deve sim intervir nas relações familiares entre pais e filhos, com o propósito de encontrar uma solução justa e adequada para os conflitos que digam respeito ao direito de convivência⁴ entre eles, sobretudo quando, no caso concreto, se apresentar o quadro perturbador da chamada “síndrome da alienação parental”, isto é, quando a resistência injustificada do guardião da criança ou do adolescente tiver alguma motivação de caráter pessoal e mesquinha, como, por exemplo, ciúme, espírito de vingança ou outro sentimento desditoso que não justifique a recusa da apresentação do menor à visitação do pai.

2 Conceito e importância dos princípios jurídicos na modernidade

Levando em conta tal propósito metodológico, impende, de antemão, que seja trazido a cotejo para o desenvolvimento deste trabalho, o conceito e a importância dos princípios constitucionais, uma vez que dois deles – quais sejam: o da dignidade da pessoa humana (CR, art. 1º, n. III) e o da proteção integral da criança e do adolescente (CR, art. 227)⁵ – serão aqui invocados em diversas passagens com o propósito de, juntamente com outros princípios previstos na legislação ordinária – notadamente os princípios da livre apreciação das provas pelo juiz (CPC,

3 No mesmo sentido, cf. a regra disciplinada no inciso n. II, bem como no § 2º, ambos do art. 1.121 do CPC.

4 Expressão que, segundo Maria Berenice Dias, deve ser a usada ao invés de “direito de visitação”, pois, na sua concepção, “[...] é isso que deve ser preservado mesmo quando pai e filho não vivem sob o mesmo teto. In: **MANUAL DE DIREITO DAS FAMÍLIAS**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 405.

5 De se registrar, por adequado, que o referido princípio do *devido processo legal* – como bem anotado por Nelson Nery Jr. (In: **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 6. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 60) –, levando-se em conta a extensão de sua incidência nos casos concretos, tornaria despicinda a proclamação de outros tantos dogmas principiológicos relacionados ao processo civil. Todavia, para uma melhor compreensão dos questionamentos a serem esboçados durante o curso deste trabalho, optou-se por noticiar a existência dos demais princípios que dele derivam, a exemplo dos princípios do *acesso à justiça* e da *ampla defesa e do contraditório*.



art. 131) e o do melhor interesse da criança e do adolescente (Lei n. 8.069/90, art. 22) –, buscar-se soluções jurídicas para alguns questionamentos de natureza processual que, no dia-a-dia forense, são levados à apreciação do Estado-juiz na esfera das Varas de Família.

Pois bem. Como de sabença, os princípios jurídicos são, na modernidade, preceitos normativos com texturas abertas e dependentes da realidade subjacente que – sem desprezar a importância das regras e o valor da subsunção⁶ – não apenas podem ser diretamente aplicados como, outrossim, embasar a elaboração de outras normas que sirvam para o magistrado julgar os casos concretos que são submetidos ao seu crivo.

Essa nova visão sobre os princípios no âmbito do Direito, aliás, teve início com a divulgação das ideias de Ronald Dworkin, cujo cerne se fundava em demonstrar a insuficiência do método subsuntivo para, por si só, servir de instrumento destinado à aplicação das normas, e, assim agindo, ele atacou frontalmente o positivismo jurídico consolidado à época, fazendo surgir, então, o que se passou a chamar de pós-positivismo.

Em manifesto amparo dessa doutrina revolucionária, despontaram as ideias de Robert Alexy, confirmando, por um lado, o caráter normativo dos princípios, mas, por outro, indicando que, entre estes últimos e as regras de direito, existem diferenças não apenas de ordem conceitual, mas, principalmente, no que diz respeito ao grau de otimização, ou, por assim dizer, no tocante aos seus aspectos qualitativos ou lógicos.⁷

Com efeito, segundo o mencionado jurista alemão, os princípios, no universo do direito, são normas que estabelecem – daí as suas importâncias no ordenamento jurídico de um país – como algo deve ser realizado dentro das possibilidades jurídicas reais existentes, ou seja, da melhor forma possível; e, nesse aspecto, portanto, podem e devem ser, na máxima medida do possível, cumpridos em diferentes graus, levando em conta, para a resolução de um caso particular, não apenas as possibilidades fáticas como, também, as jurídicas.⁸

6 Por essa perspectiva, a atividade do aplicador do Direito consiste em “[...] enquadrar um fato individual em um conceito abstrato normativo a ele pertinente”. Cf. DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. 2. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 4. p. 546.

7 Cf. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. *passim*.

8 In: Ponderação, Jurisdição Constitucional e Representação Popular. Tradução de Thomas da Rosa de Bustamante. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Coords.). **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 295-304.



Um rumo bem diferente se toma quando, para esse mesmo propósito, se acham presentes as regras jurídicas, porquanto estas são normas que, uma vez consideradas válidas, apenas possibilitam o cumprimento dos seus comandos normativos; nada mais que isso.

Dessa forma, analisando as ideias acima expostas, chega-se à conclusão de que, para a nova hermenêutica constitucional, os princípios e as regras constituem espécies do gênero norma jurídica, existindo entre eles, apenas diferenças peculiares que são evidenciadas a partir da maneira de como será encontrada a solução, em sendo a hipótese de desarmonia, que melhor resolva determinada situação de vida específica suscitada através de uma demanda.

3 Conflitos entre regras e princípios: soluções a partir das ideias de proporcionalidade e razoabilidade

Essa desarmonia, no entanto – que, inclusive, é possível ocorrer entre um princípio e uma regra, entre princípios ou entre regras – tem encontrado solução plausível na doutrina da argumentação jurídica de Robert Alexy, que é reconhecida como uma das mais influentes no contorno do modelo pós-positivista, em que pesem as variadas críticas em seu desfavor provenientes de respeitados filósofos e juristas contemporâneos.⁹

É que, para ele – e, diga-se de passagem, uma grande parte dos doutrinadores modernos que tem acolhido os seus ensinamentos¹⁰ –, as regras são normas que trazem em si mandamentos definitivos, e, por isso mesmo, os direitos que nelas encontram fundamento são também considerados definitivos; ao passo que os princípios são normas a declarar que algo deve ser realizado na medida e da melhor forma possíveis nos planos fáticos e jurídicos que se apresentam na hipótese singular, vale dizer, são mandamentos de otimização, e, portanto, os direitos que nelas encontram respaldo não são reconhecidos como definitivos, mas sim com direitos considerados em determinado aspecto e momento histórico.¹¹

9 Cf. CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 178-187.

10 **Id. ibid.**, *passim*.

11 Cf. ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 24, p. 334-344, out./dez. 2005. Trimestral.

Logo, na sua concepção, havendo conflito entre duas ou mais regras para solução de uma determinada hipótese definida no processo, duas soluções diferentes são apresentadas: i) ou se utiliza uma cláusula de exceção que elimine a desarmonia apontada, ou, então, ii) declara-se válida apenas uma das regras, de maneira que as outras sejam totalmente afastadas para fins de resolução do objeto do processo.

Para tais propósitos, faz-se necessário a utilização de um critério que, mesmo de natureza subjetiva – mas, esclareça-se, sem cometimento de abusos –, imponha um mínimo de segurança jurídica no momento em que o juiz venha a pronunciar a sua decisão, sendo certo que a observância da forma na proporção adequada ao caso específico é também considerada fator de garantia.¹²

Dito critério – segundo a doutrina e a jurisprudência –, é a proporcionalidade aliada à razoabilidade, ou seja: o bom senso, levando em consideração os valores sociais então vigentes.¹³

Bem por isso, a utilização dos princípios em um caso singular não ocorre sob o modelo empregado às regras – repita-se mais uma vez, no padrão restritivo do tudo ou nada –, mas sim de forma graduada, levando-se em conta as circunstâncias disciplinadas por outras normas ou por situações de vida em determinada época.

Daí por que, uma vez identificado – para aquela finalidade específica – o princípio de maior peso, o outro ou os outros lhe cedem lugar, sem que esse procedimento jurisdicional provoque qualquer desarmonia entre eles nos planos de existência e de validade; método que, frise-se, será adotado neste artigo com a finalidade de dirimir os questionamentos processuais que, mais adiante, serão trazidos a cotejo.

12 Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 25.

13 Por todos, cf. SOUZA, Artur César de. **Contraditório e revelia**: perspectiva crítica dos efeitos da revelia em face da natureza dialética do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 166-167.



4 O princípio da dignidade da pessoa humana como garantia constitucional da criança e do adolescente de conviver com o seu pai e com a sua mãe

No bojo desse conjunto de reflexões inovadoras – as quais, vale o destaque, resultaram no método de trabalho que passou a ser denominado de constitucionalização do Direito Civil¹⁴ – ganham bastante relevo, notadamente para os objetivos do presente estudo, vários princípios relacionados às relações familiares. Uns, previstos na Constituição, e, outros, na legislação infraconstitucional.

Entre tais princípios avulta-se o denominado princípio da dignidade da pessoa humana, cujo enunciado se acha insculpido no inciso n. III do art. 1º da Constituição da República (CR), ao estabelecer, de forma bastante ampla e como objeto de realização dos direitos individuais – o que, diga-se de passagem, o qualifica como um dos fundamentos da república brasileira¹⁵ –, que os cidadãos, independentemente de nacionalidade, “[...] não podem ser tratados como meios ou meros instrumentos na realização de nossos desejos, mas que têm desejos e enseios próprios, que devem ser respeitados”¹⁶.

Daí, portanto, o lúcido entendimento tanto da doutrina como da jurisprudência brasileiras no sentido de que a referida cláusula constitucional também norteia as relações familiares de convivência entre os pais e a sua prole, sabido que “O filho, fruto da relação entre homem e mulher, independentemente do tipo de relação formada, matrimonializada ou não, deve ser respeitado em sua integralidade, individualidade, e acima de tudo, na sua dignidade”¹⁷.

Logo, via de regra – ou seja, desde que inexista fato plausível que mereça a devida apuração judicial por meio do devido processo legal (CR, art. 5º, n. LIV) –,

14 Nesse sentido é lição de Moacir César Pena Jr. vazada no seguinte trecho, *in verbis*: “Quanto à constitucionalização do Direito Civil, verificamos que ela busca transferir toda a problemática antes reservada à órbita civilística para o âmbito constitucional, submetendo o Direito Civil, com seus princípios fundamentais, aos preceitos constitucionalmente instituídos. Entendemos ser essa constitucionalização indispensável, principalmente para a percepção do Direito de Família contemporâneo”. In: **Direito das pessoas e das famílias**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 6.

15 NERY JR., Nelson. **Constituição Federal comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 118. Sobre a importância dessa cláusula constitucional afirma Caio Mário da Silva Pereira que “Na contemporaneidade, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB) assumiu posto de macroprincípio constitucional, de sorte que todos os princípios que se concretizam na dignidade da pessoa humana constituem direitos fundamentais”. In: **Instituições de Direito Civil**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 51.

16 VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais**: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 67.

17 Cf. HAGE, Rodrigo. **O princípio da dignidade da pessoa humana como norteador das relações familiares**. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/5421/1/dignidade-da-pessoa-humana/pagina1.html>>. Acesso em: 15 set. 2009.

não pode e nem deve a mãe-guardiã, por simples capricho seu, depois do divórcio do casal, impedir que o pai mantenha convivência com o filho, valendo-se ela, para tanto, de mecanismos pessoais de influência materna, sem qualquer amparo da lei, e, pior ainda, mediante a utilização da criança ou do adolescente como instrumento para realizar interesse pessoal mesquinho, com a única finalidade de atingir moralmente o seu ex-esposo ou companheiro.

Bem por isso, uma vez presente tal hipótese no plano concreto das relações de família, tem-se compreendido que é dever do pai – não apenas em resguardo de seu direito pessoal (Lei n. 6.515/77, art. 15), mas, sobretudo, do direito de seu filho em manter com ele uma convivência saudável para o seu desenvolvimento como pessoa (Lei n. 8.069/90, art. 19) – lançar mão de quaisquer das medidas judiciais previstas no ordenamento jurídico brasileiro – notadamente daquelas estabelecidas no art. 1.634 do CÓDIGO CIVIL, c/c os arts. 33 a 35 da Lei n. 8.069/90 –, buscando o amparo do Estado-juiz com a finalidade de encontrar uma solução adequada para o referido conflito de interesses envolvendo o exercício do poder familiar.

Nesse mesmo sentido, confira-se a preclara lição de James Eduardo Oliveira, em anotação ao art. 1.632 do Código Civil, cujo excerto adiante se segue transcrito, *in verbis*:

Com a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável, os filhos ficam na guarda de um dos pais, ao outro sendo assegurado o direito de visita (CC, arts. 1.584 e 1.589), ressalvada a hipótese de guarda compartilhada. A privação da guarda, entretanto, não acarreta nem traduz a perda do poder familiar, de maneira que a divergência entre os pais sobre o seu exercício (CC, art. 1.634, exceto inciso II) deve ser dirimida pelo Poder Judiciário (CC, art. 1.631, parágrafo único).¹⁸

De se concluir, portanto, que a garantia constitucional em comento, no âmbito das relações domésticas, se destina a, dentre outras finalidades buscadas pela lei, dar amparo ao filho menor no caso de situações vexatórias impostas pelo pai ou pela mãe-guardiã, vinculando, em primeiro plano, à pessoa do legislador, na medida em que este deve observar o seu mandamento durante o processo de elaboração das leis; e, em segundo plano, ao magistrado, para que este, no âmbito e nos limites do exercício da sua jurisdição, garanta aos filhos menores, além de outros direitos individuais, o de manter convivência tanto com a mãe como com o pai, mediante a prestação de uma tutela jurisdicional justa, adequada e efetiva.

¹⁸ **Código Civil anotado e comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 1215.



5 O princípio da proteção integral da criança e do adolescente também como cláusula constitucional de asseguração do direito de convivência entre pais e filhos

Outro princípio que ainda merece ser invocado pelo Poder Judiciário na busca de solucionar as discussões judiciais acerca do direito de convivência entre pais e filhos é o da proteção integral – comumente denominado de melhor interesse da criança ou do adolescente, estabelecido no art. 227 da CR, bem como no art. 3º do Decreto n. 99.710/90 –, segundo o qual o Estado e as famílias devem se reunir em torno do bem-estar dos filhos, consectário legal que não pode se distanciar da segurança e do convívio gradativo entre os familiares, a fim de ser preservar a integridade psicossocial, emocional e intelectual da criança ou do adolescente.

Trata-se, igualmente, de princípio constitucional orientador tanto para o legislador como para o aplicador da lei, ao estabelecer a primazia das necessidades da criança e do adolescente como critério de interpretação da lei, desfecho de conflitos, e até mesmo para elaboração de regras futuras.

E assim deve ser compreendido porque, acima de todas as circunstâncias fácticas e jurídicas, deve pairar o princípio do melhor interesse, como garantidor do respeito aos direitos fundamentais titularizados por crianças e jovens, conforme bem lançada anotação de Paulo Lúcio Nogueira em comentário ao art. 4º da Lei n. 8.069/90 em texto cujo fragmento adiante se segue transcrito, *in verbis*:

[...] o que deve sobrelevar é a proteção aos interesses do menor sobre qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado, devendo ele ser ouvido sempre sobre sua situação ou seu próprio destino, quando estiver em condições de ser ouvido, não se compreendendo qualquer decisão que seja tomada contrariamente aos seus interesses. [...] Contudo, não se deve esquecer também que as declarações do menor, embora de grande valia e interesse nas decisões sobre seu destino, algumas vezes devem ser analisadas com a devida cautela, pois há também menores que são influenciados por seus responsáveis, e nem sempre chegar a entender o que melhor lhes convém, e que deve ser decidido judicialmente, com o auxílio da equipe interdisciplinar.¹⁹

É por isso que o legislador constitucional doméstico – na busca de um norte que oriente todos aqueles que se defrontam com as exigências naturais da infân-

¹⁹ Estatuto da Criança e do Adolescente comentado. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 13.

cia e da juventude – estabeleceu no supracitado art. 227 da CR que é assegurado todos os menores de idade o direito à vida, à saúde, à alimentação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Em reforço dessa norma de índole constitucional, apresenta-se, ainda – desta feita no plano da legislação ordinária – a regra prevista no art. 3º da Lei n. 8.069/90, disciplinando que a criança e o adolescente “[...] gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral, assegurando-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e as facilidades, a fim de facultar-lhes o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade”²⁰.

Nesse contexto, pode-se chegar à conclusão de que essa garantia de ordem constitucional tem o propósito – como bem assinalado por Flávio Guimarães Lauria²¹ – de assegurar cuidados especiais à pessoa humana durante a sua formação no seio da família e no âmbito da sociedade em que vive, cujas consequências – que em certos casos poderão ser irreversíveis – vão delinear o seu comportamento, quer físico quer psicológico, durante toda a vida adulta.

É que tanto a criança como o adolescente, em razão do seu desenvolvimento natural incompleto, ainda não seria capaz de reagir maduramente aos estímulos de perdas e de tomar decisões complexas, advindo daí a justificativa para a atenção reservada com que eles devem ser tratados pela sua família e, sobretudo, pelo Estado.

Sendo assim, afigura-se adequada a conclusão – ao menos para o fim colimado neste trabalho²² – de que, em se tratando de questões relativas ao resguardo de direitos de filhos menores em conviver com o pai não guardião, o juiz deverá sempre levar em consideração o princípio do melhor interesse da criança.

20 TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do Direito de Família brasileiro**. Disponível em: <http://www.flavio_tartuce.adv.br/secoes/artigos/Tartuce_princfam.doc>. Acesso em 15/09/2009.

21 **A regulamentação de visitas e o princípio do melhor interesse da criança**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. p. 32.

22 É corrente o entendimento de que é impossível determinar-se tanto o alcance como o conteúdo do princípio constitucional, diante das várias nuances em que podem se apresentar as questões concernentes à infância e à juventude. Nesse sentido, cf. LAURIA, Flávio Guimarães. **Ob. cit.**, p. 36-37.



6 A “Síndrome da alienação parental”: sua nocividade e consequências nefastas no âmbito das relações familiares

Por “síndrome da alienação parental” tem-se entendido na literatura clínica psicológica como o “[...] transtorno que se instala em um infante, pela introdução de falsas alegações feitas pelo genitor guardião, acerca da conduta do outro genitor”²³, tudo com o objetivo de destruir – por questões exclusivamente pessoais e repugnantes do alienante – os laços parentais e afetivos que existem entre eles.

Trata-se de um mal presente cada vez mais presente da sociedade contemporânea que, nas circunvizinhanças das relações familiares, tem como fio condutor as informações maliciosas e inverídicas relatadas ao filho pelo pai-guardião – que o assim procede sem se dar conta do dano psicológico que impõe ao menor e também a si próprio –, construindo aos poucos na criança ou no adolescente, dada a sua imaturidade em lidar com os problemas e as emoções dos adultos que lhe cercam, um comportamento repugnante em relação ao genitor alienado.

Como bem ressaltado por Ana Maria Gonçalves Louzada, essa atitude funesta do pai-guardião tem origem, basicamente, no fato do rompimento da vida conjugal, quando ele não consegue [...] assimilar a perda do outro, o vazio, a destruição do lar, a traição, e sobrevivem alimentados e nutridos por raiva e vingança, utilizando-se dos filhos como munição para bombardear o ex-cônjuge. O genitor alienante induz seus filhos, por meio de deturpações de fatos, a ficarem somente ao seu lado, fazendo com que os filhos venham a hostilizar o outro genitor, e até mesmo a odiá-lo”²⁴.

Em consequência desses atos de hostilidade inconsequentes – que evidenciam, sem sombra de dúvida, a prática de manifesto abuso psicológico por parte de quem detém a guarda de menor²⁵ –, o filho vem a tornar-se, na

23 Cf. LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. Síndrome da alienação parental. In: BASTOS, Eliene Ferreira; LUZ, Antônio Fernandes da. (Coord.). **Família e Jurisdição II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 1. Os primeiros estudos sobre essa espécie de comportamento humano foram elaborados por Richard Gardner, professor de psiquiatria da criança da Universidade da Columbia dos Estados Unidos da América, ao afirmar que dito transtorno mental “[...] seria caracterizado pelo conjunto de sintomas que resultam do processo pelo qual um genitor transforma a consciência de seus filhos, mediante distintas estratégias, com objetivo de impedir, obstaculizar ou destruir seus vínculos com o outro genitor”. Cf. LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. Ob. cit., p. 1-2.

24 Ob. cit., p. 2.

25 Pela importância que a matéria tem demonstrado no dia-a-dia forense, o legislador doméstico, com a finalidade de extirpar – ou, ao menos, minimizar esse mal do seio das famílias – fez editar o Projeto-de-Lei n. 4.053/2008, com a justificativa de que ele teria o objetivo de “[...] inibir a alienação parental e os atos que dificultem o efetivo convívio entre a criança e ambos os genitores”. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/601514.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2009.



fase adulta, uma pessoa imatura, descontrolada emocionalmente, e, por vezes, viciada em álcool e drogas; distúrbios que, segundo os especialistas no assunto, desenvolve quando – então já sob o sentimento de culpa em relação ao pai alienado – percebe que foi utilizado como instrumento da agressão perpetrada pelo seu pai-guardião, seu algoz.

É por tais razões que, no dia-a-dia forense, os juízes, na maioria das vezes – quando o assunto é o disciplinamento de regime de convivência entre filho e pai não-guardião –, têm recorrido à ajuda dos psicólogos e assistentes sociais, na tentativa de buscar soluções menos traumatizantes para as crianças e os adolescentes sob o jugo do pai-guardião, antes de tomar decisões que, à primeira vista, podem até parecer agressivas e, portanto, desprovidas de bom senso, mas que, sem elas, a chamada “síndrome da alienação parental” acarretaria, sem sombra de dúvida, ainda mais problemas de ordem psicológica aos filhos de casal separado ou divorciado, como abaixo será estudado.

7 Da necessária intervenção judicial para resolver situações de vidas decorrentes de atos do pai-guardião portador da “síndrome da alienação parental”

Como já anotado no preâmbulo deste artigo (vide item 1, *supra*), a regra é que o Estado-juiz não deve imiscuir-se nas relações familiares – sobretudo, quando elas dizem respeito a vínculos afetivos –, deixando que os seus próprios integrantes busquem encontrar as soluções que mais se ajustem às suas pendengas, ainda que com ajuda de expertos no assunto.

Entrementes, quando eles não conseguem resolver tais quizílias, por si sós ou com o auxílio de especialistas –, não resta outra alternativa ao ente familiar prejudicado, ou sem condições de encontrar uma solução amigável para o impasse, senão recorrer ao amparo do Poder Judiciário, na tentativa de amenizar a sua dor e, também, a sua decepção em não poder resolver um drama familiar do qual é vítima, como sói ocorrer nos casos de direito de convivência entre os filhos e os pais em razão do rompimento ou da dissolução da sociedade conjugal, quando o pai ou a mãe-guardiã insiste, sem qualquer motivo plausível, em não possibilitar a manutenção de relação de afeto entre o filho e o pai não-guardião, numa de-



monstração clara e incontestável de que, no caso, estaria presente a chamada “síndrome da alienação parental (vide item 6, supra), um mal que, como já anotado, tem corroído a saúde mental das crianças e dos adolescentes mundo afora.

E quando o Estado-juiz se depara com esse problema aflitivo de ordem emocional – e, pasme-se, com consequências sociais de difícil reparação – instalado no seio de determinada família, não pode deixar de apreciá-lo e tomar a decisão que melhor atenda aos interesses do filho que está sendo utilizado como instrumento à prática da alienação.

Uma dessas soluções judiciais que mais se apresenta no dia-a-dia forense é a ordem judicial, por mandado, dirigida ao pai-guardião para que ele cumpra, imediatamente, aquilo que voluntariamente se comprometeu em acordo ou foi estabelecido pelo juiz no processo de divórcio – isto é, entregue o filho para o pai não-guardião exercer o seu direito de convivência assegurado por lei; o que, conforme tem-se visto, ele executa sem maiores dificuldades e, mais, sem a necessidade do auxílio de força pública.

Em outras situações fáticas, porém, o pai-guardião resiste a tal deliberação legítima do magistrado, desafiando a autoridade do Poder Judiciário, com a simples alegação evasiva – e por que não dizer, muitas vezes desprovida de verdade – de que o menor estaria doente ou, então, que ele não desejaria, naquele momento, encontrar-se com o seu genitor; desculpas que são repetidas várias outras vezes em outras ocasiões, até perceber-se que o caso é de manifesta presença da “síndrome da alienação parental”, ou seja, da insistência do pai-guardião em impedir deliberadamente a convivência do filho com o genitor, sem se dar conta de que estaria não apenas desprestigiando as ordens emanadas do Estado-juiz, mas, além de tudo, causando malefício tanto a si como a pessoa do seu pupilo; o que, diga-se de passagem, legitima a atuação do juiz, à vista da norma inserta no art. 22 da Lei n. 8.069/90, *in verbis*: “Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais”.

E dessa forma deve ser entendido porque, o supracitado dispositivo de lei está ontologicamente relacionado ao art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), que dispõe: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige”. Daí por que, na sua interpretação teleológica, cabe ao magistrado levar em consideração tanto a dignidade como os interesses da criança e do adolescen-

te, protegidos constitucionalmente (CR, art. 1º, n. III, e art. 227), “[...] que deverão sobrepor-se a qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado, levando em conta a destinação social da lei e o respeito à condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento”²⁶.

Bem por isso, faz-se necessária, em certos momentos, uma intervenção mais drástica do magistrado, com a expedição de ordem de prisão para o pai-guardião, em sendo o caso dele apresentar resistência desarrazoada no cumprimento de deliberação judicial de entregar o filho ao pai não guardião, objeto de cláusula por ele ajustada, de forma espontânea ou coercitiva, em processo judicial onde lhe foi assegurado a ampla defesa e o contraditório (CR, art. 5º, n. LV).

É verdade que essa atitude do Estado-juiz de constrição pessoal pode, ainda mais, incitar a raiva ou a vingança privada do cônjuge-guardião em desfavor do seu ex-marido ou companheiro, aumentando, sobremodo, o seu distúrbio de natureza psicológica que – como já anotado acima – ele sequer se dá conta de que é possuidor, e, mais ainda, de que necessita de tratamento com profissional especializado; causando, assim, mais sofrimento emocional para a pessoa do filho, em se ver no meio de desavenças que em nenhum momento de causa.

No entanto, essa decisão judicial rigorosa se faz necessária para fins de resguardo da sua dignidade humana de pessoa em formação, e, portanto, de ter desenvolvimento psicológico natural e sadio, razão por que a doutrina tem indicado essa medida coercitiva em desfavor do pai-guardião, desde que ele não cumpra espontaneamente a ordem judicial de direito de convivência, incorrendo, portanto, em crime de desobediência (CPC, art. 330)

Em análise percuciente da matéria, bem como dos impactos sociais que ela causa na pessoa do filho-vítima e na ordem jurídica como um todo, Caio Mário da Silva Pereira, valendo-se de estudo da lavra de Maria Celina Bodin de Moraes, assevera que “[...] no caso concreto, o que deve haver é uma ponderação de princípios [no caso em tela, da liberdade do pai-guardião e do melhor interesse do filho] de modo a se precisar a forma em que será alcançada a dignidade. Isto porque a família só faz sentido para o Direito a partir do momento em que ela é veículo funcionalizador da promoção da dignidade de seus membros. Seus reflexos crescentes vêm permeando todo o Direito como é o exemplo da valorização dos

26 LIBERATI, Wilson Donizeti Liberati. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 20008. p. 18.



laços de afetividade e da convivência familiar oriundas da filiação, em detrimento, por vezes, dos vínculos de consanguinidade”²⁷.

Registre-se, ainda, em amparo da legitimidade e da legalidade dessas decisões judiciais, que a jurisprudência brasileira também é remansosa na lição de que, em se tratando de direito de convivência, é possível sim ao Juiz – e até recomendável, levando em conta os interesses e a dignidade do menor – ordenar que a parte pai ou a mãe-guardiã cumpra o regime de convivência imposto na sentença ou no acordo por ele judicialmente estabelecido, sob pena de, assim não procedendo, incorrer na prática de crime de desobediência (CP, art. 330); com a possibilidade até de ser a guarda revertida em favor do outro cônjuge, como bem anotado por Maria Berenice Dias em seu voto que resultou no v. Acórdão cuja Ementa adiante se transcreve, *in verbis*:

EMENTA. DIREITO DE VISITAS. O infante possui não apenas o direito à convivência familiar, mas também, o direito a receber o afeto de seu genitor. As atitudes temerárias da genitora, impedindo que seu filho receba a visita de seu genitor, não podem ser referendadas pelo Poder Judiciário. A mãe deve respeitar o acordado judicialmente sob pena de incorrer no crime de crime de desobediência. Havendo possibilidade até de ser a guarda revertida em favor do pai.²⁸

E assim deve ser compreendido porque, em situações tais da que ora se comenta, o Juiz pode e deve, quando invocado, interferir para solver conflitos existentes entre o casal com relação a vários aspectos de sua convivência, sobretudo, no tocante ao regime de convivência dos filhos, como ainda registra Maria Berenice Dias em obra especializada na matéria cujo excerto adiante se segue transcrito, *in verbis*:

Quer pelo profundo interesse do Estado na manutenção do casamento, quer pela dificuldade de as questões que dizem com os sentimentos serem solucionadas de forma equilibrada, despida de emoções, ressentimentos e mágoas, o fato é que a lei permite que o Juiz seja chamado para dirimir as brigas do casal. A inserção do princípio da igualdade nas relações familiares, não dando prevalência à vontade de qualquer par, faz com que o Juiz seja chamado para solver conflitos, mesmo que essa interferência conte com a chancela legal, a presença de um estranho no seio da família não deixa de configurar afronta à intimidade e à própria privacidade de seus membros. Dita participação, no entanto, tem razão de ser. Notadamente, quando há interesses de crianças, adolescentes e idosos, o

²⁷ Ob. cit., p. 53.

²⁸ Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/ementa.php. Acesso em: 11/09/2009. (Grifou-se).

socorro do Judiciário faz com que sejam eles preservados, tanto que nessas demandas a iniciativa do Juiz na busca de provas não é só permitida, mas é recomendada e até incentivada.²⁹

Registre-se, por derradeiro, que, atualmente, levando em conta os vários estudos que têm sido feitos acerca da “síndrome da alienação parental”, bem como das suas graves consequências sociais não apenas para os filhos, mas, também, para o Estado como um todo – daí a legítima interferência do Poder Judiciário para solucionar o questionamento que a ela dizem respeito –, o legislador ordinário nacional tem buscado a criminalização do referido transtorno psicológico, por via do Projeto de lei n. 4.053/2008, de autoria do deputado federal Régis de Oliveira, na tentativa de afastar, tanto do convívio familiar como da sociedade, o pai-guardião que, além de não buscar tratamento adequado à sua pessoa, deseja, por todos os meios, utilizar-se do filho com o único propósito de atingir o outro cônjuge, prejudicando, dessa maneira, o bem-estar físico, mental e social do seu pupilo.

Conclusões

Com respaldo em tais considerações, aqui expostas em breves apontamentos adequadas, portanto, repita-se, ao estudo proposto (vide item 1, supra) – pode chegar-se às seguintes conclusões:

a) Levando em conta que tanto a intimidade das pessoas (CR, art. 5º, n. X) como a sua casa são consideradas inexpugnáveis (CR, art. 4º, n. XI), a regra no ordenamento jurídico brasileiro é que, em se tratando de discussão sobre vínculos familiares, o Estado-juiz não deve interferir na comunhão de vidas oriundas do vínculo familiar, somente atuando for convocado para dirimir questões decorrentes do término de liames afetivos, pelos meios judiciais postos à disposição dos cônjuges (Lei n. 6.515/77 e arts. 1.120 a 1.124-A do CPC);

b) Uma dessas intervenções estatais se dá quando o juiz é chamado para apreciar e decidir acerca do direito de filho menor – que ficou sob a guarda e responsabilidade da mãe – em ter convivência com o seu pai, buscando-se, com isso, reforçar o vínculo paterno-filial que, indubitavelmente, se faz necessário para o seu desenvolvimento e equilíbrio psicológico e emocional de pessoa em formação;

²⁹ In: **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 89.



c) Em reverência aos princípios da dignidade da pessoa humana e o do melhor interesse da criança e do adolescente (CR, art. 1º, n. III, e art. 227), o Estado-juiz pode e deve sim intervir nas relações familiares entre pais e filhos, com a finalidade de encontrar uma solução justa e adequada para os conflitos que digam respeito ao direito de convivência entre eles, sobretudo quando, no caso concreto, se apresentar o quadro perturbador da chamada “síndrome da alienação parental”;

d) Por “síndrome da alienação parental” deve-se entender o transtorno psicológico que se instala em uma criança ou em um adolescente, pela repetição de falsas alegações de autoria pelo pai-guardião em desfavor do outro genitor, com o propósito de destruir – por questões exclusivamente pessoais e repugnantes do alienante – os laços parentais e afetivos que existem entre eles;

e) O “regime de visitas” decorrente do direito de convivência dos pais com relação aos filhos é, na expressão da própria lei, “[...] a forma pela qual os cônjuges ajustarão a permanência dos filhos em companhia daquele que não ficar com sua guarda, compreendendo encontros periódicos regularmente estabelecidos, repartição das férias escolares e dias festivos” (CPC, art. 1;121, parágrafo único);

f) O “poder familiar”, por sua vez, será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a quaisquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência (Lei n. 8.069/90, art. 21);

g) Quando esse direito de convivência não for voluntariamente autorizado (na hipótese de acordo entre os cônjuges) ou cumprido (no caso de decisão judicial acerca da matéria) pelo pai-guardião faz-se necessária a interferência do Poder Judiciário que, a pedido do cônjuge interessado, poderá adotar todas as medidas estabelecidas em lei para que ele possa exercer o referido direito, inclusive o decreto de prisão do cônjuge desobediente pela prática de crime de desobediência, quando ele se opor à ordem judicial legítima de entrega da criança ou do adolescente ao outro cônjuge, conforme tem sido o mais recente entendimento da doutrina e dos tribunais brasileiros;

h) E assim deve ser compreendido porque, conforme anotação de J. F. Basílio de Oliveira, “O convívio do pai com os filhos é considerado um direito para o pai e um direito para o filho, posto que, no que concerne ao pai, além de sua obrigação de assistência material, tem também o dever moral de pros-



seguir assistindo o filho do ponto de vista de convivência, e da afetividade, proporcionando-lhe a salutar presença, em benefício do seu desenvolvimento e equilíbrio psicológico e emocional³⁰.

Abstract

This essay has the scope to make a dogmatic analysis of art. 1.589 of the Civil Code and its implications in the field of human relations governed by the law of Families – taking into account the principles of human dignity and the best interests of the child and adolescent, as provided in art. 1º, no. III, and no art. 227 of the Constitution of the Republic of Brazil, respectively, presenting and supporting the idea that, when invoked (CPC, art. 2º), the judge

state can and should intervene in family relationships between parents and children, with the purpose of finding fair and appropriate solution to the conflict concerning the right of coexistence, especially when, in this case, present the disturbing picture of the so-called “parental alienation syndrome”.

Key words: Parental Alienation. Coexistence paternal-filial. Children.

Referências

a) Livros

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 24, p. 334-344, out./dez. 2005. Trimestral.

ARRUDA ALVIM. **Manual de Direito Processual Civil**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 2. 704 p.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006.

CÂMARA, Alexandre Freitas Câmara. **Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais: uma abordagem crítica**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009. 266 p.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais**. Curitiba: Juruá, 2006.

30 In: **Guarda, visitação, busca e apreensão de menor**. 2. ed. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2006. p. 274.



DIAS, Maria Berenice. Incesto e o mito da família feliz. In: _____. (Coord). Incesto e alienação parental: realidades que a Justiça insiste em não ver. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, p. 17-50, 2007.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 608 p.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. III, 846 p.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. 2. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 2 e 4.

_____. Efetividade da tutela jurisdicional à luz da constitucionalização do processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 116, p. 28-39, jul./ago. 2004. Bimensal.

LAURIA, Flávio Guimarães. **A regulamentação de visitas e o princípio do melhor interesse da criança**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. 238 p.

LIBERATI, Wilson Donizeti Liberati. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. 286 p.

LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. Síndrome da alienação parental. In: BASTOS, Eliene Ferreira; LUZ, Antônio Fernandes da. (Coord.). **Família e Jurisdição II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. 241 p.

NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 6. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. 421 p.

_____. **Constituição Federal comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 990 p.

OLIVEIRA, James Eduardo. **Código Civil anotado e comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. 1563 p.

PENA JR., Moacir César. **Direito das pessoas e das famílias: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2008. 451 p.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. 615 p.



SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Coord.). **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 2006. 688 p.

Artigos da internet

HAGE, Rodrigo. **O princípio da dignidade da pessoa humana como norteador das relações familiares**. Disponível em: <http://www.webartigos.com/articles/5421/1/dignidade-da-pessoa-humana/pagina1.html>.. Acesso em: 15 set. 2009.

TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do Direito de Família brasileiro**. Disponível em: <http://www.flavio.tartuce.adv.br/secoes/artigos/Tartuce_princfam.doc>. Acesso em: 15 set. 2009.

Legislação

BRASIL. **Lei federal n. 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L9099.htm>>. Acesso em 05 jul.2009.

BRASIL. **Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Promulga a Convenção sobre os direitos da criança. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em 16 set.2009.

BRASIL. **Projeto de lei n. 4.053/2008**. Dispõe sobre a alienação parental. < <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/657661.pdf> > Acesso em: 16 set.2009.

BRASIL. **Edital n. 025/2009 da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco (ESMAPE)**. Regulamenta o curso “Juizados Especiais Cíveis: Questões Controvertidas”. Disponível em: <<http://www.esmape.com.br>>. Acesso em: 01 jul.2009.

Referência do texto

SILVA, José Ronemberg Travassos da. O rompimento do vínculo de convivência paterno-filial e sua estreita relação com a Síndrome de Alienação Parental: Consequências da decisão judicial que firma a obrigação da criança e do adolescente de conviver com o genitor não-guardião. **Revista da ESMape**, Recife, v. 19, n. 39, p. 127-146, jan./jun. 2014.

* Artigo recebido em: 30 set. 2014. Aprovado em: 24 out. 2014.

Vedação do enriquecimento sem causa como fundamento, no direito brasileiro contemporâneo, da indenização de clientela ao agente não registrado em Conselho Regional ou com registro suspenso ou cancelado

Rafael Cavalcanti Lemos

Juiz de direito do Tribunal de Justiça de Pernambuco

Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Pernambuco

Mestrando em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Resumo

O artigo 717 do Código Civil brasileiro admite uma indenização de clientela ao agente comercial, quando o rompimento da avença lhe (ao agente) acarrete prejuízo excessivamente grave. A indenização de clientela não se aplica, em razão do art. 5º. da Lei 4.886/1965, ao agente não registrado em conselho regional ou cujo registro haja sido suspenso ou cancelado. É devida, no entanto, a indenização de clientela ao agente, ainda que não registrado em conselho regional ou seu registro haja sido suspenso ou

cancelado, ante a vedação genérica do enriquecimento sem causa no direito brasileiro contemporâneo, o qual (direito) outrossim contempla, no artigo 885 do Código Civil brasileiro de 2002, a (causa) que houve mas deixou de existir (*condictio ob causam finitam*).

Palavras-chave: Código Civil brasileiro. Indenização de clientela. Agente comercial não registrado em conselho regional. Registro suspenso ou cancelado. *Condictio ob causam finitam*.

1 Introdução

O trabalho investiga como seria possível ao agente comercial – inclusive e especialmente ao não registrado em conselho regional ou com registro suspenso ou cancelado – uma indenização de clientela *avant la lettre* no direito brasileiro contemporâneo. A pesquisa dá-se em doutrina brasileira, portuguesa e dalhures, bem como na jurisprudência brasileira e alemã.

2 Indenização de clientela ao agente

2.1 Soluções alemã e francesa.

A primeira manifestação da *indenização de clientela* foi a *Lei austríaca* de 24 de junho de 1921 (§ 25, especificamente, do *Bundesgesetz über die Rechtsverhältnisse des Handelsagenten* ou *Handelsagentengesetz* – em português, Lei Federal sobre as Relações Jurídicas do Agente Comercial ou Lei dos Agentes Comerciais) – LEITÃO, 2006, p. 15-16. A indenização de clientela passou a ser devida ao agente que exclusiva ou predominantemente se houvesse ocupado da angariação de clientes, quando o término do contrato se devesse a denúncia do principal sem motivo culposos pelo agente (LEITÃO, 2006, p. 15-16).

A legislação francesa (*Loi du 18.7.1937*, alterada pela *Loi du 7.3.1957*) admitiu a indenização de clientela (*indemnité de clientèle*) primeiro ao *représentant de commerce* ou (*représentant*) *statutaire*¹, também chamado V.R.P. (*voyageur, représentant ou placier*), que se diferencia do *agent commercial* por ser aquele (*représentant de commerce*), ainda que goze de autonomia relativa (MONTEIRO, 2009, p. 82), trabalhador subordinado (REQUIÃO, 2007, p. 219; MONTEIRO, 1994, p. 46), sendo ela (indenização de clientela) devida sempre que (A) o empregador ponha termo ao contrato de trabalho sem violação contratual pelo V.R.P. ou (B) a ruptura do contrato de trabalho resulte de incapacidade total ou parcial do V.R.P. para o contrato (LEITÃO, 2006, p. 16-17).

Nela (legislação francesa), a indenização de clientela ao agente (*indemnité compensatrice du préjudice subi* – em português, indenização compensatória do prejuízo sofrido –, também chamada de *indemnité de rupture* por Catoni em 1970, p. 143) surge com o *Décret* 58-1345, de 23.12.1958, alterado pelo *Décret* 68-765, de 22.8.1968, passando a ser devida sempre que revogado o contrato² pelo mandante (a agência era considerada um mandato de interesse comum, pois agente e principal perseguiram ambos formar e ampliar clientela³ – THEODORO JÚNIOR,

1 Seu (*do représentant de commerce*) estatuto passou em seguida ao Título V do Livro VII da Parte Legislativa do Código do Trabalho francês, cujos (do Título V) dispositivos vieram a ser ab-rogados pela *Ordonnance* 2000-912, de 18 de setembro de 2000. O *représentant de commerce* hoje é regido pelos artigos L-7311-1 a L-7313-18 (insetos no Título I do Livro III da nova Parte Legislativa) do Código do Trabalho francês.

2 A Diretiva 86/653/CEE foi transposta pela Lei 91-593, de 25 de junho de 1991, ab-rogada pela *Ordonnance* 2007-329, de 12 de março de 2007. O contrato de agência hoje é regido na França pelos artigos L-134-1 a L-134-17 do Código Comercial.

3 Como explica Theodoro Júnior (2003), só por “insistência histórica” considera-se ainda na França a agência um mandato, já que aquela (agência) tem mais afinidade com outro contrato típico, o (contrato) de prestação de serviços, encarregando-se o agente de tarefas próprias ao mandatário apenas excepcionalmente.



2003; MONTEIRO, 2009, p. 83), salvo quando justificada a revogação por violação contratual pelo mandatário (LEITÃO, 2006, p. 17-18; MONTEIRO, 1994, p. 46). Mesmo após a Lei 91-593, de 25.6.1991, que transpôs a Diretiva Comunitária de 1986, o agente é visto na França como mandatário (THEODORO JÚNIOR, 2003; CUNHA, 2003, p. 388, n. 772; MONTEIRO, 2009, p. 83).

Na Alemanha, a indenização de clientela (*Ausgleichsanspruch* – literalmente, direito ou pretensão a uma compensação – VASCONCELOS, 2002, p. 245, n. 4) não surge antes⁴ do acréscimo ao Código Comercial alemão do § 89b pela Lei de 6 de agosto de 1953 (*Handelsvertreternovelle* – em português, Lei Modificativa Concernente ao Representante Comercial i.e. ao Agente), pouco alterado quando da transposição da Diretiva 86/653/CEE pela lei de 23 de outubro de 1989 (LEITÃO, 2006, p. 21-22).

Para o § 89b (na redação de 4 de agosto de 2009) do Código Comercial alemão, (1) o representante comercial (i.e. agente) pode reclamar do empresário, após o término da relação contratual, uma compensação adequada, *caso e tanto quanto* (α) o empresário mantenha, outrossim *após* o término da relação contratual, vantagens *consideráveis* das relações comerciais com os *novos* clientes angariados pelo representante comercial (i.e. agente) e (β) seja *justo* o pagamento duma compensação, consideradas todas as circunstâncias, especialmente as provisões subtraídas ao representante comercial (i.e. agente) dos negócios com esses clientes, *equiparando-se* à angariação dum novo cliente o representante comercial (i.e. agente) ter *ampliado as relações comerciais com um cliente de maneira tal que isso corresponda economicamente à angariação dum novo cliente*.

Ainda consoante o dispositivo imediatamente supramencionado (§ 89b do Código Comercial alemão, na redação de 4 de agosto de 2009), em sua alínea 3, esse direito não se dá quando (α) o representante comercial (i.e. agente) haja rescindido o contrato, a não ser que uma conduta do empresário tenha dado motivo fundado a isso ou não possa ser exigido do representante comercial (i.e. agente), em razão de sua idade ou de doença, uma continuação de sua atividade, ou (β) o empresário haja rescindido o contrato, tendo havido motivo relevante para a rescisão causado por conduta culposa do representante comercial (i.e. agente), ou, (γ) em virtude de acordo entre o empresário e o representante comercial (i.e. agente), um terceiro ingressa na relação contratual em lugar do representante

4 Cordeiro (2009, p. 670, n. 1.922), ao afirmar que a indenização de clientela é “clara criação do Direito alemão”, certamente se refere àquela (indenização de clientela) na especial conformação ganha por meio da Lei de 6 de agosto de 1953.

comercial (i.e. agente), sem que possa ser realizado esse acordo antes do término da relação contratual.

A Diretiva 86/653/CEE consagrou soluções alternativas, permitindo, em seu artigo 17, que os Estados optassem pelo modelo alemão⁵ ou francês da indenização de clientela (MONTEIRO, 2009, p. 85). A diferença essencial entre esses modelos reside em que, no sistema alemão, a indenização de clientela funda-se na consideração de que o agente deve ser compensado pela *clientela que angariou ao principal*, e, no sistema francês, indenizado pela *perda de remuneração* provocada pela extinção do contrato (LEITÃO, 2006, p. 23-24; TOFFOLETTO, 2008, p. 248). O modelo alemão tem base no § 89 do Código Comercial alemão, o (francês) no art. 3-2 do *Décret* de 23 de dezembro de 1958 (VASCONCELOS, 2002, p. 246, n. 8).

De acordo com a alínea 1 do artigo 17 da Diretiva 86/653/CEE, na tradução oficial portuguesa, os Estados-membros tomarão as medidas necessárias para assegurar ao agente comercial, após a cessação do contrato, uma indenização, nos termos da alínea 2 (solução alemã), ou uma reparação por danos, nos termos da alínea 3 (solução francesa).

Na solução alemã, o agente comercial tem direito a uma indenização, *se e na medida em que* tiver angariado *novos clientes* para o “comitente” ou tiver desenvolvido *significativamente* as operações com a clientela *existente* e ainda se resultarem *vantagens substanciais* para o “comitente” das operações com esses clientes, bem como (*se e na medida em que*) o pagamento dessa indenização for equitativo, tendo em conta todas as circunstâncias, nomeadamente as comissões que o agente comercial perca e que resultem das operações com esses clientes, podendo os Estados-membros prever que essas circunstâncias incluam também a aplicação ou não de uma cláusula de não-concorrência (na aceção do artigo 20 da Diretiva 86/653/CEE) e não impedindo a concessão da referida indenização que o agente comercial outra (indenização) por perdas e danos (art. 17, alínea 2, a e c, da Diretiva 86/653/CEE, na tradução oficial portuguesa).

Na (solução) francesa, o agente comercial tem direito à reparação por danos causados pela cessação de suas relações com o comitente, decorrendo eles (danos) nomeadamente da cessação em condições que (a) *privem o agente comercial das comissões* que receberia pela execução normal do contrato e (condições que)

5 A forte influência do direito alemão (sem a opção do modelo jurídico francês) sobre as propostas (de 17 de dezembro de 1976 e 29 de janeiro de 1979) de diretiva suscitou objeções de França e Grã-Bretanha (MONTEIRO, 2009, p. 84).



simultaneamente proporcionem ao “comitente” *vantagens substanciais* ligadas à atividade do agente comercial ou (β) *não permitam ao agente comercial amortizar os custos e despesas* que ele tenha suportado para a execução do contrato mediante recomendação do “comitente” (art. 17, alínea 3, da Diretiva 86/653/CEE, na tradução oficial portuguesa).

A solução alemã restringe, pois, a indenização de clientela aos casos em que se verifique haver o agente angariado novos clientes ou aumentado consideravelmente o volume de negócios com os clientes já existentes; na solução francesa, não há referência expressa a essas condições para a indenização de clientela (LEITÃO, 2006, p. 23).

Para com ambas as soluções, no entanto, *não* haverá indenização de clientela, de acordo com o artigo 18 da Diretiva 86/653/CEE (na tradução oficial portuguesa), quando (a) o “comitente” houver posto termo ao contrato por um *incumprimento imputável ao agente comercial* e que, nos termos da legislação nacional, seja fundamento de cessação do contrato sem prazo, (b) o *agente comercial* tiver posto termo ao contrato, *a não ser que* essa cessação seja devida a *circunstâncias imputáveis ao comitente* ou à *idade, enfermidade ou doença do agente comercial* que justifiquem razoavelmente a não exigibilidade do prosseguimento das suas atividades, ou, (c) por *acordo com o “comitente”, o agente comercial ceder a terceiros os direitos e obrigações* que lhe (ao agente comercial) decorrem do contrato de agência.

À exceção da França, da Irlanda e do Reino Unido, admitindo ambos os últimos uma ou outra solução, os demais Estados-membros da União Europeia adotaram a solução alemã (LEITÃO, 2006, p. 24; cf. tb. VASCONCELOS, 2002, p. 245, n. 4 e 8; TOFFOLETTO, 2008, p. 248).



2.2 Natureza da indenização de clientela e sua admissão no direito brasileiro.

2.2.1 Natureza da indenização de clientela na doutrina europeia.

Leitão (2006, p. 91) identifica, na doutrina europeia, seis teses acerca da natureza jurídica da indenização de clientela: (1) a (tese) da propriedade incorpórea, (2) a da retribuição diferida, (3) a da indenização por antiguidade, (4) a da função assistencial, (5) a da função ressarcitória do dano sofrido pelo agente e (6) a da função de compensação pelo enriquecimento sem causa do principal. Cunha (2003, p. 363) inclui no rol (de teses) a (tese) do caráter *sui generis* da indenização de clientela.

Consoante a tese francesa da propriedade incorpórea, os *représentants de commerce* (V.R.P.) seriam titulares dum direito sobre a clientela, o qual constituiria uma nova propriedade incorpórea, semelhante à propriedade do estabelecimento comercial, a qual abrangeria também um direito à clientela (LEITÃO, 2006, p. 91). Para Leitão (2006, p. 96), no entanto, titular da clientela seria o principal, não o agente⁶, uma vez que este (agente) limita-se à promoção de contratos entre aquele (principal) e os clientes, que seriam portanto dele (principal). Como explica porém Cunha (2003, p. 393), a clientela não passa dum fluxo de trocas com certo mercado. Fosse um ativo, concebível seria ao principal outrossim uma indenização de clientela, caso criado aquele (ativo) por esforço comum ou tão só por força das qualidades da mercadoria (atribuíveis pois exclusivamente ao principal) e os clientes deixassem o agenciado a fim de seguir o agente – CUNHA, 2003, p. 394.

Januário Gomes (1990, p. 35)⁷, Brito (1988, p. 132)⁸ e Schröder (1953, p. 202)⁹, em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal alemão¹⁰, de-

6 Contra, na doutrina brasileira, referindo-se às indenizações previstas na Lei 4.886/1965, as quais outrossim visariam compensar o agente pela clientela perdida ao principal, cf. MELLO, THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 45.

7 Também incluem Januário Gomes entre os defensores da tese da retribuição diferida Leitão (2006, p. 93) e Vasconcelos (2002, p. 245, n. 5).

8 Cunha (2003, p. 397, n. 794) também a inclui entre os partidários da tese da retribuição suplementar e diferida.

9 Diz Schröder (1953, p. 202): "A indenização de clientela que cabe ao agente sob as condições do § 89 b, 1, do Código Comercial alemão é uma *pretensão contratual* que se baseia *ainda no contrato de agência* já encerrado. Ela (indenização de clientela) não é, nomeadamente, nem um direito a *reparação por perdas e danos* em razão duma violação contratual com o término da relação de agência nem um direito decorrente de *enriquecimento sem causa* pelas vantagens que permanecem com o principal após o término do contrato por motivo das relações comerciais subsistentes com os clientes angariados pelo agente."

10 A concepção da jurisprudência alemã com respeito à natureza jurídica e à função da indenização de clientela pode ser resumida a que deve caber ao agente comercial uma retribuição residual pela atividade sua de intermediação que continue a produzir efeitos, no valor das provisões que ele teria obtido, com o prosseguimento de sua atividade de intermediação em favor do principal, até o encerramento do período sob prognóstico, de encomendas supervenientes e demais negócios

fendem que a indenização de clientela tem natureza de retribuição (suplementar e diferida) – ou “comissão pós-contratual” (CUNHA, 2003, p. 397) – pelos serviços prestados pelo agente (cujos efeitos continuam, em proveito do principal, a fazer-se sentir após a cessação da relação contratual), ante a insuficiência das comissões auferidas na vigência do contrato (CUNHA, 2003, p. 401). Essa concepção acentua a analogia entre o contrato de agência e o (contrato) de trabalho (CAGNASSO, 1987, p. 48). O acréscimo de aviamento decorrente da atuação do agente, contudo, pode já ter sido retribuído em vida do contrato (CUNHA, 2003, p. 404). A indenização de clientela, além disso, *deixa de ser atribuída* se o contrato cessa por razão imputável ao agente, o que é incompatível com a ideia de retribuição, que seria devida de qualquer modo (LEITÃO, 2006, p. 97).

De acordo com a terceira das teses supra-arroladas, a indenização de clientela possui natureza semelhante à indenização por antiguidade paga nos casos de cessação das relações de trabalho subordinado¹¹ (LEITÃO, 2006, p. 93; GOMES, 1998, p. 373). A indenização de clientela, porém, aplica-se ao agente independentemente da duração do vínculo com o principal (LEITÃO, 2006, p. 97).

Pela tese da natureza assistencial, vislumbrada esta (natureza assistencial) no direito italiano v.g. por Cagnasso¹² (1987, p. 48), a indenização de clientela decorre duma necessidade de proteger o agente, já que este é a parte mais fraca do contrato de agência (CUNHA, 2003, p. 364) e perde os meios de subsistência com a cessação do contrato de agência (LEITÃO, 2006, p. 94). A indenização de clientela, entretanto, embora não se possa ignorar que visa a uma maior salvaguarda do agente (CUNHA, 2003, p. 378), aplica-se a este (agente) sem levar em conta sua específica situação econômica (LEITÃO, 2006, p. 97).

A quinta tese, defendida *inter alii* por Catoni (1970, p. 143) e Habscheid (1957, p.364)¹³, declara ser função da indenização de clientela ressarcir o agente pelo

seguintes com os clientes que angariou (BALL, 2000, p. 19 – cf. tb. TOFFOLETTO, 2008, p. 256, n. 72, em que é feita referência a decisão do BGH em 12 de março de 2003 publicada em BB, 2003, 1089).

11 Essa indenização (por antiguidade), por sua vez, teria natureza de *remuneração suplementar* concedida retroativamente (por levar em consideração a antiguidade na empresa) ao trabalhador (CESARINO JÚNIOR, 1970, p. 246).

12 Quem, em qualquer caso, i.e. qualquer que seja a tese acerca da natureza jurídica da indenização de clientela, enxerga nela (indenização de clientela) outrossim a função de conferir *estabilidade* à relação contratual de agência (CAGNASSO, p. 43 e 48). No mesmo sentido, Cunha (2003, p. 409-411), para a qual o desequilíbrio nas situações-limite em que a diligência do agente se voltava contra ele próprio, determinando a cessação do vínculo com o principal, que eliminava um intermediário, conduziu ao surgimento da indenização de clientela, estando subjacente àquele problema a necessidade duma *duração* a respeitar pelo principal *mínima ou razoável* do contrato por tempo indeterminado.

13 A despeito de que Leitão (2006, p. 92) e Cunha (2003, p. 397, n. 794) o enquadrem entre os partidários da tese da retribuição diferida, lê-se em Habscheid (1957, p. 364): “A pesquisa deu como resultado que o § 89 b do Código Comercial alemão reconhece ao agente uma *indenização por provisões perdidas*, conquanto afetada (a indenização) por uma consideração da expectativa de proveito ao principal pelos negócios em questão.”. Como diz Cunha (2003, p. 364), “pese embora a nitidez

dano correspondente à perda de remunerações futuras (LEITÃO, 2006, p. 94), a qual (perda) representaria um lucro cessante (CUNHA, 2003, p. 386 – no mesmo sentido, em Portugal, anteriormente ao Decreto-Lei 178/1986, cf. acórdão de 17 de abril de 1986 do Supremo Tribunal de Justiça, Rel. Frederico Baptista, publ. na Revista de Legislação e Jurisprudência n. 3.759, ano 120 [1987-1988], p. 178-183). Contudo, além de nem sempre haver um ato do principal que contribua para a ruptura do vínculo contratual (CUNHA, 2003, p. 387), um dos *pressupostos* da indenização de clientela (destacadamente na solução *alemã* – CUNHA, 2003, p. 388) é a *subsistência de benefício ao principal*, o qual (pressuposto) é inadequado a uma função ressarcitória (LEITÃO, 2006, p. 98).

A última das teses é no sentido de que a indenização de clientela visa compensar o agente pelos benefícios sem causa *suficiente*¹⁴ recebidos pelo principal (LEITÃO, 2006, p. 94-95 e 98; no mesmo sentido, MONTEIRO, 1994, p. 59).

A posição de Catoni, a propósito, quem enxerga o enriquecimento sem causa como fundamento da *indemnité de client le* dos V.R.P. apenas, (posição) considerada paradoxal por Leitão (2006, p. 94, n. 170), justifica-se, no entanto, quando amparada no art. 29, o, do Livro 1 . do Código do Trabalho francês, que levou em consideração o empobrecimento do *représentant* decorrente da perda de clientela e o enriquecimento correlato do empregador, sendo insuficiente a existência do *contrat de représentation* para justificar esse enriquecimento, ao passo que, segundo o art. 3 . do *Décret* 58-1345, de 23.12.1958, a *indemnité de rupture*   devida ao agente comercial independentemente da constitui o ou desenvolvimento da clientela ao preponente, daí seu (da *indemnité de rupture*) caráter ressarcitório (CATONI, 1970, p. 144-145), mormente com a concep o francesa da agência (sobrevivente   transposi o da Diretiva Comunitária de 1986 por meio da Lei 91-593, de 25 de junho de 1991) como mandato de interesse comum, cuja (do mandato) ruptura contrariando a comunidade de interesses das partes seria o ilícito que fundaria a pretensão indenizatória (CUNHA, 2003, p. 388, n. 772).

com que as várias teses se distinguem em termos de formula o inicial, as zonas de transi o entre as compreensões que encerram são, as mais das vezes, fluidas". A ênfase na perda de comissões, a propósito, aproxima a tese (sobre a natureza da indeniza o de clientela) da responsabilidade civil, enquanto a ( nfase) nas vantagens subsistentes ao principal avizinha-a (tese) da vedação ao enriquecimento sem causa (CUNHA, 2003, p. 379).

14 Sem referir-se   indeniza o de clientela, Michelon Jr. (2005, p. 224) justifica enunciado ("A existência de contrato válido e eficaz constitui justa causa para o enriquecimento") de Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal afirmando que "[o] enriquecimento sem causa não deve ser visto como a panacéia para todas as dificuldades do Direito Privado" "[n]o deve ser considerado uma delega o geral de competência ao Judiciário a fim de que determine quais atribui es patrimoniais são justas e quais não são", uma vez que "tal interpreta o esvazia o cont eudo normativo do instituto". No mesmo sentido, mas ora especificamente para com a indeniza o de clientela, assevera Cunha (2003, p. 385) que "a angaria o e desenvolvimento de clientela através dos quais o principal se vai 'enriquecer'   o resultado t pico de um contrato previsto e disciplinado pelo direito positivo"; sem risco, o agente não passaria dum empregado (CUNHA, 2003, p. 397).



Cunha (2003, p. 415), conquanto afirme que, “pelo menos em teoria, é legítimo concluir que, se o agente acede em contratar, é porque reputa compensadora a relação custo/benefício prefigurada no contrato” e (afirme que) “o mecanismo jurídico da indenização de clientela não postula qualquer sindicância, sequer *a posteriori*, da objectiva ‘equivalência’ ou ‘proporcionalidade’ das atribuições patrimoniais”, rejeitando a recondução da indenização de clientela ao tradicional instituto do enriquecimento sem causa (cf. CUNHA, 2003, p. 379-386), não deixa de concluir pelo valoração legislativa negativa a que ao principal *subsista*, terminada a relação de agência, a *possibilidade* de beneficiar-se *sozinho* da atividade do agente:

Por tudo isto, enfim, não será de todo incorrecto assinalar à indenização de clientela um escopo de protecção, desde que correctamente entendido – protecção do interesse ou posição do agente, enquanto intermediário ou auxiliar nas trocas vinculado por um contrato *sui generis*, e *protecção desse interesse ou posição em face de um resultado típico valorado pelo ordenamento como desvalioso*. Esse resultado, já o sabemos, consiste na *privação, suscitada pelo termo do contrato, da possibilidade de o agente continuar a participar no aproveitamento do excedente produtivo* (ou, em alternativa, da possibilidade de realizar, através de uma operação jurídico-económica com o terceiro, o “valor de mercado”) *gerado pelo fluxo de trocas com a clientela angariada e desenvolvida à custa do risco econômico que suportou e através de uma actividade fortemente condicionada pela contraparte*. (CUNHA, 2003, p. 423-424).

A ação de indenização de clientela não é, pois, senão *espécie de conditio ob causam finitam*, devendo o principal restituir o enriquecimento decorrente da *manutenção da possibilidade*¹⁵ de celebrar contratos com os clientes angariados pelo agente com quem foi extinto o contrato de agência (LEITÃO, 2006, p. 95). Como diz Antunes (2011, p. 445), referindo-se ao art. 33 do Decreto-Lei português 178/1986, de 3 de julho, a indenização de clientela visa *fundamentalmente* compensar o agente, quando cessa o contrato, pelos *benefícios que o principal continua a usufruir* graças à clientela por aquele (agente) angariada (no mesmo sentido, cf. CORDEIRO, 2009, p. 670).

A propósito, quem veja, na indenização de clientela, natureza semelhante à (indenização) por antiguidade paga nos casos de cessação das relações de trabalho subordinado deve considerar que esta (indenização por antiguidade) teria

15 Cunha (2003, p. 395-396 – cf. tb. p. 412) associa ao carácter sinalagmático da agência a tese da indenização de clientela como vedação ao enriquecimento sem causa.

por fundamento justo a valoração legal duma defasagem entre o valor de troca e o valor de uso da prestação do trabalhador, visando impedir o enriquecimento sem causa (CUNHA, 2003, p. 366).

A jurisprudência (cf. fundamentalmente BGHZ 24, 214, 222) e a doutrina dominante, de acordo com Canaris (2006, p. 271), veem, em essência, na indenização de clientela prevista no § 89b, I, do Código Comercial alemão, no que concerne ao enquadramento dogmático e ao valor de justiça, uma retribuição por serviços prestados pelo agente comercial não totalmente compensados pelas provisões. Deve-se em princípio consentir nisso, sendo contudo preciso, para maior precisão, acrescentar que essa indenização visa, em primeiro lugar, compensar as vantagens auferidas pelo principal, levando apenas secundariamente em conta as desvantagens sofridas pelo agente comercial (CANARIS, 2006, p. 271). O artigo 17, II, a, da Diretiva 86/653/CEE deixa-o patente ao referir-se à obtenção de vantagens pelo principal sem que *exija* a perda de provisões pelo agente comercial (CANARIS, 2006, p. 271). Por conseguinte, precisa a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal alemão, nesse aspecto, de estabilização (CANARIS, 2006, p. 271). Pois, por um lado, vê ele (o Supremo Tribunal Federal alemão) o fim do § 89b do Código Comercial alemão como uma indenização ao agente comercial pelas provisões perdidas com o término do contrato (cf. BGHZ 135, 14, 20), o que é no mínimo um equívoco, e, por outro (lado), encontra-se também a pertinente declaração de que o § 89b do Código Comercial alemão deva “gerar ao agente comercial uma compensação porque o principal, por meio de conclusões ulteriores de negócios, continua a gozar vantagens consideráveis da relação negocial conseguida pelo agente comercial, caso o agente comercial não mais receba, em razão do término da relação contratual com o agenciado, provisão por negócios subseqüentes com os clientes angariados por ele (agente)” (cf. BGHZ NJW-Rechtsprechungs-Report 2002, 1548, 1549) – CANARIS, 2006, p. 271. Pode-se claramente concluir, destarte, que, dogmaticamente, o § 89b do Código Comercial alemão não é um direito a indenização, mas (um direito) a compensar uma vantagem – ou, ao menos, (o § 89b do Código Comercial alemão) está substancialmente mais próximo deste (direito a compensar uma vantagem) do que daquele (direito a indenização) – CANARIS, 2006, p. 271.

Doutro ponto de vista, tratar-se-ia, pelo contrário, duma regulamentação legal especial baseada em considerações de equidade para a proteção do agente comercial, a qual (regulamentação), consoante a tomada de posição na exposi-



ção oficial de motivos para a lei de 1953 modificadora do Código Comercial alemão, foi instituída em lugar da limitação de rescisão contratual exigida pelos círculos de agentes comerciais e também se aproxima, no efeito econômico, duma proteção contra a rescisão contratual (ULMER, 1969, p. 456; CANARIS, 2006, p. 271). No entanto, tal associação à idéia de proteção contra a rescisão contratual já não conseguiu convencer, pois ela (associação) de modo algum cabe em partes substanciais do campo de aplicação do § 89b do Código Comercial alemão (CANARIS, 2006, p. 271). Pois a pretensão também nasce, em princípio, quando de rescisão contratual pelo próprio agente comercial, o que se presume evidente do § 89b, III, 1, 2ª. parte (§ 89b III Nr. 1 Hs. 2 HGB), do Código Comercial alemão, e, além disso, eventualmente, também subsiste independentemente duma rescisão, como, sobretudo, quando dum término de relação contratual pela morte do agente comercial, consoante os §§ 675, I, e 673 do Código Civil alemão, o que já decorre do teor da regra geral que diz respeito a “término” (cf., fundamental e persuasivamente, BGHZ 24, 214, 215 e seguintes) e, hoje, está completamente fora de dúvida em razão de regulamentação expressa no art. 17, IV, da Diretiva 86/653/CEE – CANARIS, 2006, p. 271.

Uma alternativa à doutrina dominante poderia antes estar numa regra de arrumação do direito de enriquecimento (CANARIS, 2006, p. 271). Realmente, é irrefutável a afinidade da indenização de clientela prevista no § 89b do Código Comercial alemão com a *condictio ob causam finitam* do § 812, 1, 2º. período, 1ª. hipótese, do Código Civil alemão, cuja (da *condictio*) função principal consiste na resolução de problemas quando do término de relações com obrigações sucessivas, já que o agente comercial, com sua atividade, arranhou ao principal, nos casos compreendidos no § 89b do Código Comercial alemão, a possibilidade de conclusões de negócios com clientes por aquele (agente comercial) angariados, e o causa jurídica desse efeito (possibilidade de conclusões de negócios com clientes angariados pelo agente comercial) desapareceu com o término do contrato de agência, na medida em que, até este momento, um direito a provisão não havia nascido (CANARIS, 2006, p. 271-272).

Para Ulmer (1969, p. 451), a pretensão por enriquecimento sem causa como fundamento válido duma indenização de clientela não pode ser incluída entre as categorias de pretensão reconhecidas pelo direito das obrigações vigente na Alemanha. Como visto, contudo, pelo recurso ao § 812, 1, 2º. período, 1ª. hipótese, do Código Civil alemão resolve-se a objeção a esse ponto de vista (CANARIS, 2006, p. 272, n. 126).

O § 89b, I, do Código Comercial alemão, no entanto, ao menos quando a regra do número 3 (na redação anterior a 5 de agosto de 2009, quando entrou em vigor a Lei para a Adequação da Remuneração por Direção, de 31 de julho de 2009) prevê no caso concreto um controle por equidade, deixa de ser concebido em termos de enriquecimento sem causa (CANARIS, 2006, p. 272).

A pretensão fundada no § 812, 1, 2º. período, 1ª. hipótese, do Código Civil alemão, por sua vez, é frequentemente substituída por um regime contratual de liquidação (CANARIS, 2006, p. 272). Também o § 89b do Código Comercial alemão deve ser considerado algo assim (regime de liquidação), razão pela qual não se podem fechar os olhos à afinidade de regime com a *condictio ob causam finitam* prevista no § 812, 1, 2º. período, 1ª. hipótese, do Código Civil alemão.

2.2.2 Admissão da indenização de clientela pelo direito brasileiro

O Projeto de Lei brasileiro 3.928/1993 visou instituir uma indenização de clientela, com esse nome mesmo e nos moldes franceses, aos empregados vendedores, viajantes e praticistas. Consoante a justificativa do projeto,

no mecanismo complexo da venda, não apenas as condições propostas, a qualidade do produto ou o reconhecimento da marca jogam decisivo papel, mas também a persuasão psicológica decorrente da presença pessoal de vendedor junto ao cliente potencial, bem como sua diligência e poder de convencimento. Quando o vendedor capta cliente novo ou reativa cliente desativado, em realidade, abre um leque de oportunidades de negócios futuros ao empregador que se prolonga no tempo, talvez ainda por muito tempo depois de encerrado o contrato de trabalho do vendedor.

A Comissão de Constituição e Justiça e de Redação da Câmara dos Deputados, contudo, apontou, no trâmite do projeto, vício insanável em razão de tratar-se duma indenização compensatória ao empregado vendedor, viajante ou praticista por despedida arbitrária ou sem justa causa e tal matéria exigir lei complementar (art. 7º., I, da Constituição do Brasil de 1988), a qual tem rito distinto do (rito) da (lei) ordinária.

A solução alemã para a indenização de clientela *ao agente*, (solução) adotada outrossim em Portugal (MONTEIRO, 1994, p. 56), a qual tem para Scherkerkewitz (2011, p. 61) natureza de *retribuição diferida*, encontraria, contudo, no direito

brasileiro em vigor, equivalente no art. 27, *j*¹⁶ (indenização não inferior a um doze avos do total da retribuição auferida durante o tempo em que *exercida* a agência)¹⁷ e § 1º. (indenização correspondente à importância equivalente à média mensal da retribuição auferida até a data da rescisão, multiplicada pela metade dos meses resultantes do *prazo contratual*), da Lei 4.886/1965 (aquela alínea com redação determinada e este parágrafo acrescentado pela Lei 8.420, de 8 de maio de 1992), respectivamente para com os contratos de agência com prazo indeterminado (alínea *j*¹⁸) ou não (parágrafo 1º.). Essa indenização, no direito brasileiro, é elemento *obrigatório* do contrato de agência (art. 27, *caput*, da Lei 4.886/1965); sua (da indenização) omissão (no contrato), portanto, não retira o direito a ela (indenização), devendo esta, porém, nessa hipótese (omissão), no que concerne à alínea *j*, ser paga no montante mínimo¹⁹ legal²⁰. Monteiro, Maluf e Silva (2010, p. 350) também enxergam *retribuição*²¹ nas indenizações da Lei 4.886/1965, as quais, tarifadas (REQUIÃO, 2007, p. 224; MELLO, THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 47), evitam o recurso ao Judiciário, e (Monteiro, Maluf e Silva) acrescentam ser-lhes nítido o caráter *social* (no mesmo sentido, GODOY, 2010, p. 730, THEODORO JÚNIOR, 2003, e MELLO/THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 47 e 110). O prazo prescricional para a cobrança da indenização do art. 27, *j* ou parágrafo 1º., é de cinco anos (art. 44, parágrafo único, da Lei 4.886/1965), contados do término do contrato de agência (REsp 434.885/AM, Rel. Min. Castro Filho, julgado em 16.9.2004 – cf. RAMOS, 2010, p. 554).

16 Contra, cf. Apelação 7.021.031-2, 16ª. Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, j. 5.12.2006, Rel. Des. Windor Santos, em que se conclui por que nada tem a ver a indenização do art. 27, *j*, da Lei 4.886/1965 com uma indenização de clientela: “a indenização prevista pela alínea ‘j’ do artigo 27 só é devida quando a rescisão unilateral se dá por iniciativa da representada, como forma de ressarcir o representante da inesperada dispensa, e não como forma de indenizá-lo pela transferência de sua clientela”.

17 Pelo Projeto de Lei 1.439/2007, a propósito, pretende-se reduzir esse valor mínimo indenizatório a 1/20 (um vinte avos) do total da retribuição auferida nos últimos três anos de vigência do contrato, sob a alegação de que “hoje pode-se discutir e pleitear verbas rescisórias contratuais referentes a toda a duração do vínculo contratual, no prazo geral de prescrição para as ações pessoais, ou seja, 10 (dez) anos, o que, muitas vezes, pode gerar vultosas indenizações, prejudicando sobremaneira muitas empresas, ou, até mesmo, inviabilizando a continuidade de suas atividades, desenhando um quadro de incertezas e insegurança jurídica” (cf. “justificação” do referido projeto). Para o Deputado Assis Melo, contudo, em seu voto pela rejeição do projeto, “está pacificado, na doutrina, o entendimento de que essa indenização tem por finalidade *compensar o representante comercial pela perda da oportunidade de continuar a explorar o mercado que ele ajudou a criar ou a consolidar*. Paralelamente, tem o objetivo de proteger o profissional de eventuais abusos que possam ser contra ele cometidos, uma vez que ele é, sabidamente, a parte mais frágil da relação.”

18 A indenização da alínea *j* não alcança o contrato de agência por prazo *determinado* (RSTJ 85:253 – DINIZ, 1999, p. 474).

19 Para que seja indenizado em valor superior ao mínimo legal, deve o agente produzir prova (RIZZARDO, 2005, p. 750).

20 A ausência de item obrigatório em contrato que se diga “de agência” não é causa automática de nulidade, pois é lícito às partes criar avenças *atípicas*, cuja validade deve ser apurada consoante a disciplina geral dos contratos (art. 425 do CC/BR de 2002), na qual (disciplina) se insere a *vedação de desvantagem excessiva a uma das partes*; além disso, é preciso, para que se afaste o regramento legal específico e protetivo da agência, que a desfiguração seja *tamanha* (i.e. lhe falem elementos *essenciais*) que finde por transformar o que seria agência em negócio de *natureza diversa* (ASSIS, 2009, p. 221 e 257).

21 Viu nelas (nas indenizações) contudo natureza ressarcitória o Tribunal de Justiça de São Paulo quando do julgamento da Apelação Cível 1.268.219-4 (em 22.11.2005, 15ª. Câmara de Direito Privado, Rel. Antonio Ribeiro – cf. VENOSA, 2010, p. 318, n. 1).

Não havendo antinomia, é possível a coexistência da Lei 4.886/1965 com o Código Civil brasileiro de 2002 (GODOY, 2010, p. 722). Essas indenizações subsistem pois ao Código Civil brasileiro de 2002, que faz mesmo referência a elas (“indenizações previstas em lei especial”²²) – conquanto sem elencá-las – no art. 718, *in fine* (SCHERKERKEWITZ, 2011, p. 61; TARTUCE, 2010, p. 530). Em resposta à questão colocada por Venosa (2010, p. 318), no entanto e em compasso com o *agency law* (*Second Restatement*) estadunidense (BARTELEMBES, TIMM, 2008, p. 213, inclusive n. 41), pode-se dizer revogada pelo art. 720 do Código Civil brasileiro de 2002 a indenização prevista no art. 34 da Lei 4.886/1965 (contra, cf. REQUIÃO, 2007, p. 224, MELLO/THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 48, e GODOY, 2010, p. 731)²³, substitutiva de aviso prévio²⁴ e devida por *qualquer* das partes que denuncie *injustificadamente*²⁵ o contrato de agência por prazo indeterminado²⁶, no valor de um terço das comissões auferidas pelo agente nos três meses anteriores à denúncia, porquanto aquele dispositivo (art. 720 do Código Civil brasileiro de 2002) veio *doutro modo*, não sendo norma geral (GODOY, 2010, p. 722 – no mesmo sentido, cf. BARTELEMBES, TIMM, 2008, p. 202-203; considerando entretanto as regras no CC/BR de 2002 “mais como programáticas”, cf. RIZZARDO, 2005, p. 740), a tratar *integralmente* da mesma matéria (art. 2º., §§ 1º. e, *a contrario sensu*, 2º., do Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, título que lhe deu a Lei 12.376, de 30 de dezembro de 2010), dispondo passar a *no mínimo* (VENOSA, 2010, p. 327) noventa dias o prazo de aviso prévio, (prazo) que precisa coadunar-se, em respeito à boa-fé objetiva (GODOY, 2010, p. 731), com a natureza e o vulto do investimento²⁷ (que, a despeito da “vagueza semântica” da lei – BARTELEMBES, TIMM, 2008, p. 211 –, não deve ser desnecessária-

22 Para Tartuce (2010, p. 529), não se pode olvidar ser também devida ao agente compensação por dano moral sempre que lhe (ao agente) haja ofensa à imagem-atributo ou honra objetiva, ainda que seja ele (agente) pessoa jurídica (Súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça brasileiro).

23 Para Barthelembes e Timm (2008, p. 213), a revogação teria abrangido também o art. 27, *j*, da Lei 4.886/1965. Mello e Theodor Júnior (2003, p. 43) defendem que a revogação dá-se *sempre* que o CC/BR de 2002 disponha de modo diverso do que conste na Lei 4.886/1965.

24 Anteriormente à entrada em vigor do CC/BR de 2002, consoante o decidido em JB 141:82 (DINIZ, 1999, p. 472), ainda que concedido o aviso prévio, não era excluído o direito à indenização do art. 34 da Lei 4.886/1965. No mesmo sentido: RTJ 75/672, REsp 4.474/SP, 4ª. T. do STJ, Rel. Min. Athos Carneiro, *j*. 4.6.1991, DJU 1.7.1991, REsp 9.144/MG, 3ª. T. do STJ, Min. Nilson Naves, *j*. 10.6.1991, DJU 1º.7.1991, Ap. Cível 178.759-2, 15ª. Câm. do TJSP, Rel. Des. Borroul Ribeiro, *j*. 1º.9.1992, JTJ 138/78 (GODOY, 2010, p. 731 – cf. tb. COELHO, 2007, p. 438). O pagamento dessa indenização (do art. 34 da Lei 4.886/1965), por sua vez, não excluía a (indenização) do art. 27, *j*, da mesma lei – cf. RE 85.767/RJ, 2ª. Turma do STF, *j*. 17.3.1978 (RIZZARDO, 2005, p. 749).

25 Apenas (injustificadamente – “denúncia vazia”), como decidiu o STJ no REsp 417.058, 3ª. T., Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, *j*. 6.12.2002, DJU 16.3.2003 p. 190 (ASSIS, 2009, p. 252, n. 131).

26 Em JB 141:91 (DINIZ, 1999, p. 472), a propósito, consta decisão (anterior ao CC/BR de 2002) em que se vedou cláusula contratual na representação comercial que afastasse a indenização por denúncia imotivada, por ser de ordem pública a norma insculpida no art. 34 da Lei 4.886/1965. No mesmo sentido: RT 489/159 (MELLO, THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 110-111).

27 Requião (2007, p. 224) exemplifica-o (investimento) assim: “Imaginemos que tais investimentos sejam decorrentes, por exemplo, da montagem de escritório e sala de exposição especialmente dirigida para a promoção de vendas do produto fabricado ou comercializado pelo proponente; de recrutamento e treinamento de equipe de vendas; aquisição de equipamentos ou ferramentas específicas; de veículos especiais; de sistema de informática vinculado ao proponente; de mostruário adquirido pelo agente; de material de escritório especializado; de despesas com publicidade”.

mente elevado – NADER, 2010, p. 356) realizado pelo agente (no mesmo sentido, cf. BARTELEMBS, TIMM, 2008, p. 212-213). Desrespeitado o prazo adequado de aviso prévio, deve-se indenização (COELHO, 2011, p. 143), *independentemente²⁸ de culpa* (TEPEDINO, BARBOZA, MORAES, 2006, p. 502), (indenização) a fixar (por juiz, árbitro ou mediador – ASSIS, 2009, p. 256) por meio de critérios consoantes aos princípios da função social do contrato e da dignidade humana (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2011, p. 433), sem que se possa obrigar qualquer das partes a continuar cumprindo contrato contra sua vontade²⁹ (contra, cf. BARTELEMBS/TIMM, 2008, p. 211, RIZZARDO, 2005, p. 747, e TARTUCE, 2010, p. 531, em que são referidos o art. 421 do CC/BR de 2002 e a leitura que lhe – ao art. 421 do CC/BR de 2002 – confere o Enunciado 22³⁰ do Conselho da Justiça Federal, redigido quando da I Jornada de Estudos sobre o Novo Código Civil³¹), seja ele (contrato) por prazo determinado (TJPR, Agl 47.522-1, 4ª. Câ., rel. Des. Antônio Lopes Noronha, j. 29.5.1996) ou não (TAMG, Ap. 225.851-7, 3ª. Câ., rel. Juiz Duarte de Paula, j. 11.12.1996) – GONÇALVES, 2011, p. 466 e 467; MELLO, THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 119; ASSIS, 2009, p. 255-256 –, a despeito do que uma leitura apressada do parágrafo único do artigo 720 do CC/BR de 2002, desconsiderando o inciso XX do artigo 5º. da CR/BR de 1988, possa fazer pensar.

Tratando do contrato de distribuição não como mera espécie do (contrato) de agência, Scherkerkewitz (2011, p. 114) diz ser importante conhecer a *natureza* da indenização que pleitear em juízo o agente, quando hajam as partes *estipulado não ser devida verba alguma* por rompimento da avença. A mesma assertiva deve aplicar-se ao contrato de agência, ainda que meramente omissis (SCHERKERKEWITZ, 2011, p. 61).

Às vezes, o rompimento da avença acarreta prejuízo *excessivamente* grave ao agente (em especial quando a duração do contrato revela-se insuficiente à amortização do investimento pelo representante comercial), de modo que este não seja compensado com a indenização da alínea *j* ou a (indenização) do parágrafo 1º. do art. 27 da Lei 4.886/1965 (SCHERKERKEWITZ, 2011, p. 61). A omissão *contratual* duma indenização de clientela ao agente *para uma situação assim*, sob pena

28 Como já se dava no art. 34 da Lei 4.886/1965 (MELLO, THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 106, n. 84).

29 Monteiro (1994, p. 58) faz menção a uma razão de ordem prática para que se não obrigue uma das partes à permanência no contrato: “Simplesmente, na prática, nem sempre parece aconselhável impor a subsistência do contrato, dado que entre o momento em que é feita a declaração resolutiva e a data da sentença judicial, em que se apura a sua falta de fundamento, pode mediar um longo período de tempo, durante o qual as relações contratuais terão cessado, de facto.”

30 Enunciado 22 do Conselho da Justiça Federal: “A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral, que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas.”

31 Também contra, “de iure constituendo” em Angola e para com o contrato de franquia, visando à salvaguarda dos interesses de terceiros (consumidores bem como credores sociais e pessoais), cf. PINTO, 2010, p. 183-184.

de enriquecimento sem causa a contrariar toda a sistemática atual do Código Civil brasileiro, *não pode impedir* um pleito compensatório (no mesmo sentido, mas para com o contrato de distribuição, cf. SCHERKERKEWITZ, 2011, p. 113-114). O normal, aliás, é que o contrato de agência exija investimento vultoso do agente (VENOSA, 2010, p. 318).

A Justiça Estadual de São Paulo, nos Embargos de Declaração 7285490-9/01 (11ª. Câmara de Direito Privado do TJSP, j. 6.8.2009, Rel. Des. Moura Ribeiro), aplicando o Código Civil brasileiro de 1916 ainda, amparou-se no art. 160, I, *a contrario sensu*, desse diploma legal, recorrendo à ilicitude por abuso de direito e (por) inobservância da boa-fé objetiva para assegurar compensação ao concessionário que havia angariado clientela subsistente ao término da relação contratual com o concedente, fazendo mesmo menção a que essa compensação haveria de qualquer modo (i.e. ainda que rejeitada a tese de ato ilícito do concedente por violação do art. 160, I, *a contrario sensu*, do CC/BR de 1916) em razão da vedação de enriquecimento sem causa (no mesmo sentido, i.e. devida compensação ao concessionário por vedação ao enriquecimento sem causa, cf. Apelação com Revisão 9260035-13.2005.8.26.0000, 30ª. Câmara de Direito Privado do TJSP, j. 19.10.2011, Rel. Des. Andrade Neto, DJe 4.11.2011)³². O art. 717 do Código Civil brasileiro de 2002 – não havendo artigo correspondente no (Código Civil brasileiro) de 1916 – dispõe ter o agente direito, *conquanto dispensado por justa causa* (“denúncia cheia” – ASSIS, 2009, p. 247), a ser remunerado pelos *serviços úteis* prestados ao preponente, *sem embargo de haver este* (preponente) *perdas e danos* pelos prejuízos sofridos (ALVES, 2006, p. 587). A lei tornou-se, pois, rigorosa quanto à compensação da *aproximação útil* efetuada pelo agente, sendo irrelevante qual haja sido o motivo de extinção do contrato (VENOSA, 2010, p. 316; GONÇALVES, 2011, p. 468; TEPEDINO, BARBOZA, MORAES, 2006, p. 498): resilição (por manifestação de vontade por ambas as partes – distrato – ou, quando o permitir a lei – no exercício pois dum direito potestativo –, por uma delas – resilição unilateral do art. 473 do CC/BR de 2002), resolução (por inadimplemento), nulidade (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2011, p. 432-433), decurso do prazo nele (contrato) previsto (ou caducidade – MONTEIRO, 1994, p. 56) e caso fortuito ou força maior³³(cf. rol de causas extintivas em DINIZ, 1999, p. 464-465). “Serviços úteis” devem ser considerados

32 Em acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo na Apelação 7.382.991-1 (13ª. Câmara de Direito Privado, j. 7.4.2010, Rel. Des. Luiz Sabbato), contudo, reconheceu-se, para com a franquia, que a clientela integra o fundo de comércio e pertenceria a franqueador e franqueado em igual proporção, razão pela qual concedida uma “indenização pelo fundo de comércio” ao segundo (franqueado).

33 Força maior não deve ser confundida com dificuldade momentânea, sendo exemplos daquela (força maior), para Assis (2009, p. 252-253), (1) uma alta imprevista de tarifas ditada por mudança radical na política econômica de maneira que haja inviabilizado a continuidade de importações ou (2) uma alta constante e forte do câmbio que encareça de tal modo a mercadoria do agenciado que lhe (da mercadoria) torne inviável a comercialização.

os benefícios que o agente haja proporcionado ao principal e, após o término do contrato de agência, passem a ser desfrutados tão somente por este (principal)³⁴. Importa, pois, provar que o *agente*, não a excelência da organização do principal nem a qualidade de seus (do principal) produtos, haja sido determinante à angariação e, após o término da agência, manutenção da clientela (no mesmo sentido, embora para com a concessão comercial, cf. REQUIÃO, 1972, p. 22). Justa causa, por sua vez, é cláusula geral a preencher pelo juiz caso a caso, servindo os arts. 35 e 36 da Lei 4.886/1965 de auxílio em seu (da cláusula geral) preenchimento (TARTUCE, 2010, p. 529). Não previsto em contrato como proceder ao cálculo dos serviços úteis, enfim, procede-se a arbitramento³⁵ (ASSIS, 2009, p. 249), sendo bastante que, de acordo com um juízo de prognose, sejam *prováveis*³⁶ os benefícios a auferir pelo principal (MONTEIRO, 1994, p. 59).

Comentando o artigo 717 do Código Civil brasileiro de 2002, leciona Alves (2006, p. 588 – cf. tb. GODOY, 2010, p. 729-730) – um dentre os que participaram dos trabalhos de elaboração dessa lei – preponderar “o interesse legislativo de obstar que qualquer das partes locuplete-se da outra, auferindo vantagem indevida ou enriquecimento ilícito” (i.e. sem causa³⁷). No mesmo sentido, Gonçalves (2011, p. 468-469) e Monteiro/Maluf/Silva (2010, p. 349), para os quais o legislador (no art. 717 do CC/BR de 2002) homenageou os princípios da boa-fé (consagrado no art. 422 do CC/BR de 2002) e da eticidade para com o agente do mesmo modo como o fez para com o comissário e o prestador de serviço (nos arts. 703 e 603, respectivamente, do mesmo código), na busca de obstar que o agenciado mantenha vantagem indevida porquanto sem causa. Sendo da natureza da indenização de clientela compensar o agente comercial pelo enriquecimento sem causa do preponente, assegura-lha (ao agente comercial a indenização de clientela) pois o supramencionado dispositivo, ainda que não a (indenização de clientela) chame pelo nome³⁸. O Tribunal de Justiça

34 Uma das acepções possíveis para Bartelemb e Timm (2008, p. 209); outra (acepção), mais “natural” para Assis (2009, p. 248), seriam as propostas angariadas até a extinção do contrato, como já previa o art. 32, par. 5º, da Lei 4.886/1965, em que se lê que, “[e]m caso de rescisão injusta do contrato por parte do representando, a eventual retribuição pendente, gerada por pedidos em carteira ou em fase de execução e recebimento, terá vencimento na data da rescisão” (BARTELEMBS, TIMM, 2008, p. 208, em que equivocadamente é feita menção ao art. 35 da Lei 4.886/1965, o qual não possui parágrafos).

35 No direito português, é feita remissão à equidade para a fixação da indenização de clientela, respeitado o limite máximo de uma retribuição anual, calculada em termos médios legais (art. 34 do Decreto-Lei 178/1986); Cordeiro (2009, p. 671-672), porém, entende que, havendo ao agente “prejuízo superior a essa cifra”, fica aberta a hipótese de inconstitucionalidade: por violação da propriedade privada – artigo 62º.1, da Constituição [portuguesa].”

36 Monteiro (1994, p. 59) faz menção à perda, pelo agente (ainda que por meio de subagente), da oportunidade de (o agente) continuar a beneficiar-se, com o principal, da clientela por aquele (agente) angariada.

37 Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 431 e 433) enxergam o enriquecimento sem causa como fundamento outrossim das regras inscritas nos art. 719 e 720 do CC/2002/BR. O Tribunal de Justiça de São Paulo, por sua vez, no acórdão na Apelação 7.021.031-2 (16ª. Câmara de Direito Privado, j. 5.12.2006, Rel. Des. Windor Santos), referindo-se à indenização do art. 27, j, da Lei 4.886/1965, sustenta que dever ao agente uma compensação independentemente do motivo de término da relação contratual significa considerar a clientela “um bem incorpóreo acrescido ao patrimônio do representante comercial”.

38 (Nome) inadequado, de fato, na origem (legislação portuguesa) – MONTEIRO, 1994, p. 58 – e em sua associação ao art. 717

de São Paulo, na Apelação 9090372-66.2005.8.26.0000 (30ª. Câmara de Direito Privado, j. 24.8.2011, Rel. Des. Andrade Neto, DJe 5.9.2011), reconhecendo no art. 717 do CC/BR de 2002 uma indenização de *clientela* (rejeitando, pois, uma “indenização pelo *fundo de comércio*, conceito *abrangente* que reúne todo o complexo de bens, corpóreos e incorpóreos, destinados à atividade econômica, sendo composto por mercadorias, instalações, maquinário, ponto comercial, potencial de lucratividade, clientela, etc.”) como *vedação ao enriquecimento sem causa*, sustentou mesmo sua aplicação a fatos anteriores à entrada em vigor desse dispositivo, “porquanto não se há olvidar que a norma jurídica, embora revestida de eficácia coativa e obrigatória somente após o início de seu termo de vigência, veicula quase sempre um conteúdo que nada mais representa senão a consciência jurídica antes prevalecente e dominante, ou seja, o que lei faz, em essência, é cristalizar conceitos e valores já antes aceitos e acolhidos preteritamente pela comunidade jurídica”. Na tradição – protetiva ao agente (MELO, 2002, p. 553) – de obrigatoriedade das indenizações no art. 27 da Lei 4.886/1965 (portanto *irrenunciáveis* – cf. 1º. TACivSP, RT 743/303 e 800/289, em COELHO, 2005, p. 131), enfim, não há motivo para que se creia dispositivo o direito insculpido no art. 717 do CC/BR de 2002³⁹. Os contratos de distribuição *lato sensu* sofrem limitações impostas não somente pela ordem e o interesse públicos, mas por anseios legislados de equilíbrio nas relações desiguais pelo poder econômico (MELLO, THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 51).

Para Pereira (2004, p. 343), este artigo (717 do CC/BR de 2002) se aplicaria à dispensa do agente por justa causa apenas, do mesmo modo como o (artigo) 718 do CC/BR de 2002 (se aplica) tão só à (dispensa do agente) sem culpa do agente e o (artigo) 719 (se aplica) à (dispensa do agente) por força maior (ou caso fortuito – TARTUCE, 2010, p. 530) somente. As regras dos arts. 717 a 719 do CC/BR de 2002 variariam, pois, de acordo com a *causa* da saída do contrato pelo agente (PEREIRA, 2004, p. 343). No mesmo sentido, GODOY, 2010, p. 729. O entendimento de que o art. 717 do CC/BR de 2002 aplica-se tão só à dispensa do agente por causa é que leva Bartelembs e Timm (2008, p. 209) a rejeitar que (o art. 717 do CC/BR de 2002) autorize uma indenização de clientela, pois haveria tratamento mais benéfico a quem deu causa ao fim da avença. Tal limitação (aplicação do art. 717 do CC/BR de 2002 à dispensa do agente por justa causa apenas), contudo, não consta do artigo 717 do CC/BR de 2002, que não fala senão “*ainda que dispensado por justa causa*”.

do CPC, uma vez que a *indenização* de clientela não exige *dano* (BARTELEMBS, TIMM, 2008, p. 209). Mantém-se a expressão no presente trabalho por ela ser entretanto tradicional na língua portuguesa.

39 Contra, cf. Venosa (2010, p. 310), para quem “os dispositivos contratuais do Código [Civil brasileiro de 2002] são de direito dispositivo”.



2.3 Registro do agente em conselho regional e indenização de clientela

A Lei 4.886/1965 exige, em seu art. 2º., que esteja registrado em Conselho Regional quem exerça a representação comercial autônoma⁴⁰. O Conselho Federal e os Conselhos Regionais encontram-se vinculados⁴¹ ao hoje denominado Ministério do Trabalho e Emprego, *ex vi* do Decreto 65.705, de 14 de novembro de 1969 (BULGARELLI, 2001, p. 223). Esse registro, para Gomes (1998, p. 365) e Diniz (1999, p. 459), é um dos elementos caracterizadores do contrato de “agência, agenciamento ou representação”⁴² e é efetuado tendo em vista o controle do respeito pelo agente à ética da profissão (REQUIÃO, 2007, p. 226; COELHO, 2007, p. 435-436), subsistindo ao Código Civil de 2002, por ausência de conflito deste (CC/BR de 2002) com aquela (Lei 4.886/1965) – GODOY, 2010, p. 722 – e ante o que consta no art. 721 do mesmo código – THEODORO JÚNIOR, 2003:

Todas as regras especiais que a Lei no. 4.886 traçou para disciplinar a profissão e os direitos e deveres do representante comercial, em princípio, continuam em vigor, porque o Código Civil traçou apenas normas gerais acerca do contrato de agência (Lei de Introdução, art. 2º., § 2º.). É, aliás, o que se acha ressalvado, expressamente, no art. 721 do novo Código. De tal sorte, apenas quando alguma norma do Código estiver conflitando com preceito da Lei no. 4.886 é que terá ocorrido derrogação parcial desta. (THEODORO JÚNIOR, 2003).

Como afirma a propósito Valente (2002, p. 154) sobre a importância, mormente no campo ético, dos conselhos profissionais:

Os conselhos de fiscalização de profissões liberais foram criados como prolongamento do Estado para o atendimento do interesse público, pois o exercício de atividades de polícia, decorrentes do poder de polícia, far-se-á

40 Para Assis (2009, p. 259), que sustenta ser o agente representante comercial tão só quando lhe é outorgado pelo principal o poder de concluir o negócio, não há obrigatoriedade de registro ao *mero* agente.

41 O artigo 58 da Lei 9.649, de 27 de maio de 1998, nascido da Medida Provisória 1.549-53, de 9 de outubro de 1997 – (artigo) concernente à “desvinculação dos conselhos de fiscalização das profissões liberais da supervisão ministerial a que se refere o art. 26 do Decreto-Lei no. 200, de 25 de fevereiro de 1967”, de modo semelhante à (desvinculação) do Ministério do Trabalho, com fundamento no artigo 44 da Lei 8.906, de 4 de julho de 1994, a que se procedeu para com a Ordem dos Advogados do Brasil, como se lê na Exposição de Motivos Interministerial 26-CCPR/MARE/MAA/MMARHAL/MF/MS, de 9 de outubro de 1997 (VALENTE, p. 152, 153 e 155, n. 3) –, o qual (artigo) havia transformado “447 (quatrocentos e quarenta e sete) entidades de direito público em pessoas jurídicas de direito privado, repassando para essas corporações atividades típicas de Estado, com destaque para o exercício do poder de polícia, no que toca ao desempenho de atividades profissionais reguladas em Lei” (VALENTE, 2002, p. 152), teve a eficácia suspensa (à exceção do parágrafo 3º.) pelo Supremo Tribunal Federal, em 22 de setembro de 1999, por meio de decisão cautelar na ADIN 1.717-6/DF, cuja (da decisão) ementa diz: “não parece possível, a um primeiro exame, em face do ordenamento constitucional, mediante a interpretação conjugada dos artigos 5º., XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da C.F., a delegação, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que tange ao exercício de atividades profissionais” (VALENTE, 2002, p. 153-154).

42 Para Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 425), (esse registro) seria até o que diferenciaria a agência do CC/BR de 2002 da representação comercial da Lei 4.886/1965.

sempre em função do interesse da coletividade. [...] O dever legal dos conselhos profissionais é o de zelar pelo interesse público, efetuando, para tanto, nos respectivos campos profissionais, a supervisão qualitativa, técnica e ética do exercício das profissões liberais, na conformidade da lei.

Diz o art. 19 da Lei 4.886/1965 constituírem faltas no exercício da profissão de representante comercial: (a) prejudicar, por dolo ou culpa, os interesses confiados aos seus cuidados; (b) auxiliar ou facilitar, por qualquer meio, o exercício da profissão aos que estiverem proibidos, impedidos ou não habilitados a exercê-la; (c) promover ou facilitar negócios ilícitos, bem como quaisquer transações que prejudiquem interesse da Fazenda Pública; (d) violar o sigilo profissional; (e) negar ao representado as competentes prestações de contas, recibos de quantias ou documentos que lhe tiverem sido entregues, para qualquer fim; (f) recusar a apresentação da carteira profissional, quando solicitada por quem de direito. Incidindo em falta o agente, compete ao conselho regional em que esteja registrado aplicar-lhe, *inter alia*, as penas disciplinares de (α) suspensão, durante um ano até, do exercício profissional ou (β) cancelamento do registro, com apreensão da carteira profissional (art. 18, alíneas *c* e *d*, da Lei 4.886/1965), as quais penas aplicam-se nas hipóteses de reincidência ou falta “manifestamente grave” (§ 1º. do mesmo artigo). A Lei 4.886/1965 constitui verdadeiro subsistema jurídico a aplicar sempre que o agente esteja devidamente registrado, com incidência subsidiária do Código Civil brasileiro (VENOSA, 2010, p. 310).

De acordo com o art. 47 do Decreto-Lei 3.688, de 3 de outubro de 1941, é contravenção penal exercer profissão ou atividade econômica – mesmo anunciar que a exerce – sem preencher as condições a que por lei está subordinado seu exercício, sob pena de prisão simples de quinze dias a três meses ou multa. Não se trata, pois, de mera e “irrelevante” “transgressão administrativa”, nas palavras de Venosa (2010, p. 310) e Assis (2009, p. 259), que se exerça a representação comercial não estando devidamente registrado, sendo preciso dar razão a Fazzio Júnior (2008, p. 193), Rizzardo (2005, p. 746) e Gagliano/Pamplona Filho (2011, p. 425) ao inadmitirem que se exerça atividade de representante comercial sem observar os requisitos exigidos na lei especial. O artigo 717 do Código Civil brasileiro de 2002 não se aplica, portanto, ao agente não registrado em conselho regional ou com registro suspenso ou cancelado.

A Lei 4.886, de 9 de dezembro de 1965, chega mesmo, em seu art. 5º., a dizer que “[s]omente será devida remuneração, como mediador de negócios comerciais, a representante comercial *devidamente* registrado”. Anteriormente

ao Código Civil brasileiro de 2002, “remansosa jurisprudência” (VENOSA, 2010, p. 310) – cf. STJ, 28.6.1993, Adv-Coad 063422, 43/93 (TEPEDINO, BARBOZA, MORAES, 2006, p. 493), JB 141:89, JB 141:118, EJSTJ 8:52 e EJSTJ 8:130, em que foi considerado *não vigorante* o art. 5º. da Lei 4.886/1965 por sua incompatibilidade já com a CR/BR de 1946 e a (CR/BR) de 1967/1969 (DINIZ, 1999, p. 470-471 – no mesmo sentido, STJ BA 1986, em COELHO, 2005, p. 126) – aceitava (não porém Fazzio Júnior, 2008, p. 192, nem Rizzardo, 2005, p. 746) que aos representantes comerciais sem o devido registro fossem devidos os direitos da Lei 4.886/1965, com apoio na liberdade constitucionalmente garantida de trabalho (RAMOS, 2010, p. 550) ou princípio constitucional da liberdade de livre iniciativa (TEPEDINO, BARBOZA, MORAES, 2006, p. 493), conquanto a própria CR/BR de 1988, no inciso XIII do art. 5º., diga que aquela (liberdade) é garantida *a quem atender “as qualificações profissionais que a lei estabelecer”*⁴³. Introduzido o instituto do enriquecimento sem causa no direito brasileiro pelo Código Civil de 2002, pode-se deixar de apelar a normas constitucionais para que seja retribuído o agente irregular.

O Código Civil brasileiro de 2002 *inovou* ao prever em seu texto a figura do enriquecimento sem causa (para Maluf – 2006, p. 709 –, a fim de que a matéria não ficasse mais “sujeita às interpretações da jurisprudência”), dispondo, no art. 884 do Código Civil brasileiro de 2002 que aquele que, sem justa causa, *enriquecer-se à custa de outrem* será obrigado a restituir a este, corrigido monetariamente, o indevidamente auferido, *não* cabendo, consoante o art. 886 do mesmo código, restituição por enriquecimento *caso* a lei confira ao lesado *outros meios* (como visto, em razão do disposto no art. 5º. da Lei 4.886, de 9 de dezembro de 1965, o

43 Em RJTJESP 137/270 (COELHO, 2005, p. 126), no entanto, arguiu-se que a inconstitucionalidade do 5º. da Lei 4.886/1965 deve-se a que a atividade do agente não se situa entre as que dependem de formação *técnico-científica*. No sentido de que o exercício duma profissão (nos exemplos a seguir, a advocacia) é permitido tão só a quem lhe (da profissão) preencher os requisitos legais: Apelação em Mandado de Segurança nº 0041320-62.2010.4.01.3800/MG, 7ª Turma do TRF da 1ª Região, Rel. Catão Alves. j. 12.04.2011, e-DJF1 29.04.2011, p. 0393; Apelação em Mandado de Segurança nº 2008.38.00.028379-1/MG, 7ª Turma do TRF da 1ª Região, Rel. Catão Alves. j. 01.02.2011, e-DJF1 11.02.2011, p. 0238; Apelação em Mandado de Segurança nº 73845/RJ (2008.51.01.011257-9), 5ª Turma Especializada do TRF da 2ª Região, Rel. Des. Desembargador Federal Antônio Cruz Netto. j. 04.02.2009, unânime, DJU 19.02.2009, p. 200; AC nº 529059/RN (0002160-56.2011.4.05.8400), 2ª Turma do TRF da 5ª Região, Rel. Francisco Wílido Lacerda Dantas. j. 11.10.2011, unânime, DJe 20.10.2011; Pedido de Suspensão de Segurança (SS4321), Supremo Tribunal Federal; REOAC nº 487442/CE (2009.81.00.004900-0), 4ª Turma do TRF da 5ª Região, Rel. Edilson Pereira Nobre Júnior. j. 22.02.2011, unânime, DJe 03.03.2011. Só há violação do livre exercício de qualquer trabalho (novamente os exemplos concernem à advocacia) quando a exigência legal descumprida não tenha pertinência com a qualificação profissional, podendo ser executada doutra maneira: Súmula 53 do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (“Viola a garantia constitucional do livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, a suspensão do direito de exercer a advocacia, prevista no art. 37, I, §5º 1º e 2º, da Lei nº 8.906/1994, em razão do inadimplemento da contribuição anual devida à Ordem dos Advogados do Brasil.”); Remessa Ex Offício em Ação Cível nº 458650/RJ (2009.51.01.005243-5), 7ª Turma do TRF da 2ª Região, Rel. José Antônio Neiva. j. 13.10.2010, unânime, e-DJF2R 21.10.2010; Arguição de Inconstitucionalidade nº 2005.51.01.014549-3, Rel. Des. Fed. Antônio Cruz Netto, DJU 02.09.2009 (eis trecho do acórdão: “A suspensão do exercício profissional do inadimplente, com o objetivo de forçá-lo a quitar o débito, não faz sentido, uma vez que retira justamente os meios que o impetrante dispõe para obter recursos financeiros para quitar sua dívida. Vale dizer que a OAB possui meios legais menos gravosos para a cobrança do débito, sendo possível fazê-lo pela via judicial própria, conforme previsto no art. 46 da Lei nº 8.906/1994.”).

art. 717 do Código Civil brasileiro de 2002 não se aplica ao agente não registrado em conselho regional ou com registro suspenso ou cancelado) para se ressarcir do prejuízo sofrido.

Essa restituição é devida, nos termos do art. 885 do CC/BR de 2002, não só quando não tenha havido *causa* que justifique o enriquecimento, mas *também se esta deixou de existir (condictio ob causam finitam)*. Esse dispositivo legal (art. 885 do CC/BR de 2002), portanto, está para o § 812, I, 2, 1ª. hipótese, do (Código Civil) alemão como o art. 717 daquele (Código Civil brasileiro) está para o § 89b do Código Comercial alemão. Poder-se-ia pensar que, assim sendo e não havendo a restrição, no art. 717 do Código Civil brasileiro, de que, para que faça jus á indenização de clientela, o agente não tenha culposamente dado causa ao término do contrato de agência, prevalece, para com o último dispositivo (art. 717 do Código Civil brasileiro), a tese da retribuição diferida sobre a (tese) do enriquecimento sem causa. No entanto, inexistindo um regramento minucioso⁴⁴ da indenização de clientela como no direito europeu, de modo que ela se imponha, unicamente sem essa amarra (que o agente não tenha culposamente dado causa ao término do contrato), no direito brasileiro como naquele (direito europeu), limitando-se ele (direito brasileiro) a referir-se genericamente a “resultados úteis” no art. 717 do Código Civil, com aplicação, inclusive mas não apenas, a uma indenização de clientela, não é permitido inferir que o legislador brasileiro tenha querido postergar ao término do contrato de agência uma retribuição ao agente comercial, devendo-se antes ter em conta que (o legislador) almejou impedir o enriquecimento sem causa.

3 Conclusões

A Lei 4.886/1965, não foi revogada pelo Código Civil brasileiro de 2002 e assegura ao agente uma indenização de clientela na alínea *j* e no parágrafo 1º. de seu art. 27.

O Código Civil brasileiro de 2002 admite, em seu artigo 717, uma indenização *extraordinária* de clientela ao agente comercial, quando o rompimento da avença lhe (ao agente) acarrete prejuízo *excessivamente* grave.

44 Esse regramento minucioso faz com que não sejam incompatíveis as teses da retribuição diferida e do enriquecimento sem causa (cf. VASCONCELOS, 2002, p. 245, n. 5), podendo-se dizer, com aquele (regramento minucioso), este (enriquecimento sem causa) haja passado a natureza remota e ela (retribuição diferida) a uma (natureza) próxima. Almeida (2012, p. 137) também enxerga um fundamento misto na indenização portuguesa de clientela, “em que se combinam a falta de retribuição superveniente, a compensação pelos investimentos efetuados para o agente e a restituição do enriquecimento sem causa pelo principal”, sugerindo mesmo a aplicação do instituto do *abuso de direito* para os casos em que a cessação do contrato decorra de razão imputável ao agente.



A indenização de clientela com fundamento num (art. 27, *j* ou § 1º, da Lei 4.886/1965) ou noutro (art. 717 do Código Civil brasileiro de 2002) dispositivo, contudo, não se aplica, em razão do art. 5º. da Lei 4.886/1965, ao agente *não* registrado em conselho regional ou cujo registro haja sido *suspens*o ou *cancelado*.

É devida, no entanto, a indenização de clientela ao agente, *ainda que* não registrado em conselho regional ou seu registro haja sido *suspens*o ou *cancelado*, ante a vedação *genérica* do enriquecimento sem causa no direito brasileiro *contemporâneo*, o qual (direito) outrossim contempla, no artigo 885 do Código Civil brasileiro de 2002, a (causa) que houve mas deixou de existir (*condictio ob causam finitam*).

Abstract

According to Article 717 of Brazilian Civil Code, goodwill compensation is due to the agent if immense pecuniary damage results from rescission of contract with the principal. Under Article 5 of Act Nº. 4886/1965, goodwill compensation does not apply to non-registered agents or to those whose license has been suspended or revoked. Even latter mentioned

agents are, however, entitled to goodwill compensation, for a *condictio ob causam finitam* lies in article 885 of Brazilian Civil Code.

Key words: Brazilian Civil Code. Goodwill compensation. Non-registered agent. Suspended or revoked license. *Condictio ob causam finitam*.

Referências

ALMEIDA, Carlos Ferreira de Almeida. **Contratos:** contratos de liberalidade, de cooperação e de risco. Coimbra: Almedina, 2012. v. III.

ALVES, Jones Figueirêdo. Arts. 421 a 729. In: FIÚZA, Ricardo (Coord.). **Novo Código Civil comentado**. 5. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 328-596.

ANTUNES, José A. Engrácia. **Direito dos contratos comerciais**. Reimpr. Coimbra: Almedina, 2011.

ASSIS, Araken de. **Contratos nominados**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BALL, Wolfgang. Rechtsnatur und Funktion des Ausgleichsanspruchs nach § 89b HGB unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. In: SAENGER,

Ingo; SCHULZE, Reiner (ed.). *Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters: Beispiel für die Fortentwicklung angeglichenen europäischen Rechts*. Baden-Baden: Nomos, 2000. p. 17-29.

BARTELEMBS, Daniela; TIMM, Luciano Benetti. Agência e representação comercial frente ao novo Código Civil de 2002, à luz da jurisprudência do TJRS. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, a. 35, n. 109, p. 197-216, mar. 2008.

BRITO, Maria Helena. O contrato de agência. In: CEJ/FDUL. **Novas perspectivas do direito comercial**. Coimbra: Almedina, 1988. p. 109-135.

BULGARELLI, Waldirio. **Direito comercial**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

CAGNASSO, Oreste. Agenzia. In: **Digesto delle discipline privatistiche – sezione commerciale**. Torino: UTET, 1987. v. I, p. 41-51.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Handelsrecht*. 24. ed. München: C. H. Beck, 2006.

CATONI, Jean. **La rupture du contrat d'agent commercial et le décret du 23 décembre 1958**. Paris: Sirey, 1970.

CESARINO JÚNIOR, A. F. **Direito social brasileiro**. 6. ed. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 1970. v. 2.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Código Comercial e legislação complementar anotados de acordo com o novo Código Civil e a nova Lei de Falências (Lei n. 11.101, de 9-2-2005)**. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial: direito de empresa**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 3.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial: Direito de Empresa**. 18. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

CORDEIRO, António Menezes. **Manual de direito comercial**. 2. ed. rev. atual. aum. Coimbra: Almedina, 2009.

CUNHA, Carolina. **A indemnização de clientela do agente comercial**. Coimbra: Coimbra, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. 3. ed. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 3.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Direito comercial: empresário, sociedades, títulos de crédito, contratos, recuperações, falência**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2008.



GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: contratos: contratos em espécie**. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, v. IV, t. 2.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Arts. 653 a 853 – Contratos (em espécie). In: PELUSO, Cezar (coord.). **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência**. 4. ed. rev. atual. Barueri: Manole, 2010. p. 668-869.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GOMES, Manuel Januário da Costa. **Apontamentos sobre o contrato de agência**. *Tribuna da Justiça*, n. 3, p. 9-35, abr./maio 1990.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 3.

HABSCHEID, Walther J. Das Ausgleichsrecht des Handelsvertreters. Eine rechtsvergleichende und dogmatische Studie. In: *Festschrift zum 70. Geburtstag Von Walter Schmidt-Rimpler*. Karlsruhe: C. F. Müller, 1957, p. 335-366.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **A indemnização de clientela no contrato de agência**. Coimbra: Almedina, 2006.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. Arts. 840 a 886. In: FIÚZA, Ricardo (Coord.). **Novo Código Civil comentado**. 5. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 684-710.

MELLO, Adriana Mandim Theodoro de; THEODORO JÚNIOR, Humberto. O regime do contrato (típico) de agência e distribuição (representação comercial) no novo Código Civil em cotejo com a situação jurídica do contrato (atípico) de concessão comercial. Indenizações cabíveis na extinção da relação contratual. **Revista da Esmape**, Recife, v. 8, n. 18, p. 39-126, jul./dez. 2003.

MELO, Natália Assis. A problemática da indenização decorrente da rescisão do contrato de distribuição em razão do tratamento dado pelo novo Código Civil. **Revista da Esmape**, Recife, v. 7, n. 15, p. 545-560, jan./jun. 2002.

MICHELON JR., Cláudio. Art. 884. In: AGUIAR JR., Ruy Rosado de (Org.). **Jornada de Direito Civil**. Brasília: CJF, 2005.

MONTEIRO, António Pinto. Agência e distribuição comercial. **Dereito**, v. III, n. 1, p. 43-62, 1994.

MONTEIRO, António Pinto. **Direito comercial: contratos de distribuição comercial**. Coimbra: Almedina, 2009.

MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de direito civil: direito das obrigações**, 2ª. parte. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 5.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: contratos**. 5.. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 3.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: contratos**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 3.

PINTO, Carlos Eduardo Ferraz. **O direito à indenização de clientela no contrato de franquia (franchising) em Angola**. Coimbra: Coimbra, 2010.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Curso de direito empresarial: o novo regime jurídico -empresarial brasileiro**. 4. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Jus Podium, 2010.

REQUIÃO, Rubens. O contrato de concessão de venda com exclusividade. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 68, v. 239, fasc. 829/831, p. 5-23, jul./set. 1972.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 27. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SCHERKERKEWITZ, Iso Chaitz. **Contratos de distribuição – e o novo contexto do contrato de representação comercial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SCHRÖDER, Georg. **Recht der Handelsvertreter: Gesetz zur Änderung des Handelsgesetzbuches vom 6. August 1953**. Berlin: Franz Vahlen, 1953.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Método, 2010. v. 3.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. II.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Do contrato de agência e distribuição no novo Código Civil. **Mundo jurídico**, [s.l.], 2 maio 2003. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto301.rtf>>. Acesso em: 3 jul. 2012.

TOFFOLETTO, Franco. **Trattato di diritto civile e commerciale: il contratto d'agenzia**. Milano: Giuffrè, 2008.



ULMER, Peter. **Der Vertragshändler**. München: C. H. Beck, 1969.

VALENTE, Manoel Adam Lacayo. Sobre a natureza jurídica dos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas. **Revista de informação legislativa**, Brasília, a. 38, n. 153, p. 151-155, jan./mar. 2002.

VASCONCELOS, Joana. Cessação do contrato de agência e indeniza o de clientela – algumas questões suscitadas pela jurisprudência relativa ao DL no. 178/86. **Direito e justiça: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa**, Lisboa, v. XVI, t. I, p. 243-263, 2002.

VENOSA, S lvio de Salvo. **Direito civil: contratos em espécie**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, v. 3.

Referência do texto

LEMOS, Rafael Cavalcanti. Veda o do enriquecimento sem causa como fundamento, no direito brasileiro contemporâneo, da indeniza o de clientela ao agente não registrado em Conselho Regional ou com registro suspenso ou cancelado. **Revista da ESMape**, Recife, v. 19, n. 39, p. 147-172, jan./jun. 2014.

** Artigo recebido em: 25 set. 2014. Aprovado em: 17 out. 2014.*

Sucessão do companheiro e do cônjuge no Código Civil de 2002

Rafael José de Menezes

Professor de Direito Civil da Universidade Católica de Pernambuco (Unicap), tem especialização em Direito Privado e Civil pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Juiz de Direito em Pernambuco, Diretor Internacional da Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB. Ex-Promotor de Justiça.

Resumo

O artigo aborda a sucessão em geral, legítima e testamentária, trata dos herdeiros necessários e da diferença entre meação e herança. Ainda discorre sobre a sucessão do cônjuge e do companheiro à luz do Novo Código Civil de 2002.

Palavras-chave: Direito das sucessões. Herança. Sucessão do cônjuge.

1 Introdução

O Direito Civil é o direito dos ricos. Insisto nessa frase contundente nas minhas aulas da graduação na Universidade Católica, tanto que mesmo no contrato de doação existe um interesse econômico, e a célebre oração de São Francisco, “é dando que se recebe”, possui um caráter pejorativo na política moderna.

Efetivamente, dinheiro tem uma importância grande na nossa vida, especialmente na velhice quando estamos mais vulneráveis. Das crianças os pais cuidam, mas os velhos em geral são um problema nas famílias, por isso é importante a formação de um patrimônio para termos conforto na terceira idade.

E é justamente da constituição deste patrimônio que cuida o Direito Civil, por isso afirmo que se trata do Direito dos Ricos. No Direito das Obrigações estudamos

que as pessoas se relacionam com outras pessoas e celebram contratos em busca de conforto e lucro. No Direito Real estudamos que as pessoas se relacionam com as coisas, ocupando-as para adquirir propriedade. A propriedade (ou domínio) é o principal Direito Real. Pois bem, ao longo das décadas celebrando contratos e adquirindo propriedade as pessoas formam um patrimônio, esse é o sentido da vida!

É muito materialismo afirmar que nossa existência se concentra na formação de um patrimônio, mas mesmo uma cultura espiritual como a indiana exalta o “*artha*” como necessidade de estudar e amearhar riqueza. Ou seja, os principais sistemas filosóficos do hinduísmo consideram que uma entidade viva, especialmente aquela que estiver utilizando um corpo humano, deve ter por objetivo alcançar três metas na vida, uma delas é o “*artha*” ou desenvolvimento econômico.

Ainda a nossa Bíblia Cristã nos Provérbios 22:29: “Vês um homem diligente em seus afazeres? Ele estará acima dos Reis”.

Bom, e já que estudar, trabalhar e amearhar riqueza é tão significativo, para onde vai esse patrimônio quando as pessoas morrem? Para seus herdeiros. É da transmissão desse patrimônio que cuida o Direito das Sucessões, assunto deste trabalho.

Curioso é que, juridicamente, “*mors omnia solvit*” (a morte acaba com tudo), princípio que se aplica ao Direito Eleitoral, Penal e de Família, de modo que os direitos políticos, a punibilidade, o casamento e o poder familiar se extinguem com a morte. Já no Direito das Sucessões é com a morte que tudo começa, pois a vida terminou, mas o patrimônio do extinto subsiste e será transferido a seus herdeiros, em virtude de lei ou de testamento.

O direito de herança é garantido constitucionalmente no art. 5º, XXX, bem como o direito de propriedade no art. 5º, XXII. Estes dois direitos estão intimamente ligados, pois se a propriedade fosse negada, não teríamos o que deixar de herança a nossos sucessores. E se só houvesse propriedade sem herança, as pessoas deixaram de trabalhar quando estivessem ricas. Mas por saber que poderemos deixar uma herança a nossos entes queridos, as pessoas seguem trabalhando apesar de já materialmente satisfeitas, estimulando a capacidade produtiva do ser humano, em benefício da riqueza da família e da sociedade como um todo. A propriedade assim se perpetua através da herança.



2 Espécies de Sucessão

Como dito no conceito supra, a transmissão do patrimônio ao herdeiro se dá em virtude de lei ou de testamento (art 1.786 do CC);

São assim duas espécies de sucessão:

a) testamentária: se houver testamento, a sucessão testamentária predomina sobre a sucessão legítima (art.1.788), dentro dos limites da lei (arts.1.789 e 1.845). A liberdade de testar não é assim absoluta, pois metade é dos filhos, pais e cônjuge, chamados herdeiros necessários, e só a outra metade é que pode ser deixada para quem o testador desejar (art.1.857 e § 1º). Quem não possui herdeiros necessários pode testar em favor de qualquer pessoa. Não importam quantos sejam os herdeiros necessários, um ou dez, a eles cabe metade da herança.

A sucessão testamentária pode ainda ser a título universal ou a título singular; nesta teremos a figura do legatário que recebe legado e não herança. A herança é o total ou uma fração indeterminada do patrimônio do extinto (Ex.: 1/3, 20% da herança, etc). Já o legado é de coisa certa (ex: a casa da praia na rua tal, número tal; o anel de brilhantes da formatura no ano tal, etc). Quem sucede a título universal é herdeiro e responde também por eventuais dívidas do morto, dentro dos limites da herança (art.1.997); herdeiro adquire o ativo e responde pelo passivo. Quem sucede a título singular é legatário e não responde por eventuais dívidas, porém só recebe seu legado após verificada a solvência da herança (§ 1º do art. 1.923); já o herdeiro pode logo assumir a posse dos bens do extinto (o art. 1.784 não se refere a legatários, só a herdeiros). A sucessão legítima sempre é a título universal, não existe legado se não há testamento. Já a sucessão testamentária pode ser a título universal ou a singular.

b) sucessão legítima: nesta 2ª espécie, prevalece a disposição da lei se alguém morre sem testamento, ou se o testamento for invalidado (art. 1.829). O legislador presume que o falecido gostaria de proteger seu cônjuge e filhos, por isso eles são os primeiros da lista. Embora legalmente a sucessão testamentária predomine sobre a legítima, na prática prevalece esta 2ª espécie, pois nossa sociedade não tem a cultura de fazer testamento. E por que?

Arrisco três motivos:

- 1) a gente nunca acha que vai morrer;
- 2) fazer um testamento pode ser caro, complicado e inconveniente;
- 3) se a gente morre sem testamento, a lei já beneficia nossos filhos, que são nossos entes mais queridos, então não há com o que se preocupar!

Todavia, pelo recente Código Civil que vigora desde 2003, o cônjuge e os filhos estão em igualdade na sucessão (arts 1.829 e 1.845), e isso pode aumentar o número de testamentos. Explico: uma coisa é você deixar seus bens apenas para os seus filhos, como no Código do século passado. Outra coisa é deixar para seu cônjuge em condições de igualdade com os filhos, especialmente nos casamentos desgastados pelos anos. Só o tempo irá dizer se agora as pessoas mal casadas vão ter a preocupação de testar, não para excluir, mas para pelo menos diminuir o quinhão do cônjuge em benefício dos filhos...

3 Princípios do Direito das Sucessões

São três os princípios que norteiam e irradiam seus efeitos sobre o direito sucessório:

1) respeito a vontade do hereditando (art 1.899); esse princípio é reflexo do art. 112 do Código Civil que destaca a importância da vontade nos negócios jurídicos, afinal o Direito Civil é o direito do particular, do cidadão, onde a gente pode dispor do nosso patrimônio com liberdade. O juiz e o testamenteiro devem se valer de testemunhas, amigos e familiares ao interpretar o testamento para tentar descobrir qual seria a vontade do extinto.

2) atribuição da herança a parentes ou familiares do falecido: este princípio completa o anterior, de modo que se deve obedecer à vontade do extinto, mas respeitando-se o quinhão dos familiares, afinal a família é a base da sociedade (1.789, 1.845, § 1º do art. 1.857). Assim, a liberdade de testar é grande, mas não é absoluta.

3) igualdade entre os quinhões da herança ou princípio da divisão necessária: o Direito Romano admitia a varonia e a primogenitura, de modo que os filhos homens e mais velhos herdavam mais do que os filhos mais jovens e as mulheres;



atualmente existe igualdade entre os filhos (art. 2.003 do CC e § 6º do art. 227 da CF). Porém, se alguém deseja beneficiar um filho mais do que o outro pode fazê-lo via testamento, dispondo da metade disponível, e suportar as consequências do ciúme entre irmãos (arts.1.849 e 2.006 do CC).

Ressalto que a transmissão patrimonial é automática, ou seja, no instante após a morte os herdeiros já são proprietários dos bens do extinto (art. 1.784). Este dispositivo é tão importante que é logo o primeiro artigo do código no livro das sucessões. Os franceses chamam essa regra de princípio da “saisine”, então mesmo que o herdeiro nem saiba ainda da morte do hereditando, ele já será, por uma ficção jurídica, juntamente com os demais herdeiros, condômino do patrimônio do falecido. O princípio da “saisine” é importante para que os bens do espólio não fiquem acéfalos e sejam considerados coisa abandonada, ou coisa sem dono, sujeita a ocupação por terceiros.

É verdade que para pagamento dos impostos, de eventuais dívidas e de partilha dos bens será necessária a abertura de inventário ou arrolamento, mas a propriedade em si, sob condomínio, se transfere “desde logo” aos herdeiros, sem formalidades e sem necessidade de praticarem qualquer ato (art.1.791).

4 Sucessão Legítima

Como já dito, são duas as espécies de sucessão: a legítima e a testamentária. Nosso legislador disciplinou em maior número de artigos a sucessão testamentária, porém a sucessão legítima é a mais frequente na sociedade, vamos conhecê-la então. A sucessão se diz legítima quando, na falta de testamento, defere-se o patrimônio do morto a seus herdeiros necessários e facultativos, convocados conforme relação preferencial da lei. Se houver testamento mas não abranger todos os bens, as regras da sucessão legítima também serão aplicadas ao patrimônio daquele hereditando (art.1.788).

Esta relação preferencial da lei tem o nome de vocação hereditária e beneficia os parentes próximos, por presumir o legislador que os familiares são as pessoas mais queridas do extinto (art.1.829). Na ordem natural das afeições familiares o amor primeiro desce, em seguida sobe e depois se espalha.

Os primeiros a herdar são os filhos e o cônjuge; se não houver filhos e cônjuge chamam-se os pais do extinto; estes três são os herdeiros necessários (art.1.845); finalmente convocam-se os herdeiros facultativos, que são os parentes colaterais irmãos, tios, sobrinhos e primos até o quarto grau. A companheira também herda, mas em situação inferior a da cônjuge, veremos isso abaixo, mas afirmo que união estável é menos do que casamento. E concubinato é menos do que união estável (arts.1.801, III e 1.727). E namoro é menos do que concubinato. Lembro que concubina e namorada não são herdeiras legais.

Se o hereditando não tiver cônjuge/companheiro ou sequer um parente de quarto grau, seus bens vão para o Município (art.1.844).

Classes da vocação hereditária:

a) descendentes: filhos, netos, bisnetos, etc., não tem limite, os mais próximos excluindo os mais remotos;

b) ascendentes: pais, avós, bisavós, sem limite, os mais próximos excluindo os mais remotos;

c) cônjuge: elevado pelo código de 2002 à condição de herdeiro necessário, sendo chamado a suceder junto com os filhos.

d) colaterais: só até o quarto grau, e os mais próximos (irmãos) excluem os mais remotos (primos do art.1.840).

e) o Município: o poder público não é herdeiro, ele é chamado diante da ausência de parentes, a fim de que os bens do falecido não se deterioreem (art.1.844).

Regras da sucessão legítima para a vocação hereditária:

a) só se convoca uma classe nova quando não há herdeiros na classe precedente, então, por exemplo, não se convocam os ascendentes se há descendentes (arts.1.836 e 1.838).

b) na mesma classe os mais próximos excluem os mais remotos (art.1.833, então não se chama o neto se existe filho, não se chama o avô se existe pai; § 1º do 1.836), salvo o direito de representação que veremos abaixo.



Modos da sucessão legítima:

a) **Direito Próprio:** sucede-se por direito próprio quando se é herdeiro da classe chamada, então o filho herda do pai por direito próprio.

b) **Direito de Representação:** sucede-se por direito de representação quando se toma o lugar de herdeiro pré-morto (art.1.851) ou indigno da classe chamada (art.1.816).

Exemplo: o filho morre antes do pai, então o neto herda direto do avô, representando o pai pré-morto. O direito de representação tem origem no Direito Canônico e se justifica para proteger a família, trazendo à herança o filho do herdeiro pré-morto ou indigno, equilibrando o patrimônio entre os descendentes (art.1.855). Não é justo que um neto não herde do avô apenas porque seu pai morreu primeiro (art.1.854). Lembro que o filho do herdeiro renunciante não pode representar o pai (art1.811).

A representação é exclusiva da sucessão legítima (o art. 1.851 usa a expressão “a lei”), pois na sucessão testamentária se o herdeiro morre, o legado ou herança não vai para os filhos dele, mas sim volta ao espólio para beneficiar os herdeiros legítimos. Só há representação na linha descendente em qualquer grau (1.852) ou na linha colateral até o terceiro grau (art.1.853, ex: alguém morre sem mulher, descendentes e ascendentes, então sua herança vai para seus irmãos; se um dos irmãos já tiver morrido, os filhos dele, sobrinhos do hereditando, sucederão por direito de representação, art.1.840)

c) **Direito de Transmissão:** esse modo interessa à Fazenda Estadual para fins tributários, assim sucede-se por direito de transmissão quando se substitui o herdeiro pertencente à classe chamada, depois da abertura da sucessão e ainda antes da conclusão do inventário (art 1.796); ex: alguém morre e durante o inventário seu filho morre também, então os netos virão suceder o pai e o avô, pagando dois impostos de transmissão, pois pelo princípio da “saisine” o patrimônio do hereditando chegou a pertencer a seu filho antes de ir para os netos, justificando essa bi-tributação.

Formas de partilha:

a) por cabeça: dá-se em partes iguais entre herdeiros da mesma classe, ex: alguém morre e seus três filhos vão herdar por direito próprio e por cabeça 33% do patrimônio do extinto, por serem seus parentes mais próximos.

b) por estirpe: herda-se por estirpe para os que sucedem em graus diversos por direito de representação, ex: alguém morre e tem um filho pré-morto que deixou dois netos, e mais dois filhos vivos que vão herdar por direito próprio e por cabeça 33% do seu patrimônio, enquanto cada um de seus netos vai herdar por direito de representação e por estirpe 16,5% desse patrimônio (art.1.835). Aqueles que descendem por estirpe estão representando alguém.

c) por linhas: a partilha por linhas só ocorre quando são chamados os ascendentes, ex: alguém morre sem descendentes e cônjuge, seus pais igualmente já morreram, mas a avó paterna está viva, e o avô e a avó materna também. Então caberá metade à avó paterna e metade aos outros dois avôs maternos (§§ 1º e 2º do art. 1.836).

5 Sucessão do Cônjuge

Na sucessão legítima, por opção do legislador de 2002, o cônjuge se tornou herdeiro necessário, sendo elevado à mesma condição dos filhos e dos pais do hereditando (art. 1.845). Antigamente o cônjuge era mero herdeiro facultativo. Esta foi uma grande inovação do Código Civil e atinge os testamentos feitos antes de 2002, que terão que ser adaptados (arts.1.787, 1.846).

Então se o hereditando é casado, seu cônjuge irá herdar junto com os filhos, a depender do regime matrimonial de bens (art.1.829, I); irá herdar com os ascendentes se não há filhos (art.1.829, II); ou irá herdar sozinho se o extinto não deixou descendentes nem ascendentes (art.1.838). Ressalto que o casal precisava estar vivendo junto na época do falecimento, senão o cônjuge sobrevivente pode nada herdar (art. 1.830).

Esta opção do legislador em proteger mais o cônjuge tem por fundamento evitar situações ocorridas no passado, quando o cônjuge viúvo, já idoso, perdia o marido/esposa e ainda via abalada sua condição financeira, pois o patrimônio do extinto seguia apenas para os filhos.



Porém, antes de prosseguirmos, é preciso diferenciar meação de herança: quando alguém enviúva, a depender do regime de bens, uma parte do patrimônio do morto é do sobrevivente por direito próprio e não por herança; ex: no regime da comunhão parcial, que é o mais comum na sociedade (art.1.640), metade dos bens é do viúvo não por herança, mas por integrar o condomínio do casal (arts.1.658, 1.660, I). Então, exclui-se a meação do sobrevivente e o resto é herança para os herdeiros necessários, inclusive o cônjuge!

Assim o cônjuge sobrevivente, a depender do regime de bens, vai receber igual a seus filhos, ou se tiver mais de três filhos pelo menos 25% da herança; se os filhos forem só do falecido, o cônjuge herda igual a eles, mesmo que sejam mais de três filhos (art. 1.832).

Vejamos a situação do cônjuge regime a regime:

a) separação obrigatória de bens (art.1.641): o viúvo não tem meação (art.1.687) e nem herança (1.829, I); só lhe cabe direito real de habitação (art 1.831).

b) separação convencional: o sobrevivente não tem meação (1.687) mas tem herança (1.829, I; observação: se seu cônjuge for rico, nunca se divorcie, espere enviudar!!!)

c) comunhão parcial de bens: o viúvo tem meação (art.1.658), mas caso se divorcie não tem direito aos bens do cônjuge (art.1.659, I); todavia, com a viuvez, o sobrevivente alcança estes bens por serem bens particulares do cônjuge (art.1.829, I, *in fine*). Se o falecido não deixou bens particulares o cônjuge nada herda, fica apenas com sua meação. Se o falecido só deixou bens particulares, e nada integra o patrimônio comum do casal, só haverá herança e não meação.

d) participação final nos aquestos: cônjuge viúvo é herdeiro, pois este regime não está nas exceções do art. 1829, I do CC.

e) comunhão universal: o viúvo tem meação de tudo (art.1.667), então não precisa herdar nada para manter seu padrão de vida (art.1.829, I).

Cônjuge concorrendo com ascendentes do hereditando: concorrendo com o sogro e a sogra, o viúvo terá direito a um terço da herança, independente do regi-

me matrimonial de bens (arts.1.829, II, 1.837 – salienta-se que o cônjuge concorrendo com os avôs do marido herda metade).

6 Sucessão do Companheiro

Lembro que companheiro é aquele que vive em união estável, sem impedimento para se casar, então não confundam com o concubinato (art. 1.727 do CC).

O Código Civil trata da sucessão do companheiro no art. 1.790, dispositivo que está deslocado no diploma, pois deveria estar perto do art.1.829, dentro do título da sucessão legítima.

Além disso, como veremos abaixo, a condição sucessória do companheiro é inferior à do cônjuge, restando a dúvida a ser sanada pelos Tribunais Superiores se tal diferença é inconstitucional, ou se o legislador quis realmente exaltar o casamento, deixando o tratamento ao companheiro em outro título do Código, e ainda 39 artigos distante.

Então, o companheiro que vive em união estável não vai herdar como o cônjuge casado face à redação expressa do art. 1.790 do CC. Além disso, pelo art. 1845 do CC, companheiro não é herdeiro necessário, só o cônjuge. Por essa proteção maior, o casamento segue uma instituição sólida e tradicional na nossa sociedade.

Morto o companheiro, o sobrevivente tem a meação mais a herança apenas sobre os bens adquiridos onerosamente durante a união estável, não se beneficiando dos bens adquiridos gratuitamente dentro ou fora da união, ou dos bens onerosos adquiridos pelo falecido fora da união; sem dúvida a expressão “bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável” chama a atenção na redação do art. 1790 do CC.

Concorrendo com filhos, o companheiro herda conforme incisos I e II do art. 1.790.

Concorrendo com ascendentes ou colaterais do extinto até o 4º grau, o sobrevivente recebe a meação dos bens adquiridos onerosamente durante a união estável, e mais um terço da outra metade, ficando os parentes do falecido com



os dois terços dessa metade, e mais todos os bens adquiridos fora da união, e os bens gratuitos adquiridos dentro ou fora da união (1.790, III).

Se não houver nenhum parente, o companheiro não herda tudo, mas apenas os bens adquiridos onerosamente durante a união, indo para o Município o restante dos bens gratuitos e os onerosos de fora da união estável. Essa redação lamentável da lei exclui uma pessoa de laços afetivos com o extinto em benefício do poder público...

7 Sucessão dos colaterais

Os colaterais não são herdeiros necessários, e vão herdar quando não há descendentes, ascendentes e nem cônjuge. Se houver testamento, os colaterais e o companheiro podem ser totalmente excluídos (art. 1.850), mas o cônjuge, os descendentes e os ascendentes sempre fazem jus à metade da herança, e um eventual testamento que desrespeite essa fração será reduzido. Os colaterais mais próximos excluem os mais remotos, e o parente colateral mais próximo é o irmão em 2º grau. Se o irmão for germano, ou seja, filho do mesmo pai e da mesma mãe do extinto, herdará o dobro do que eventual irmão unilateral (art. 1.841).

Não havendo irmãos, herdam os parentes em terceiro grau, prevalecendo os sobrinhos sobre os tios, por serem aqueles em geral mais jovens, é a doutrina do “sangue novo”, presumindo-se que os sobrinhos vão viver mais tempo do que os tios do hereditando (art. 1.843).

Finalmente, não havendo parentes em 2º ou 3º grau, são chamados os tios-avós, sobrinhos-netos e primos, parentes em 4º grau do extinto, herdando todos igualmente.

8 Sucessão do Município

Não havendo parente algum, a herança vai para o Município (art. 1.844). Todavia o poder público não é herdeiro, ele é chamado diante da ausência de parentes, a fim de que os bens do falecido não se deteriorem; o princípio da “saisine” não se aplica ao Município, pois é preciso aguardar a sentença de vacância do art. 1.820, quando o juiz declara a inexistência de herdeiros do falecido.



9 Conclusão

Modestamente, fui contra a promulgação do Novo Código Civil em 2002. Entendo que as relações civis precisam de estabilidade, a sociedade precisa de segurança jurídica, nosso país já tem leis demais, e as mudanças no Direito de Família trazidas pelo Novo Código Civil, na verdade foram consequência dos avanços da Constituição Federal introduzidos em 1988.

Mas enfim, o Código Civil já está aí com mais de dez anos em vigor, e se a grande maioria das suas regras repetiu os artigos do Código do século XX, houve expressiva alteração na matéria sucessória abordada neste trabalho.

Esse papel atual de destaque do cônjuge na sucessão legítima está trazendo muita surpresa nos inventários, e quem sabe surja a médio prazo uma pressão da sociedade contra o Congresso Nacional para alterar essas regras.

Ou quem sabe ainda, como já afirmei acima, aumente o interesse da sociedade para elaboração de testamentos a fim de diminuir o quinhão do cônjuge, protegendo mais os descendentes, via de regra nossos familiares mais queridos.

Abstract

The article addresses succession in general, legitimate and testamentary, addresses the necessary heirs and the difference between sharecropping and inheritance. Also discusses the succession of spouse and partner in the light of the New Civil Code of 2002.

Key words: Law of succession. Heritage. Succession of spouse



Referências

CHAHALI, Francisco; HIRONAKA, Gilselda. **Curso Avançado de Direito Civil – Sucessões** 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil. Família e Sucessões**. 3.ed.. São Paulo: Saraiva, 2010. v.5.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 14. ed., atual. por Mário Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

HIRONAKA, Giselda. **Comentários ao Código Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 20.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 37.ed. atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2009. v.6.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil – Sucessões**. 19.ed. atual. após o CC 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. IV

VELOSO, Zeno. **Comentários ao Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 21.

Referência do texto

MENEZES, Rafael Jose de. Sucessão do companheiro e do cônjuge no Código Civil de 2002. **Revista da ESMape**, Recife, v. 19, n. 39, p. 175-188, jan./jun. 2014.

* Artigo recebido em: 25 set. 2014. Aprovado em: 10 out. 2014.

Elementos para a interpretação dos contratos

Silvio Romero Beltrão

Juiz de Direito, Professor de Direito Civil da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Mestre e Doutor pela UFPE. Pós-Doutor pela Faculdade de Direito de Lisboa

Resumo

O artigo pretende analisar as diretrizes da interpretação dos contratos, a partir do conteúdo da Teoria Geral do Direito Civil, apresentando inicialmente a divergência entre a vontade e sua declaração. Como fundamento da interpretação analisa o princípio da boa-fé e os usos e costumes do lugar da celebração,

apresentando princípios interpretativos para os contratos benéficos, as cláusulas ambíguas e contraditórias, a interpretação dos contratos de consumo e a interpretação integrativa.

Palavras-chave: Interpretação dos contratos. Contratos.

1 Introdução

Diante da reestruturação da Revista da Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Pernambuco – Esmape, pensei em revisitar um tema bastante importante para o exercício da judicatura, qual seja a interpretação dos contratos como ferramenta para a solução dos conflitos de interesses. Desse modo, o presente estudo é uma atualização do estudo das atuais diretrizes de interpretação dos contratos apontando o caminho que deve o interprete utilizar para a aplicação do direito ao caso concreto.

Tradicionalmente definido como negócio jurídico bilateral ou plurilateral, o contrato visa à produção de efeitos jurídicos determinados pela vontade das partes, em conformidade com a lei, com o objetivo de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos.¹

¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004. v. III, p. 02

O contrato tem assim, como um dos seus principais elementos, a vontade humana dirigida para a produção de efeitos jurídicos.

A autonomia da vontade sempre foi na concepção clássica do contrato o seu elemento principal, como fonte criadora de obrigações e requisito indispensável para a formação do vínculo contratual.

A vontade, na visão clássica, era então, a única fonte criadora das obrigações oriundas das relações contratuais, expressa através da idéia da liberdade de contratar.

Considerando que o Direito Civil é o direito da vontade livre, onde a pessoa tem a liberdade para desenvolver a sua vida como bem entender, a formação da relação jurídica contratual é a maior expressão dessa liberdade.

A partir do princípio da autonomia da vontade, busca-se a idéia de que a pessoa tem a liberdade para contratar ou se abster de contratar, liberdade de escolher o parceiro contratual, liberdade para fixar o conteúdo e os limites das obrigações contratuais, sempre protegidas pela lei.²

A liberdade de dispor quanto ao contrato, na visão clássica, era quase que absoluta, estando limitada somente aos requisitos formais do negócio jurídico³, fazendo surgir daí o pressuposto de igualdade de poderes entre os contratantes. Por outro lado, a atuação da pessoa em uma relação contratual não pode ser vista simplesmente como um poder individual de auto-regulamentação, sem se descuidar de que a outra parte com quem vai se compor o vínculo contratual também é detentora dos mesmos poderes.⁴

Há, diante disso, uma relação de interesses contrapostos onde a vontade individual de cada pessoa se contrapõe com a vontade da outra, fazendo com que exista uma estrutura bilateral de vontade cuja celebração do contrato dependa da obtenção de um acordo. Assim, o conceito de contrato sempre foi vinculado à idéia de acordo de vontades, reconhecendo mutuamente uma posição de igualdade, como titulares dos mesmos poderes, que somente podem ser exercidos com a composição de interesses de ambos.

2 MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 45.

3 Art. 104 do Novo Código Civil e 82 do Código Civil de 1916.

4 RIBEIRO, Joaquim de Souza. **O Problema do Contrato**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 52.



Contudo, a evolução e o desenvolvimento das relações de direito civil, diante das diversas mutações sociais e econômicas, conduz o interprete a uma nova concepção do contrato, onde ganha mais importância os seus efeitos na sociedade e as condições sociais e econômicas das pessoas nele envolvidas.

O Código Civil de 2002, traduzindo sua atual concepção de contrato, dispõe em seu art. 421 que a *“liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”*⁵.

Assim, face à disposição de que o contrato deve atender a função social, determinando um equilíbrio contratual na sociedade, a lei como principal fonte do direito, destaca-se pelo seu papel limitador da autonomia da vontade, evoluindo do formalismo para a valorização dos interesses sociais, tais como a confiança e a boa-fé.⁶

Apesar da limitação da liberdade de contratar, permanecerão os tradicionais conceitos de autonomia da vontade e negócio jurídico, contudo, a liberdade de contratar terá o seu campo de atuação reduzido por normas imperativas de interesse social, no intuito de impor um novo princípio contratual, qual seja, o princípio da função social do contrato.

Para o mestre italiano Emilio Betti, o elemento vontade está vinculado à lei que dispõe sobre sua forma de atuação e seus limites.

A autonomia de vontade não seria a fonte única da obrigação. Na sua famosa definição a autonomia da vontade deveria ser entendida como auto-regulamentação dos interesses das partes, e, portanto, por excelência, um ato de autonomia privada, mas este ato deveria ser realizado nas condições permitidas pelo direito, pois, só assim a lei dotaria de eficácia jurídica o contrato. A posição dominante, portanto, é da lei ⁷.

Apesar da nova concepção do contrato, diante da necessidade de valoração dos fatos sociais, o art. 421 do Código Civil não exclui a vontade das partes como elemento essencial para a formação do contrato, a qual deve ser exercida em razão de sua autonomia com os limites impostos pela própria lei. A principal fina-

5 Art. 421 C.C.: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

6 MARQUES, op.cit., p. 101.

7 Citado por MARQUES, op.cit., p. 103.

lidade dos contratos ainda é a satisfação dos interesses pessoais, onde a função social serve como freio para a autonomia da vontade impondo limites com o objetivo de manter o equilíbrio entre o interesse particular e o interesse coletivo.⁸

Assim, diante da nova concepção social do contrato deve ser posicionado o problema da interpretação contratual, isto é, determinar o sentido com que o contrato há de valer, bem como o efeito que ele tende a produzir, se o mesmo é válido e qual o alcance das declarações de vontade.⁹

Para fixar o conteúdo jurídico do contrato, reconstruindo o significado das declarações e o comportamento das partes, o intérprete não poderá deixar de prestar atenção aos fatos que envolveram a relação jurídica, baseada em sua função social.

2 Divergência entre a vontade e a declaração

O contrato, enquanto manifestação de vontade, envolve dois processos distintos na sua formação: um procedimento interno, quando a pessoa mentaliza e decide o que pretende fazer com o contrato e um outro externo, em que suas aspirações são expressas e materializadas, concluindo formalmente o contrato.¹⁰

Quando o processo externo reflete fidedignamente o interno, a interpretação não apresenta nenhuma dificuldade, pois somente confirma a consonância entre um e outro. Pode, contudo, ocorrer de divergirem, dando origem a dúvidas sobre a interpretação da avença, seja porque não houve possibilidade de expressar-se a vontade conforme o desejo interno do contratante, como comumente ocorre nos contratos de adesão, seja porque simplesmente as partes ou uma delas não soube expressá-la com clareza, ensejando, assim, dúvidas, contradições, ambigüidades ou obscuridades.¹¹

Assim, no sentido de determinar a interpretação dos contratos, destacam-se duas correntes: a posição subjetivista e a posição objetivista, as quais ocupam posições extremas quanto à relação entre a vontade e a declaração.

8 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil – Contratos**. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. III, p. 15.

9 ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria Geral da Relação Jurídica**. Coimbra: Almedina, 1974. p. 305.

10 BIERWARGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e regras de interpretação dos contratos no Novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 81.

11 Idem.



A teoria da vontade, posição subjetivista, é aquela que dá ênfase ao sentido subjetivo do contrato, priorizando a “*vontade real*”¹² do declarante. Assim, tanto para a validade do contrato quanto para a interpretação do mesmo o que interessa é a vontade efetiva do declarante¹³.

Por sua vez, a teoria da declaração, posição objetivista, consagra não a vontade real do declarante, mas o sentido que esta vontade manifestada tomou na declaração negocial. Assim, a teoria objetivista procura dar prevalência à manifestação de vontade tal qual ela foi declarada ao seu destinatário.

Indagar qual dessas teorias deve prevalecer, ou seja, se a vontade interior deve prevalecer sobre a vontade declarada ou a vontade declarada deve prevalecer sobre a vontade interior, é uma pergunta que não pode ser respondida pelo direito, vez que qualquer uma das opções será juridicamente inadmissível.¹⁴

Ora, a vontade interior somente adquire relevo quando ela for reconhecível como declaração ou comportamento, não podendo desta forma, ser excluída uma da outra.

Neste sentido, a vontade que apenas reside no estado mental de uma pessoa, a qual não foi exteriorizada pelo declarante, não pode ter eficácia jurídica a fim de determinar o sentido de sua vontade, pois, aquele propósito retido na mente, sem uma adequada exteriorização, não é objetivamente conhecível. A reserva mental como declaração de vontade contrária à intenção faz com que a declaração exteriorizada subsista desde que o destinatário não tenha conhecimento da vontade real do declarante, vez que a vontade interior não produz efeitos jurídicos, até que seja declarada.¹⁵

Sendo assim, a maioria dos autores adota, de uma forma geral, a posição da teoria da impressão do destinatário, ou seja, a teoria objetivista com a fixação do sentido da respectiva declaração negocial segundo a intenção ou a vontade do declarante, obtida do ponto de vista do destinatário, supondo que o mesmo se trata de uma pessoa razoável.

12 BETTI, Emilio. Teoria Geral do Negócio Jurídico. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra, 1969. p. 254.

13 ANDRADE, op. cit., p. 308

14 BETTI, op.cit., p. 255.

15 Art. 110 C.C.: “A manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento.”

Contudo, para a adoção da teoria objetivista, a partir da impressão do destinatário, além do sentido dado à declaração por uma pessoa comum, deve-se acrescentar as circunstâncias que envolveram o caso em concreto, como únicos elementos que podem determinar uma diretriz subjetivista.

Ou seja, a busca pela vontade interior deverá utilizar como elementos de interpretação as circunstâncias que determinaram a realização do negócio jurídico. Deve-se analisar objetivamente os atos praticados pelas partes, as tratativas preliminares, os usos e costumes do local, as exigências sociais, a existência de parte hipossuficiente, entre outras circunstâncias possíveis, para diante da vontade manifestada se obter uma interpretação mais próxima da vontade real.

Assim, não se conhecendo a vontade real do declarante, a declaração deverá valer com o sentido que o destinatário normal possa deduzir do comportamento do declarante, em meio às circunstâncias que envolveram a realização do contrato.¹⁶

Conforme o artigo 112 do Código Civil *“nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”*.

O referido dispositivo não se quer impor a prevalência da vontade que ficou retida na consciência íntima da pessoa, mas a intenção na medida em que se tornou reconhecível na declaração ou na conduta tomada pela pessoa, ou seja, a interpretação deverá se ater à intenção expressa na declaração de vontade, o comportamento e as circunstâncias que envolveram a manifestação da vontade. Desse modo, a interpretação deve atender ao comportamento recíproco adotado pelas partes, diante da situação do fato concreto, não acolhendo integralmente o sentido literal da linguagem, mas atendendo ao espírito da intenção formada, como já foi dito, na declaração ou na conduta tomada pelas partes.

Nos contratos negociados pelas partes, poderá ser investigada a intenção do contratante através da vontade manifestada, mas, por outro lado, quando estes contratos são de adesão como não há declaração por parte do aderente, apenas a submissão às condições impostas unilateralmente, deve-se realizar necessariamente uma interpretação objetiva, como única forma de se obter a intenção do aderente, atribuindo valores a elementos sociais relativos ao seu favorecimento e o equilíbrio dos poderes contratuais.

¹⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Civil – Teoria Geral. Coimbra: Coimbra, 1999. p. 164.



Os mesmos critérios que explicam a construção da declaração emitida ou comunicada, devem governar, também, a interpretação que não é mais do que a sua reconstituição. Os critérios objetivos de apreciação, que esclarecem, tendo em vista o conjunto de circunstâncias, o significado social da palavra usada – tanto no emprego da linguagem falada, como os usos do comércio e as concepções dominantes na consciência social – comandam, igualmente a interpretação: porque, na normalidade dos casos, concorrem, essencialmente, para determinar também a concreta situação objetiva das partes.¹⁷

É verdade, outrossim, que os critérios objetivos de interpretação não devem desprezar completamente a intenção, pois, a conduta adotada pela pessoa pode ser impugnada por vícios do consentimento. Por isso que, as questões interpretativas sempre se apresentam como necessidades postas para a solução de conflitos de interesses entre o declarante e o destinatário da declaração. Mas, como garantir que a teoria da declaração possa resolver com equidade os conflitos de interesses contratuais, entre o declarante e o destinatário?

Tal indagação encontra resposta com a adoção da teoria da confiança, como a credibilidade que um indivíduo transmite ao outro, quanto à conduta e à satisfação do compromisso contratualmente ajustado.

A teoria da confiança foi desenvolvida no âmbito da declaração da vontade e determina a manutenção das vantagens que caberiam ao confiante, caso a posição do declarante fosse real.¹⁸

Desse modo, revela-se insuficiente apenas a compreensão do que foi dito, escrito ou gesticulado, sendo imperiosa a reconstrução da vontade interna dos contratantes através da análise, além de outros elementos, de seus comportamentos anteriores ao momento do impasse. Nesse sentido, o critério da boa-fé mostra-se indispensável, porquanto fornece ao intérprete um instrumento para aferição das legítimas expectativas dos contratantes, dirigindo a interpretação conforme padrão de honestidade, transparência e lealdade.¹⁹

Apesar dessas diversas teorias serem criticadas por sua unilateralidade, na qual não se exclui a teoria da confiança, uma vez que o conflito é considerado e valo-

17 BETTI, op.cit., p. 256.

18 CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. **Da Boa-Fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 1249.

19 BIERWAGEN, op. cit., p. 84.

rizado segundo o ponto de vista do destinatário, é certo que a hermenêutica determinou como ponto de relevância as declarações conforme as receberam o destinatário, enquadrada nas circunstâncias que a desenvolveram e interpretada de acordo com o critério da boa-fé.

Assim, pode-se concluir, conforme as palavras do Professor Silvio Salvo Venosa, que para cada caso em concreto será necessário investigar a vontade interna do declarante de acordo com os elementos que determinaram a realização do contrato.

O hermeneuta deve, então, com base inicial na declaração, procurar o verdadeiro alcance da vontade e, como quer o Código, dar proeminência à vontade interna. Nessa pesquisa, o intérprete examinará o sentido gramatical das palavras ou frases, os elementos econômicos e sociais que cercaram a elaboração do contrato, bem como o nível intelectual e educacional dos participantes, seu estado de espírito no momento da declaração etc. Enfim, é cada caso concreto que proporciona solução ao julgador.²⁰

3 Atuais diretrizes de interpretação dos contratos

3.1 A interpretação segundo a boa-fé e os usos do lugar da celebração

Como princípio básico do contrato, podemos destacar a figura do equilíbrio contratual, como tradução da idéia de igualdade das partes.

O contrato, de certo modo, deve supor como traço característico do Direito Civil, a igualdade dos contratantes, sendo pois, preocupação do direito assegurar que esta igualdade não seja fraudada.²¹ Contudo, como é comum se verificar na sociedade em geral, o contrato é utilizado como instrumento de força, onde por diversas vezes um dos contratantes é obrigado a realizar o negócio jurídico sob a forma e condição que lhe são oferecidas ou impostas pela outra parte.²²

20 VENOSA, Silvio Salvo. *Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 483

21 ASCENSÃO, op.cit., p. 19.

22 RIPERT, Georges. *A Regra Moral nas Obrigações Civis*. Tradução Osório de Oliveira, Campinas: Bookseller, 2000. p. 111.



Atualmente, com a massificação das relações contratuais²³, onde estão em evidência os contratos de adesão e as cláusulas contratuais gerais²⁴, afasta-se cada dia mais da noção clássica de contrato, em que o acordo de vontade era real e determinado pela autonomia de vontade.

O que se vê nos dias atuais é que o acordo de vontades é aparente, e não se fundamenta no equilíbrio contratual, mas sim em um desnível entre os contratantes, pois, cabe somente a um deles, o poder de impor as cláusulas que irão reger a relação jurídica.

O Código Civil não podendo escapar da socialização do Direito Contratual determinou em seu artigo 113, que: *“os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar da sua celebração.”*

A boa-fé, neste caso, não é a boa-fé subjetiva, aquela que determinaria ao interprete a necessidade de indagar da parte as suas verdadeiras intenções, mas sim a boa-fé objetiva, a qual é determinada pela atuação do homem médio, comum, que agiria de maneira normal e razoável na realização do negócio jurídico.²⁵

A boa-fé leva em conta o conteúdo da declaração, a correção do ato e se ele pode efetivamente ser confiável.

Boa-fé objetiva significa, portanto, uma atuação ‘refletida’, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando os seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessivas, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.²⁶

23 MARQUES, op.cit., p. 84.

24 Neste sentido, para dar maior clareza à exposição, vamos inicialmente acatar a diferenciação feita pela Comissão das Comunidades Europeias entre contratos de adesão e contratos submetidos a condições gerais. Como contratos de adesão entenderemos restritivamente os contratos por escrito, preparados e impressos com anterioridade pelo fornecedor, nos quais só resta preencher os espaços referentes à identificação do comprador e do bem ou dos serviços, objeto do contrato. Já por contratos submetidos a condições gerais dos negócios entenderemos aqueles, escritos ou não escritos, em que o comprador aceita tácita ou expressamente, que cláusulas, pré-elaboradas unilateral e uniformemente pelo fornecedor para um número indeterminado de relações contratuais, venham disciplinar o seu contrato específico.” MARQUES, op.cit., p. 52

25 “O conceito do art. 112 traz uma forma eclética de interpretação. Não é o que faz, por exemplo, o Código Alemão, que no art. 133 manda indagar a vontade real do declarante, embora contra o sentido literal da expressão. É posição extremada e perigosa que não se adapta ao espírito jurídico brasileiro.” VENOSA, op.cit., p. 483.

26 MARQUES, op.cit. p. 107.

Dessa forma, o que vai interessar à interpretação não é propriamente a vontade interna, mas sim a declaração de vontade enquadrada no conjunto das circunstâncias que lhe confere significado e valor.²⁷

A declaração de vontade deve ser interpretada como o destinatário poderia e deveria compreendê-la, segundo o critério da boa-fé, não tendo a vontade das partes como a única fonte de interpretação, pois o intérprete deve verificar a finalidade do contrato, com o respeito aos interesses sociais envolvidos e as suas expectativas legítimas, principalmente quando a autonomia da vontade é limitada à liberdade de aderir ou não ao contrato.

Para que possa ocorrer uma coerente produção dos efeitos do contrato, tornam-se exigíveis às partes, em certas ocasiões, comportamentos que não resultam nem de expressão e cogente disposição legal, nem das cláusulas pactuadas. A boa-fé atua, como cânone hermenêutico, integrativo frente à necessidade de qualificar esses comportamentos não previstos, mas essenciais à própria salvaguarda da *faltispecie* contratual e à plena produção dos efeitos correspondentes ao programa contratual objetivamente posto²⁸.

É relevante assim, para a interpretação, a impressão que uma parte suscitou na outra, tendo por base os pontos de vista sociais correntes, além das circunstâncias do tempo e lugar da formação e celebração do contrato.²⁹ Desse modo, os usos do lugar da celebração do contrato influenciam de forma objetiva na avaliação da boa-fé. Tal princípio, como elemento auxiliar da interpretação vem expressamente disposto no art. 130 do Código Comercial, que já determinava a postura a ser adotada pelo intérprete.³⁰

Diante de dúvidas quanto ao sentido que as partes entenderam dar ao contrato, atuam como elemento de interpretação os usos e costumes do lugar onde o contrato deve ser executado. Daí que, tendo a doutrina objetivista da impressão do destinatário se baseado nos valores de uma pessoa comum, tem relevância o enquadramento social dessa pessoa, uma vez que a interpretação objetiva se fundamentará nos usos e costumes, a fim de determinar qual o seu entendimento quanto à declaração emitida.

27 BETTI, op.cit., p. 238.

28 Segundo UDA, Giovanni Maria. In: *Integrazione del Contratto Solidarietà Sociale e Corrispettività delle Prestazioni*, p. 302, citado por Martins-Costa, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.429.

29 BETTI, op.cit., p. 246.

30 Art. 130 do Código Comercial: "As palavras dos contratos e convenções mercantis devem inteiramente entender-se segundo o costume e o uso recebido do comércio, e pelo mesmo modo e sentido por que os comerciantes se costumam explicar, posto que entendida de outra sorte possam significar coisa diversa."



Assim, os usos e costumes do lugar de sua celebração serão determinantes na impressão que uma parte pode obter, em virtude da declaração da outra, resultado da boa-fé e da confiança, que pode ser alcançado através de uma situação que justifique o comportamento das partes, expresso na presença de elementos objetivos capazes de provocar uma crença plausível na pessoa do contratante.³¹

3.2 A interpretação dos contratos benéficos

A partir do artigo 114 do Código Civil, destaca-se que nos negócios jurídicos benéficos, a interpretação deve ser realizada estritamente.

O referido dispositivo legal encontrava-se disposto no art. 1.090 do Código Civil de 1916, como uma das poucas normas de interpretação dos contratos e agora vem inserido na parte geral, no título dos negócios jurídicos como regra geral de interpretação.

O contrato benéfico é aquele em que se proporciona para uma das partes, um benefício sem a correspondente contraprestação; são em outras palavras, os negócios jurídicos gratuitos, pois, o beneficiado não assume nenhuma contraprestação que corresponda ao valor do objeto do contrato.

Nesses casos, como há uma liberalidade de uma das partes, o contrato deve ter a sua interpretação de forma estrita a fim de não beneficiar a outra parte mais do que o declarante manifestadamente intencionou. Sendo assim, sofrendo somente uma das partes o ônus contratual, face à gratuidade do contrato, não pode a mesma ser sacrificada além do que declarou expressamente, haja vista que havendo um sacrifício unilateral, este deve ser o menor.³²

3.3 A interpretação das cláusulas ambíguas e contraditórias

Na concepção clássica de contrato, a relação contratual é desenvolvida por duas partes em posição de igualdade perante o direito e a sociedade, os quais discutem livremente as cláusulas contratuais, firmando o acordo de vontades.

31 CORDEIRO, op.cit., p. 1248.

32 ASCENSÃO, op.cit., p. 169.

Seria o que hoje é denominado de *“contrato paritário, discutidos individualmente e com o tempo para as tratativas preliminares”*.³³ Contudo, nem sempre é possível transcrever para o contrato todas as intenções que determinaram a realização daquele negócio jurídico, ou porque as partes não chegaram a cogitar certas possibilidades, ou porque pelo comportamento das mesmas, elas acharam desnecessária a regulamentação de certas intenções.

Apesar das partes terem consciência de todos os detalhes que envolveram o contrato, o fato de não precisarem suas idéias no regulamento, causará uma discrepância entre o contrato e a idéia que se procura expressar. Assim, o instrumento do contrato pode apresentar lacunas na regulamentação dos interesses das partes, e por vezes, pode apresentar até mesmo, expressões ambíguas e contraditórias.

Indagar das partes quais seriam suas reais intenções em relação ao contrato, para a solução do conflito gerado por cláusulas ambíguas e contraditórias, adotando uma interpretação subjetiva, não é a melhor forma de solução, vez que naturalmente as respostas das partes serão discrepantes, haja vista que seus interesses são divergentes devido à própria estrutura social do contrato. Desse modo, em um caso prático, havendo omissão quanto à taxa de juros a ser aplicada, ou ao índice de correção a ser adotado em um contrato, as partes certamente terão respostas divergentes a fim de protegerem os seus interesses diante da maior ou menor onerosidade das prestações.

A interpretação deverá ter como foco o comportamento das partes para a realização do contrato e todas as circunstâncias que envolveram a formação do negócio jurídico, dirimindo a controvérsia de forma objetiva.

A esse respeito, não tendo o regulamento contratual previsto de forma clara o seu conteúdo, trazendo formulações contraditórias e ambíguas, o intérprete será capaz de dirimir as controvérsias, enquadrando o negócio na totalidade do ambiente social, apreciando o comportamento das partes e suas manifestações de vontade.

Neste sentido, o intérprete deverá ainda, utilizar-se do conteúdo complexo do contrato para auxiliá-lo na interpretação, adotando a velha fórmula de Pothier: *“quando uma cláusula é susceptível de dois entendimentos, deve ter-se em*

33 MARQUES, op.cit., p. 49.



conta aquele em que ela possa ter algum efeito, em vez daquele em que ela não possa ter nenhum."³⁴

Outrossim, diante da nova realidade sócio-econômica e com o desenvolvimento do comércio, os métodos de contratação estão cada vez mais impessoais e restritos a modelos previamente determinados por uma das partes.

Encontram-se também, métodos de contratação em massa que criaram os contratos de adesão e as cláusulas gerais contratuais com um padrão homogêneo de conteúdo, voltados para uma série indefinida de contratantes, impostos de forma uniforme e de maneira unilateral por uma das partes.

Verifica-se assim, que a vontade não é mais o principal elemento formador do contrato, pelo contrário, cada dia mais, a vontade está restrita à liberdade de se abster de contratar. Neste sentido, o art. 421 do Código Civil determinou que: *"a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato"*.

Surge então a concepção social do contrato procurando estabelecer um equilíbrio contratual, impondo limites à autonomia da vontade que perderá o seu papel de destaque, dando lugar à proteção dos interesses sociais, a fim de restabelecer o princípio da igualdade contratual. Assim, diante da fixação de cláusulas contratuais apenas por uma das partes, os valores de igualdade e justiça dependem da interpretação destas cláusulas, afastando a idéia da soberania da vontade, a fim de proteger as legítimas expectativas do aderente no contrato de adesão, o qual teve a sua vontade limitada à manifestação de adesão ou não ao contrato, ficando afastado da discussão dos termos que compõem as cláusulas contratuais.

O Código Civil com a intenção de manter o equilíbrio contratual entre as partes dispôs em seu artigo 423 que: *"quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente"*.

O referido dispositivo legal apesar de demonstrar um avanço social na interpretação do contrato, peca tão somente por manter ainda a discussão quanto à existência no contrato de cláusulas claras ou ambíguas, quando o Código de Defesa do Consumidor já superou este problema em seu art. 47, determinando que

³⁴ POTHIER, citado por BETTI, op.cit., p. 295.

as interpretações das cláusulas contratuais serão sempre pró-consumidor, sem diferenciar entre cláusulas claras ou ambíguas.

Neste sentido, a interpretação mais favorável ao aderente, determinada pelo art. 423 do Código Civil, somente ocorrerá quando o contrato de adesão contiver cláusulas ambíguas ou contraditórias. O que se pretende no Código civil, em face da unilateralidade da redação do contrato por uma das partes, é que as suas cláusulas sejam claras e não possibilitem dúvidas ou armadilhas na formação do vínculo obrigacional, causando conseqüentemente o desequilíbrio contratual.

As cláusulas que possibilitem mais de um sentido ou que sejam contraditórias devem ter a interpretação que seja mais favorável ao aderente, por isso que é importante que a redação do contrato seja clara, a fim de possibilitar ao aderente a perfeita compreensão dos seus termos. O interprete deve levar em consideração a dificuldade de compreensão que o instrumento do contrato pode demonstrar, onde a utilização de termos ambíguos e incertos deverá ser considerada em função do destinatário dos dispositivos, levando em conta a pessoa comum, sem a formação técnica específica.³⁵

A interpretação mais favorável ao aderente será, pois, o instrumento fornecido pelo direito para possibilitar um maior equilíbrio contratual, àquele que aderiu ao contrato confiando no comportamento do estipulante.

4 A interpretação nos contratos de consumo

A autonomia de vontade assegurava, na clássica teoria contratual, a liberdade e igualdade das partes.

A definição maior de liberdade das relações contratuais, como instrumento do direito privado, demonstrava-se de forma mais evidente pela autodeterminação das partes, onde as mesmas tinham a liberdade para se obrigarem, estipulando cláusulas e condições conforme o seu interesse.

Contudo, com a evolução da economia financeira, alguns novos contratos foram desenvolvidos, tendo especial relevo o contrato de adesão, que já apresenta-

³⁵ MARQUES, op.cit., p. 340.



va em seu texto uma limitação da liberdade de contratar, vez que apenas a uma das partes, era dado o direito de dispor sobre os termos do contrato, cabendo à outra tão somente a liberdade de aderir ou não àquelas regras.

A liberdade de contratar deixou de ser a antiga discussão dos termos do contrato, para se restringir à adesão ou não a um determinado contrato. Dessa forma, a renovação da teoria contratual limitou a liberdade de contratar, impondo novas obrigações, não advindas da vontade interna ou declarada das partes, mas que obrigavam as partes em virtude da lei. Assim, além das regras contidas no contrato, outras são impostas pela lei a fim de proteger a liberdade da parte mais fraca, que vinha sendo preterida na sua manifestação de vontade. Reflexo deste novo comportamento da teoria contratual permitiu ao Estado controlar as relações contratuais, proibindo determinadas cláusulas abusivas e conseguindo um maior equilíbrio entre as partes.³⁶

A nova teoria contratual, por sua vez, restringiu a força obrigatória dos contratos, dispondo que a autonomia de vontade é relativa, vez que o seu campo está limitado pela lei.

A força obrigatória dos contratos teria a sua definição, no fato de que as partes, por livre disposição de vontade, terem criado um vínculo contratual, onde assumiram direitos e obrigações que devem ser respeitadas e cumpridas.

As partes têm autonomia para aderirem a um determinado contrato, contudo, perderam a plena liberdade de pactuarem as regras contratuais, que estão sujeitas à vontade exclusiva dos fornecedores. Daí, o Código de Defesa do Consumidor permite a intervenção do Estado nas relações contratuais, modificando ou revisando suas cláusulas, derogando o antigo dogma de que os contratos são imutáveis.³⁷

36 Art. 4º. III, do Código de Defesa do Consumidor – A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objeto o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transferência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: III – Harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica, sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

37 Art. 6º. Código de Proteção e Defesa do Consumidor. – São direitos do consumidor: V – a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.

Dessa forma, a vontade das partes deixa de ser a única fonte de interpretação que tem o juiz para análise do contrato. Valorizam-se os interesses sociais na busca das legítimas expectativas dos consumidores.

As leis, aqui chamadas leis intervencionistas, autorizarão o Poder Judiciário a um controle mais efetivo da justiça contratual e ao exercício de uma interpretação mais teleológica, onde os valores da lei tomam o primeiro plano e delimitam o espaço para o poder da vontade. O juiz, ao interpretar o contrato não será um simples servidor da vontade das partes será, ao contrário, um servidor do interesse geral. Ele terá em vista tanto o mandamento da lei e a vontade manifestada, quanto os efeitos sociais do contrato e os interesses das partes protegidos pelo direito em sua nova concepção social.³⁸

O Código de Defesa do Consumidor adotou a teoria da confiança, instituindo-a sob dois aspectos, segundo a doutrina de Cláudia Lima Marques.

O primeiro aspecto da confiança está disposto em normas cogentes que procuram assegurar o equilíbrio do contrato de consumo, através da proibição de cláusulas abusivas e com uma interpretação sempre pró-consumidor.

O segundo aspecto, baseado na proteção da confiança na prestação contratual, procura garantir ao consumidor a adequação do produto ou serviço adquirido, assim como evitar riscos e prejuízos oriundos desses produtos e serviços.

A proteção ao consumidor, adequada à nova concepção social de contrato, deixa de ser exclusivamente no ato da criação do contrato, partindo para a proteção durante a sua execução e indo além, até o exaurimento do contrato, protegendo os seus efeitos.

A teoria da confiança pretende assim, proteger as legítimas expectativas que nasceram no contratante, que confiou na postura e no vínculo criado através da declaração da outra parte. Como projeção do princípio da boa-fé e da confiança, deriva-se a adoção do equilíbrio contratual, com a preocupação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor pela defesa econômica do mais fraco.³⁹O equi-

38 MARQUES, op.cit., p. 396

39 "Esta preocupação econômica, com a parte mais frágil e 'necessitada' na sociedade de consumo, seria comum novo paradigma do CDC, ao lado do aqui já estudado princípio da boa-fé. Data vênua ao grande Mestre brasileiro (Caio Mário da Silva Pereira), continuo a considerar que o fenômeno de proteção dos interesses econômicos do consumidor seja através do controle de cláusulas abusivas, seja através desta procura de um novo equilíbrio contratual, é, em verdade, uma projeção do princípio da confiança e da boa-fé positivados no CDC e não, especificamente, da noção de lesão. Concentrar-se no desequilíbrio apenas econômico do contrato de consumo seria uma visão limitada na noção de equidade contratual (Vertragsgerechtigkeit) imposta pelo CDC e pelo princípio da boa-fé objetiva. A noção há de ser mais ampla, pois o que se quer



líbrio contratual é assim, a valorização pelo direito do nexos entre as prestações pactuadas no contrato, com base nos legítimos interesses das partes. As prestações assumidas por uma das partes devem ter conexão com as contraprestações assumidas pela outra parte, vez que as mesmas devem assumir nos contratos, obrigações proporcionais valorizando-se o equilíbrio. O desequilíbrio passa a ser indício de abuso, podendo justificar um enriquecimento indevido de uma das partes em prejuízo da outra, que sofre uma onerosidade excessiva. Com o fim de preservar o equilíbrio contratual, o Código de Defesa do Consumidor, dispõe em seu artigo 51, IV e § 1º, a proteção contratual contra os abusos que causem o desequilíbrio e a desvantagem do consumidor.⁴⁰

Por outro lado, o desequilíbrio contratual das partes não deve necessariamente se manifestar no ato da criação do contrato, a quebra do equilíbrio geralmente se manifesta na execução do contrato, principalmente nos contratos de prestações, onde a base contratual é ferida, ferindo o elemento confiança, o que é suficiente para autorizar a revisão de seu conteúdo, na tentativa de manter o vínculo contratual alinhando as legítimas expectativas das partes.

Verifica-se assim, em termos gerais, que os Contratos no Código de Defesa do Consumidor estão voltados para sua função social, em defesa da manutenção das relações privadas, protegendo os mais fracos, como forma de equilibrar as relações de consumo.

Para alcançar a justiça contratual, o Código do Consumidor impõe o princípio da igualdade, estabelecendo o equilíbrio dos direitos e obrigações surgidas com o contrato. Nesses casos, a autonomia de vontade não prevalecerá, mesmo que o consumidor tenha tido consciência da cláusula que traz vantagem excessiva para o fornecedor, vez que o desequilíbrio contratual fere princípio de ordem pública de proteção ao consumidor.

O primeiro instrumento para assegurar o equilíbrio contratual e a igualdade entre consumidor e fornecedor é a interpretação judicial do contrato em favor do consumidor.

é o reequilíbrio total da relação, inclusive de seu nível de tratamento leal e digno, única forma de manter e proteger as expectativas legítimas das partes, que são a base funcional que origina a troca econômica." MARQUES, op.cit., p. 134.

40 Art. 51º. Código de Proteção e Defesa do Consumidor – 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. § 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que: II – restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual.

Disciplina o art. 47 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor: *“As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favoráveis ao consumidor”*.

Apesar do Código Civil dispor que, a interpretação deve ser mais favorável ao aderente, o art. 47 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor representa uma evolução em relação ao art. 112 do Código Civil, pois, faz opção em proteger a todos os consumidores, onde *“o direito opta por proteger o consumidor como parte contratual mais débil, a proteger suas expectativas legítimas, nascidas da confiança no vínculo contratual e na proteção do direito”*⁴¹. Assim, no sentido de encontrar a real vontade do consumidor é que se interpreta em seu favor tais cláusulas contratuais.⁴²

Dessa forma, a disposição do Código de Defesa do Consumidor é mais benéfica aos consumidores, vez que impõe o direito à proteção do consumidor como parte mais fraca da relação jurídica, independente da existência de cláusulas ambíguas e contraditórias, procurando o sentido e o alcance de sua vontade expressa no contrato.

Em outras palavras, o conteúdo do contrato a interpretar não é somente aquele ‘posto’ em cláusulas pré-fixadas unilateralmente pelo fornecedor, mas também todo o contexto anterior que constitui a oferta, isto é, a publicidade veiculada, os prospectos distribuídos, as informações prestadas ao consumidor, as práticas comerciais exercidas, tais como a venda casada, a oferta de prêmios ou brindes especiais para incitar a manifestação de vontade positiva do consumidor etc.⁴³

41 MARQUES, op.cit., p. 393.

42 “Quanto as informações prestadas, por disposição legal imperativa (arts. 30 e 48 do CDC), estas manifestações anteriores a conclusão do contrato escrito tornam-se fontes contratuais, fontes contratuais heterônomas. Em caso de conflito entre alguma cláusula contratual e a publicidade veiculada ou alguma outra informação prestada (e provada), a interpretação do conteúdo contratual efetivo deve ser sempre a mais favorável ao consumidor e levar em conta a imperatividade e indisponibilidade das normas do CDC, cuja ratio é assegurar uma melhor posição contratual ao consumidor que não redige (ou influencia) o contrato escrito.” Marques, idem.

43 Idem.



5 A interpretação integrativa

Através da interpretação, determina-se o sentido com que a norma contratual irá valer, contudo, muitas vezes as partes se descuidam no momento de estipularem as regras contratuais, deixando de regulamentar suas cláusulas de forma adequada, e até mesmo por uma impossibilidade natural, não poderão prever todas as circunstâncias que possam interessar à completa regulamentação das relações contratuais.⁴⁴ Assim como nas leis, as partes em suas negociações podem deixar lacunas, omitindo-se sobre questões importantes, que futuramente podem resultar em litígios.

A interpretação integrativa tem assim, por objeto incidir sobre pontos do regulamento de interesses que, embora não tenham sido abrangidos pela fórmula, que se tornou inadequada, estão, todavia, compreendidos na idéia que ela exprime e, portanto, estão também sempre enquadrados no conteúdo do negócio⁴⁵.

O critério adotado para a interpretação é fixado a partir da vontade “*presumida ou tendencial*” das partes e não o critério da vontade real, uma vez que, presume-se a impossibilidade de se obter a vontade interior das partes diante de interesses contrapostos.⁴⁶ A vontade tendencial seria obviamente aquilo que é razoável presumir das partes, supondo o que elas teriam aceitado caso não houvesse omissão, onde o intérprete deverá se socorrer de elementos exteriores na busca desta vontade.

Por sua vez, é essencial destacar que a interpretação integrativa não pode substituir as partes em relação aos elementos essenciais do contrato, relativo ao seu objeto ou a sua substância, devendo se limitar aos requisitos acessórios que não interfiram no valor econômico do contrato. Sendo assim, não haverá dificuldades em suprir as lacunas deixadas pelos contratantes, no momento em que o negócio jurídico pactuado for típico e tiver disposições supletivas inseridas na própria lei, valendo, de acordo com cada caso, as disposições relativas aos tipos contratuais.

Nesse mesmo sentido, sendo o contrato atípico, poderá ser suprida a lacuna com a aplicação da analogia, tomando-se por base os modelos típicos que se as-

44 ANDRADE, op.cit., p. 321.

45 BETTI, op.cit., p. 277

46 ASCENSÃO, op.cit., p. 172.

semelham e se relacionam ao caso em concreto, para justificar uma interpretação extensiva analógica.⁴⁷

Concluimos que deverá prevalecer a vontade presumida das partes, ou seja, a vontade que elas teriam tido se tivessem previsto o caso omissis, valendo-se o intérprete de elementos objetivos, segundo a boa-fé, os usos e costumes e as circunstâncias que envolveram o caso para dirimir a controvérsia.

É evidente que o intérprete poderá ainda se assessorar dos dispositivos legais típicos.

O legislador, ao editar as normas supletivas, não raro aproveita o silêncio das partes para fazer prevalecer o seu critério de justiça contratual ou até para dar satisfação às exigências sociais doutra ordem⁴⁸.

A interpretação integrativa não deixa de ser a reconstituição da idéia do contrato deduzida dos requisitos objetivos, no seu todo e na sua concludência, em conexão com o ambiente social.⁴⁹

Por sua vez, no Direito inglês é possível encontrar a figura dos “implied terms”, o qual surgiu de uma prática antiga dos Tribunais ingleses que consistia em inserir nos contratos estipulações que apesar de não estarem no seu próprio texto eram tidas como implícitas.

Os “implied terms” podem descrever-se como tudo aquilo que num contrato é deixado implícito e não precisa ser expresso porque é tão óbvio que ‘fala por si’ (so obvious that it goes without saying), de tal modo que, se fosse sugerido por alguém que assistisse à negociação, as partes teriam comentado ‘está claro’ (Oh, of course).⁵⁰

Por sua vez, a doutrina dos “emplied terms” determina que a estipulação seja a mesma para ambas as partes, e que finalmente seja necessária para dar eficácia prática ao negócio jurídico, não sendo possível uma intervenção no contrato para estipular algo que seja mais razoável para o Tribunal e não para as partes.⁵¹

47 ANDRADE, op.cit., p. 233.

48 Idem, p.325

49 BETTI, op.cit., p. 279.

50 VASCONCELOS, Pedro Pais, Contratos Atípicos, Coimbra: Almedina, 1995. p. 389.

51 VASCONCELOS, op.cit., p. 389.



Os “*implied terms*” se aproximam da doutrina tipológica, onde os contratos correspondem a certas classes bem conhecidas, onde muitas dessas regras omis-sas nos contratos não necessitam ser estipuladas.⁵²

6 Conclusão

O acordo de vontades, como elemento de validade do contrato, é constituído pela comum intenção que se demonstra pelo modo de entender das declarações ou pelo comportamento recíproco das partes, originando o consenso sobre o seu significado e os preceitos contratuais.

Assim, é a harmonia das declarações exteriorizadas ou a harmonia dos comportamentos recíprocos, que demonstram o acordo de vontades acerca do contrato, como regulamento dos interesses convencionados, fazendo com que na consciência das partes, este regulamento seja único e idêntico.⁵³

A comum intenção dos contratantes é a concorde determinação causal, a concordante intenção prática das partes: concorde também na divergência e no contraste dos respectivos motivos e interesses singulares, dado que a divergência e a oposição dos motivos individuais devem, sem dúvida, subordinar-se ao acordo e comportar a formação de uma intenção comum, dirigida a uma certa causa do contrato: intenção comum sem a qual o contrato não se celebraria.⁵⁴

Tal consenso, como intenção comum é valorizado na interpretação pelo princípio da boa-fé, superando uma interpretação puramente literal das palavras empregadas.

Não se pode conceber uma interpretação puramente gramatical, que implicaria em isolar a manifestação de vontade das circunstâncias sociais que a envolveram, elevando o sentido literal a um patamar acima do sentimento das partes.

É importante saber que os fatos que envolveram a declaração de vontade, e que se enquadram no comportamento e no conjunto de circunstâncias que determinaram a intenção dos contratantes deverão ser utilizados como meios de interpretação.

52 *Idem.*

53 BETTI, *op.cit.*, p. 283.

54 *Idem*, p. 284.

Assim, em conexão com o princípio da boa-fé, a interpretação deve se utilizar como critério não só o que as partes determinaram por escrito, mas também as negociações que levaram à celebração do contrato, as tratativas preliminares e o comportamento mantido pelas mesmas, antes, durante e depois de celebrado o negócio jurídico.

Se, por um lado, no interesse do declarante, a boa-fé exige que as palavras não sejam tomadas à letra, mas entendidas de acordo com o espírito e a intenção, por outro lado, no interesse do destinatário, ela exige que às palavras seja atribuído o significado normal, que lhes é reconhecido pela consciência social e pelos usos do comércio⁵⁵.

A necessidade e imprescindibilidade de se atender ao complexo de circunstâncias, em que o contrato foi concluído, não sendo bastante a exegese puramente formal de suas palavras, às quais têm significação real se e quando apreciadas em sua concretude.

A etiologia, em suma, de um contrato conduz-no à interpretação que transcende a literalidade de suas cláusulas, para situá-las em função do que os contratantes tinham efetivamente em vista realizar, ao optarem por esta ou aquela outra modalidade de contrato, pois, a natureza dos atos jurídicos não tem evidentemente mero alcance acadêmico, envolvendo conseqüências relevantes de ordem prática, inclusive para determinar quais preceitos legais são compatíveis com a espécie sub *judice*⁵⁶.

É o que determina o Código Civil, ao dispor que nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que o sentido literal da linguagem, devendo a interpretação dos negócios jurídicos atender ao requisito da boa-fé e os usos do lugar da sua celebração.

55 BETTI, *op.cit.*, p. 285.

56 REALE, Miguel. **Questões de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 4.



Abstract

The article analyzes the guidelines of interpretation of contracts, from the content of the General Theory of Civil Law, initially showing the difference between the will and his statement. In support of interpretation analyzes the principle of good faith and the ways and customs of the celebration place, presenting inter-

pretive principles for the beneficial contracts, ambiguous and contradictory provisions, the interpretation of consumer contracts and integrative interpretation.

Key words: Interpretation of contracts. Contracts.

Referências

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria Geral da Relação Jurídica**. Coimbra: Almedina, 1974.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil – Teoria Geral**. Coimbra: Coimbra, 1999.

BETTI, Emilio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Trad. Fernando de Miranda, Coimbra: Coimbra, 1969.

BIERWARGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e regras de interpretação dos contratos no Novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. **Da Boa-Fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004. v. III.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil – Contratos**. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. III.

REALE, Miguel. **Questões de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 1997.

RIBEIRO, Joaquim de Souza. **O Problema do Contrato**. Coimbra: Almedina, 1999.



RIPERT, Georges. **A Regra Moral nas Obrigações Cíveis**. Tradução Osório de Oliveira. Campinas: Bookseller, 2000.

VASCONCELOS, Pedro Pais. **Contratos Atípicos**. Coimbra: Almedina, 1995.

VENOSA, Silvio Salvo. **Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

Referência do texto

BELTRÃO, Silvio Romero. Elementos para a interpretação dos contratos. **Revista da ESMape**, Recife, v. 19, n. 39, p. 189-212, jan./jun. 2014.

* Artigo recebido em: 25 set. 2014. Aprovado em: 10 out. 2014.



Normas para publicação

**Standards
for
publication**

Normas para publicação de trabalhos

A Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Pernambuco recebe trabalhos para serem analisados e, eventualmente, publicados na *Revista da ESMAPE*, que obedecem 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, espaçamento 1½ entre linhas, vir acompanhados de cd-rom e duas cópias impressas. Não devem ser encadernados.

1.3 Conter no máximo 10 (dez) 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, título, 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.º”. 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 do Tribunal de Justiça de Pernambuco
Revista da ESMape – Conselho Editorial – Biblioteca
Rua Imperador Pedro II, nº 221 – Santo Antônio – Recife – PE
CEP 50.010-240
biblioteca@esmape.com.br

Esta revista foi composta com a fonte Garamond, corpo 12/15 e Myriad Pro.
O papel utilizado para o miolo foi o off-set 75 g/m² e para a capa supremo 250 g/m².
Impressa no parque gráfico da CCS Gráfica e Editora.
Dezembro, 2014.