

ADVOCATUS

Publicação da Escola Superior de Advocacia Professor Ruy Antunes da OAB/PE

PERNAMBUCO

Ano 4 Março 2011 Número 6

**Luiz Alberto Gurgel de Faria
faz um balanço de sua gestão
à frente da presidência do
TRF-5ª Região**

ARTIGOS:

**O processo como meio de efetivação
dos direitos fundamentais.**

Cláusulas gerais processuais.

**Reclamação constitucional
e descumprimento de súmulas vinculantes.**

AGORA OS ADVOGADOS DE PERNAMBUCO VÃO SORRIR MAIS DO QUE ANTES



Muito simples. Você acaba de receber, encartado nesta revista, uma proposta irrecusável: a de contar com o plano odontológico que a Caixa de Assistência dos Advogados de Pernambuco e a Extramed Administradora de Benefícios selecionaram para garantir o seu sorriso e o de sua família, com a qualidade, serviços e preço que você não vai contar em outro lugar.

Avalie outra vez: é um plano odontológico com a assinatura da Odontoprev, a maior operadora de assistência odontológica do Brasil.

**PLANOS
ODONTOLÓGICOS
A PARTIR DE**

R\$
20,45
Valor mensal por pessoa.

Confira as opções de coberturas e valores no encarte desta revista.

Compare os benefícios e escolha o melhor:
Contrate on line: www.extramed.com.br/caape

Informações e vendas:

(81) 2101 – 0110 | sac@bertier.com.br

Recife: (81) 2101 0133 | Caruaru: (81) 3727 6752

Serra Talhada: (87) 3831 2193 | Petrolina: (87) 3861 5069

E
EXTRAMED

CAA
PERNAMBUCO

OdontoPrev
Quem confia sorri.

Bertier
Corretores de Seguros

ANS - nº 41420-4

ANS - nº 30194-9



Henrique Neves Mariano
Presidente da OAB/PE



Ronnie Preuss Duarte
Diretor-Geral da ESA/PE

Prezado(a) colega,

A Revista Advocatus chega a sua 6ª Edição, contabilizando um total que beira os 100 mil exemplares distribuídos gratuitamente aos advogados pernambucanos. A credibilidade do periódico tem despertado um crescente interesse por parte de autores e anunciantes, contribuindo para a consolidação da publicação que já é reconhecida nacionalmente.

Hoje é possível afirmar com plena certeza: trata-se de um pioneiro e exitoso projeto editorial de origem eminentemente pernambucana, integralmente idealizado e executado pela ESA/OAB-PE e que, para nosso orgulho, mereceu a atenção de todos os presentes ao Encontro Nacional de Dirigentes de ESA's, promovido em Brasília pela Escola Nacional de Advocacia do Conselho Federal da OAB no dia 22 de março do ano em curso.

Nesta edição, a Revista Advocatus passa por mais um aprimoramento no projeto gráfico, passando a ser editado em papel de maior qualidade, que até agora vinha sendo usado apenas nas entrevistas. É mais uma prova do incansável esforço de todos os que fazem parte da ESA/OAB-PE para oferecer sempre o melhor aos advogados pernambucanos.

A 6ª Edição da Revista Advocatus traz como destaque uma entrevista com o Des. Luis Alberto Gurgel de Faria, presidente do Tribunal Regional Federal da 5ª Região cujo término do mandato coincide com o mês de edição deste periódico.

Na corajosa entrevista, que tem como tema central o processo eletrônico, o entrevistado não se furta de dar a sua opinião sobre temas polêmicos como a prática de lobbying no judiciário, a atuação de parentes de magistrados em tribunais, o relacionamento entre magistrados e advogados dentre outros pontos de grande interesse para todos aqueles que atuam junto ao Poder Judiciário.

Nas demais seções, a Revista Advocatus traz artigos doutrinários criteriosamente selecionados pelo Conselho Editorial, envolvendo temas polêmicos da atualidade, bem como material de produção profissional de advogados (instrumento de contrato e peça processual) e precedentes jurisprudenciais que seguramente despertarão o interesse do público leitor.

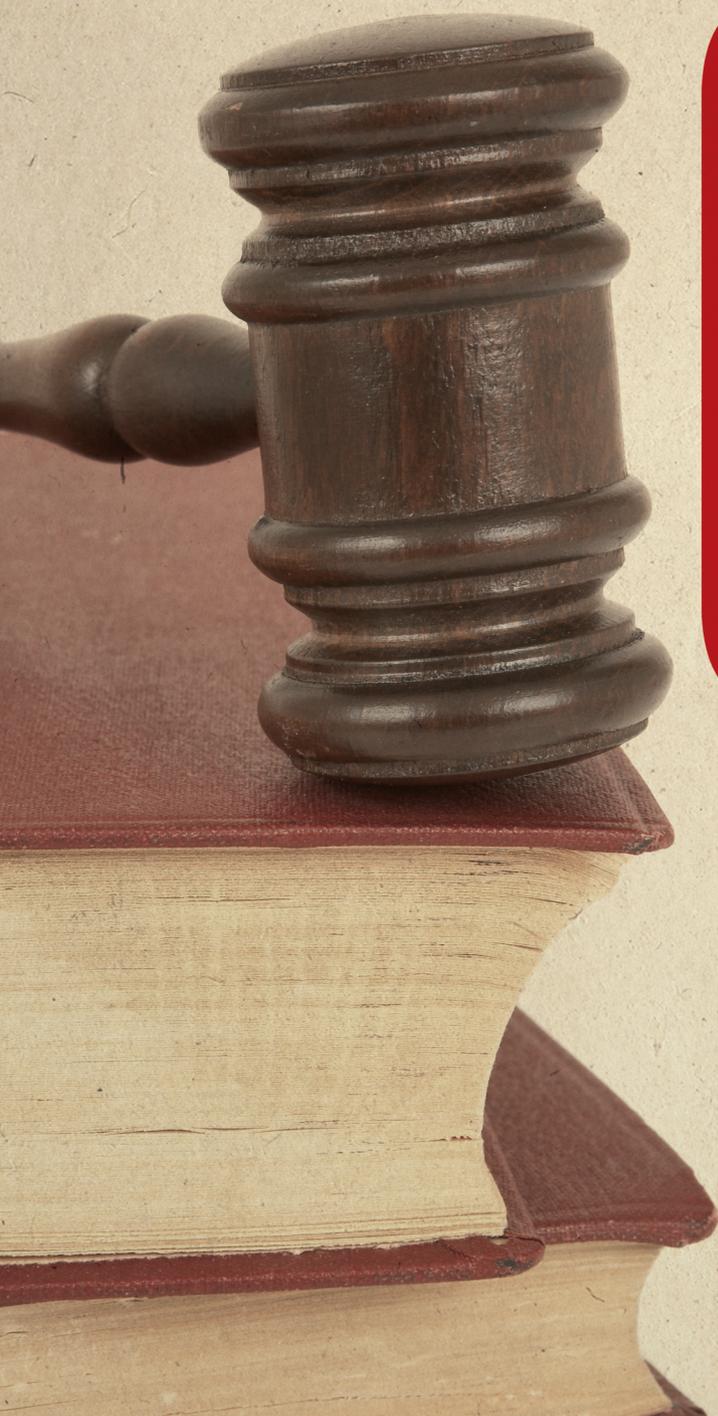
Ofertando uma oportunidade para os membros da diretoria-geral da OAB divulgarem suas ações, a Revista Advocatus traz ainda a "Palavra do Secretário-Geral", com o resumo das ações do órgão no transcurso da atual gestão.

Aproveitem a leitura!

Henrique Neves Mariano
Presidente da OAB/PE

Ronnie Preuss Duarte
Diretor-Geral da ESA/PE

VOCÊ CONHECE AS LEIS, OS ARTIGOS E OS INCISOS, MAS VAI PRECISAR DE UM BOM ARGUMENTO PARA PERDER ESSES ENCONTROS.



**X Congresso Brasileiro de Direito
Processual – Civil, Penal, Administrativo
e Trabalhista - Recife**

*Temas: Acesso, eficácia e efetividade da Justiça
no contexto das reformas processuais
A defesa dos interesses públicos, sociais
e individuais indisponíveis*

Local: Centro de Convenções de Pernambuco

Horários: dia 12/5: das 18h às 21h

dias 13/5 e 14/5: das 8h30 às 18h

REALIZAÇÃO



PROMOÇÃO



Para mais informações, acesse:
www.bjfeirasecongressos.com.br

EXPEDIENTE

Diretoria da OAB/PE**Presidente**

Henrique Neves Mariano

Vice-Presidente

Catarina Almeida de Oliveira

Secretário-Geral

Pelópidas Soares Neto

Secretário-Geral Adjunto

Leonardo Santana da Silva Coelho

Tesoureiro

Hebron Costa Cruz de Oliveira

*

Diretoria da ESA-PE**Diretor-Geral**

Ronnie Preuss Duarte

Diretor-Tesoureiro

Gustavo Ramiro Costa Neto

Diretor-Secretário

José Pandolfi Neto

Diretor Cultural

Venceslau Tavares Costa Filho

Diretor de Comunicação

William Ferreira de Melo

*

Conselho Editorial**Presidente**

Ronnie Preuss Duarte

Membros

Gustavo Ramiro Costa Neto

José Pandolfi Neto

Venceslau Tavares Costa Filho

William Ferreira de Melo

Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão

André Regis de Carvalho

Leonardo Carneiro da Cunha

*

Projeto gráfico e realização

Mais Comunicação

Coordenação do projeto:

Fábio Ferreira Gueiros

Jornalismo

Executiva Press

Fotografia

Ricardo Almoêdo, Léo Caldas (Ag. Titular)

Diagramação

Luís Damário

Tiragem: 16.000 exemplares**Impressão:** Gráfica Santa Marta**ISSN:** 2177-3416

*

A revista *Advocatus Pernambuco* é uma publicação da Escola Superior de Advocacia Professor Ruy Antunes da OAB/PE.

A revista *Advocatus Pernambuco* não se responsabiliza pelos conceitos emitidos em artigos assinados. A reprodução, no todo ou parcialmente, de suas matérias só é permitida desde que citada a fonte.

**ESA/OAB/PE**

Rua do Imperador Dom Pedro II, 307
Edf. Armando Monteiro Filho, 1º Andar
Santo Antônio - Recife-PE - CEP: 50010-240
e-mail: esape@smartsat.com.br
Fone: (81) 3224-7282
Fax: (81) 3224-2604

APRESENTAÇÃO	03
EDITORIAL	07
Mural eletrônico Ronnie Preuss Duarte	
ENTREVISTA	10
Luis Alberto Gurgel de Faria	
ARTIGOS	16
O processo como meio de efetivação dos Direitos Fundamentais Elpídio Donizetti	
Cláusulas gerais processuais Fredie Didie Jr.	22
Reclamação constitucional e descumprimento de súmulas vinculantes Glauco Salomão Leite	28
Deveres gerais de conduta nas obrigações civis: breves notas sobre o princípio da boa-fé objetiva e sua influência nas relações contratuais Marcos Ehrhardt Júnior	35
O direito sucessório do filho concebido por inseminação artificial homóloga <i>post mortem</i> : avanço da ciência médica e estagnação do poder legislativo brasileiro Janaína Farias	40
A polissemia da expressão "entidades paraestatais": tentativa de delimitação José Henrique Bezerra Fonseca	48
O papel das organizações internacionais na negociação coletiva: os novos paradigmas da sociedade pós industrial à luz do princípio da boa-fé objetiva Rogéria Gladys Romeu Sales	58
Ensaio introdutório sobre a Teoria da Responsabilidade Civil Familiar Roberto Paulino de Albuquerque Júnior	64
Cumprimento defeituoso: conceito, pressupostos e comparativo com a violação positiva do contrato Lavinia Cavalcanti Lima Cunha	75
A nova redação do artigo 830 da CLT e seu reflexo na regularização processual da parte Flavio Pires	83
A concretização da boa-fé no direito das obrigações Francisco Arthur de Siqueira Muniz	85
O processo de ensino, de aprendizagem e de pesquisa a serviço da produção acadêmica e do desenvolvimento científico do direito. O legado do professor Everaldo Gaspar Lopes de Andrade. Inácio Feitosa	92
JURISPRUDÊNCIA	96
Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais em Pernambuco Ementa: Administrativo. Advogado da união. Vantagem do art. 8º da lei 10.909/2004 (Vpni). Caráter geral e inerência ao exercício do cargo. Extensão aos demais integrantes da categoria até a data da implantação do regime remuneratório de subsídio em parcela única (29/06/2006). Recurso da União improvido. Juiz relator: Frederico Augusto Leopoldino Koehler	
TRT-PE - 1ª Turma Ementa: Direito do trabalho. Processo trabalhista. Assédio moral. Violência psicológica não caracterizada. Incabimento de indenização. Juiz relator: Ibrahim Alves Filho	98
MODELOS E PARECERES	99
Contrato de constituição de sociedade de advogados em conta de participação	
Mandado de segurança eleitoral. Dupla Vacância dos cargos de Prefeito e Vice-prefeito. Necessidade de eleição indireta pela câmara municipal.	102

PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO MARÍTIMO E PORTUÁRIO

SUAPE ESTÁ ATRAINDO
GRANDES EMPRESAS.
SEU CURRÍCULO
TAMBÉM PODE FAZER
A MESMA COISA.



ÚNICA NO NORTE/NORDESTE

A localização privilegiada e a moderna infraestrutura fazem do Complexo de Suape um ponto estratégico para as maiores empresas do Brasil e do mundo se instalarem, gerando milhares de empregos no Estado. Aproveite essa oportunidade de se aperfeiçoar e seja o profissional que essas companhias procuram. Na pós-graduação da Business School Maurício de Nassau, você estuda em uma estrutura completa, com 15 mil m², estacionamento interno com segurança, wi-fi em todo o campus e muito mais. Novos investimentos estão chegando em Pernambuco. Esteja preparado para todos eles.

Coordenadores Científicos:

Prof. Dr. Osvaldo Agripino de Castro Júnior (Florianópolis/SC) - Doutor em Regulação de Transportes e Portos pela Kennedy School of Government, Harvard University (2007-08), Doutor em Direito Internacional (UFSC), Mestre em Direito Constitucional (PUC/RJ) e autor/organizador de 12 livros na área.

Professor MSc Wesley Collyer (Florianópolis/SC) - Mestre em Ciência Jurídica pela Univali, advogado, capitão de longo curso da Marinha Mercante, ex-juiz suplente do Tribunal Marítimo, ex-inspetor-geral da Transpetro e autor de vários livros e artigos na área.

Corpo Docente:

Face ao ineditismo do curso e à escassez de profissionais da área nas regiões Norte e Nordeste, das 23 disciplinas que compõem a grade curricular, 18 serão lecionadas por professores, mestres e doutores das regiões Sul e Sudeste detentores de notória especialização.

MATRÍCULA + 19 PARCELAS DE R\$ 590,00*

* Valor para pagamento até o 5º dia útil de cada mês.

Saiba mais sobre o curso e a sua atuação no mercado em
posgraduacao.mauriciodenassau.edu.br

promoção



promoção e certificação





Ronnie Preuss Duarte

Mural eletrônico

O incremento no volume de feitos em andamento nos órgãos colegiados dos tribunais trouxe a reboque a impossibilidade de julgamento expedito de feitos “fora de pauta”, como são exemplos os embargos de declaração e agravos regimentais e internos.

Há casos em que a presença do advogado na sessão, para o eventual esclarecimento de questões fáticas emergentes, é indispensável. A solução para evitar surpresas indesejadas é um périplo pelos gabinetes dos relatores, no afã de obter oficiosamente a informação: o feito será julgado na sessão subsequente?

Infelizmente, a ausência de um mecanismo oficial de comunicação traz a reboque episódios constrangedores, onde a inexatidão da informação obtida (positiva ou negativa) é fonte de prejuízos para partes e advogados.

No caso da prestação de uma equivocada informação de julgamento na sessão seguinte, a eventual inocuidade do deslocamento do advogado até a sede do tribunal implica inexorável perda de tempo por parte do profissional, além do prejuízo financeiro suportados pela parte interessada ao arcar com os custos do desnecessário deslocamento. A situação é particularmente inconveniente nos casos de advogados com escritórios no interior do estado ou em outras unidades da Federação (nos feitos em curso junto a tribunais com atuação regional).

Lembro o caso, relatado por um amigo criminalista, na altura à frente de um caso rumoroso onde foram opostos embargos de declaração, cujo julgamento independe de pauta. Obteve do desembargador, um

homem confiável, a informação de que o feito não seria submetido a julgamento na sessão subsequente. Para a surpresa do advogado, o magistrado “esqueceu” a informação prestada e levou o feito a julgamento, dando ao cliente a idéia de desídia do profissional, de todo incorrente na hipótese.

Com efeito, em tempos de “processo eletrônico”, onde reafirma-se um desejo coletivo de cooperação entre os atores processuais para facilitar e agilizar o andamento dos feitos, é impensável a manutenção do atual *modus operandi*. Na sistemática presente tem-se que as informações colhidas, para além de imprecisas (por serem orais e pessoais), trazem insegurança às partes e advogados, sendo causa de grande incômodo para os servidores dos gabinetes, destinatários da recorrente pergunta: o recurso será julgado?

O problema é passível de fácil resolução, mediante emprego da tecnologia informática, singelo mecanismo de simultâneo alívio para as tensões dos advogados militantes e para os incômodos aos servidores, que poderiam utilizar o tempo poupado no incremento da produtividade das respectivas serventias.

Seria simples a instalação de um mural eletrônico no site dos tribunais, com as informações dos feitos “fora de pauta” que seriam julgados na sessão subsequente. O espaço seria alimentado pelo gabinete e acessado pelos advogados, dando caráter oficial à informação e evitando os prejuízos e inconvenientes alhures referidos.

Também no âmbito da Justiça Eleitoral, a adoção do Mural Eletrônico poderia descongestionar a sede dos tribunais no período das eleições, quando as intimações são feitas por afixação de editais físicos nas serventias judiciais.

Fica a sugestão, já anteriormente externada em conversas informais, e que agora segue formalizada neste editorial.

Ronnie Preuss Duarte
Presidente do Conselho Editorial
da Revista Advocatus

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

A ESA/OAB-PE assegura a educação continuada e o aperfeiçoamento profissional dos advogados pernambucanos. Estamos lançando mais três turmas dos Cursos de Especialização em:

- ✦ DIREITO CIVIL E PROCESSO CIVIL
- ✦ DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL
- ✦ DIREITO DO TRABALHO E PROCESSO DO TRABALHO

Matrículas abertas: 14 de abril

Início das aulas: 07 de maio (aulas quinzenais sempre aos sábados)

Horário: 8h às 17h / Carga horária: 360h/aula

Local: Faculdade Joaquim Nabuco (Av. Guararapes nº 203 - Santo Antônio)

Investimento:

Matrícula de R\$ 180,00 + 18 mensalidades de R\$ 180,00
(pagamento com cheques pós-datados)



Informações e matrículas: ESA-PE
Rua do Imperador nº 307 - 1º andar - Santo Antônio
Fones: 81 3224-7282 / 3224-2425
E-mail: posesape.joaquimnabuco@gmail.com



A FIR faz parte do grupo Estácio.

QUANDO VOCÊ FAZ UMA PÓS-GRADUAÇÃO AS OPORTUNIDADES DE EMPREGO AUMENTAM E O SEU SALÁRIO TAMBÉM.

PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Cursos a distância* em destaque:

- Direito Constitucional
- Processo Civil Contemporâneo
- Responsabilidade Civil e Direito do Consumidor

Confira a lista de cursos da área de Direito oferecidos na unidade de sua escolha.

Diferenciais da pós-graduação em Direito na Estácio:

- Professores Mestres e Doutores, operadores do Direito, Defensores Públicos, Promotores, Juízes, Desembargadores, Procuradores da República e Advogados dos mais respeitados escritórios do país.
- Conteúdos alinhados à dinâmica do mundo jurídico e às constantes mudanças da sociedade.

A PARTIR DE:

R\$275,04**
POR MÊS

Aproveite as vantagens de fazer sua pós-graduação a distância* na Estácio:

- Flexibilidade e conveniência
- Preço acessível
- O mesmo diploma da pós-graduação presencial
- Qualidade do corpo docente
- Mais de 50 polos com infraestrutura universitária

0800 282 3231

www.estacio.br

I CONGRESSO DE TEORIA GERAL DO DIREITO E FILOSOFIA DO DIREITO DA ESA-OAB/PE

Em homenagem ao Prof. Dr. Nelson Saldanha.

Datas: 19 e 20 de maio de 2011

Local: Auditório da Faculdade Salesiana

Carga horária: 20h/aula

Coordenação científica:

- ▲ Venceslau Tavares (ESA, UFPE, FOCCA, FASNE)
- ▲ Graziela Bacchi Hora (Faculdade Damas)
- ▲ João Maurício Adeodato (UFPE e Faculdade Maurício de Nassau)
- ▲ Torquato Castro Jr (UFPE)
- ▲ Gustavo Just (UFPE)



PROGRAMAÇÃO

Dia 19 de maio (quinta-feira)

08:00 h Solenidade de abertura

Presidente da mesa: Pe. ROBSON BARROS DA COSTA - Diretor Geral da Faculdade Salesiana do Nordeste.

NELSON SALDANHA - Doutor e Livre-Docente em Direito - UFPE. Licenciado em Filosofia - UNICAP. Professor Emérito da UFPE. Membro da Academia Pernambucana de Letras. **FALA DO HOMENAGEADO.**

SAMUEL RODRIGUES BARBOSA - Doutor em Direito - USP. Professor da Faculdade de Direito da USP. I Conferência: **DIREITO E NARRATIVAS DE JUSTIFICAÇÃO.**

10:00 h I mesa:

ADRIALDO CATÃO - Doutor em Direito - UFPE. Professor da UFAL. Coordenador do mestrado em direito da UFAL. Palestra: **PRAGMATISMO JURÍDICO E INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL.**

EVERALDO GASPAS - Doutor em Direito Universidade de Deusto. Professor da UFPE e da Faculdade Maurício de Nassau. Palestra: **O DIREITO DO TRABALHO NO CONTEXTO DO ESPÍRITO E DAS RAZÕES DO ILUMINISMO.**

TORQUATO CASTRO JR - Doutor em Direito - PUC/SP. Professor da UFPE. Palestra: **CONCEITO E NÃO-CONCEITO NO PENSAMENTO JURÍDICO.**

14:00 h II Mesa:

MICHEL ZAIDAN - Doutor em História Social - USP. Professor dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito e Ciência Política da UFPE. Palestra: **HERMENÊUTICA E CIÊNCIAS HUMANAS.**

SUENYA ALMEIDA - Doutoranda em Direito - UFPE. Professora da UFPE e da FOCCA. Palestra: **ATO INFRAFRACIONAL E CONTROLE JURÍDICO: DA DISCIPLINA AO CONTROLE DO MENOR EM CONFLITO COM A LEI.**

ARTUR STAMFORD - Doutor em Direito UFPE. Professor da UFPE. Palestra: **A SOCIOLOGIA DO DIREITO DE NELSON SALDANHA.**

15:30 h III Mesa:

ALEXANDRE DA MAIA - Doutor em Direito - UFPE. Professor da UFPE. Vice-Coordenador dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito da UFPE. Palestra: **O DIREITO SUBJETIVO COMO IMAGEM.**

IRIO COUTINHO - Doutor em Filosofia - UFPE. Professor da Faculdade Salesiana. Coordenador do Curso de Filosofia do INSAF. Palestra: **REFLEXÕES PÓS-KELSENIANAS.**

JOÃO MAURÍCIO ADEODATO - Professor Titular da Faculdade de Direito do Recife - UFPE. Pesquisador 1 A do CNPq. Mestre e Doutor pela Faculdade de Direito da USP. Pós-Doutorado nas Universidades de Mainz e Heidelberg pela Fundação Alexander Von Humboldt. Coordenador dos Cursos de Direito da Faculdade Maurício de Nassau. Palestra: **O QUE É FILOSOFIA DO DIREITO? SEUS DOIS PROBLEMAS CENTRAIS.**

II Conferência:

ANTÔNIO CAVALCANTI MAIA - Doutor em Filosofia PUC-RIO. Professor da UERJ e da PUC-RIO. Conferência: **UM NOVO CAMPO DE INVESTIGAÇÃO: ÉTICA ECONÔMICA, POLÍTICA E SOCIAL.**

Dia 20 de maio (sexta-feira)

08:00 h IV Mesa:

ENOQUE FEITOSA - Doutor em Direito e em Filosofia - UFPE. Professor da UFPB. Coordenador dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito da UFPB. Palestra: **MARXISMO E DIREITO: O DISCURSO JURÍDICO COMO JUSTIFICAÇÃO.**

MARTORELLI DANTAS - Doutorando - UFPE. Professor e Coordenador do Curso de Graduação em Direito da UNIVERSO. Palestra: **ORDEM E HERMENÊUTICA NOVOS COMPROMISSOS.**

PEDRO PARINI - Doutorando - UFPE. Professor da UFPB. Palestra: **A RETÓRICA DA METÁFORA DOS MODELOS NA TEORIA DO DIREITO.**

10:30 h V Mesa:

GUSTAVO FERREIRA SANTOS - Doutor em Direito - UFPE. Professor da UFPE e da UNICAP. Palestra: **COMUNICAÇÃO SOCIAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS.**

VENCESLAU TAVARES - Doutorando em Direito - UFPE. Professor da UFPE, da FOCCA e da Faculdade Salesiana. Diretor Cultural da ESA-OAB/PE. Palestra: **DIREITO, RAÇA E CIDADANIA NO BRASIL IMPERIAL.**

JOÃO PAULO ALLAIN - Doutor em Direito - UFPE. Professor da UFPE e da UNICAP. Palestra: **DIREITO, IDENTIDADE E DIFERENÇA.**

14:30 h III Conferência:

JOSÉ ANTÔNIO GEDIEL - Doutor em Direito - UFPR. Pós-Doutor em Direito - Universidade de Montreal. Professor Titular e Coordenador dos Cursos de Mestrado e Doutorado da Faculdade de Direito da UFPR. Conferência: **SUBJETIVIDADE E SUJEITO DE DIREITO.**

16:00 Mesa temática: O PENSAMENTO VIVO DE NELSON SALDANHA

GRAZIELA BACCHI HORA - Doutora em Direito - UFPE. Professora da Faculdade DAMAS. Procuradora da ALEPE. Palestra: **A ESCOLA DO RECIFE COMO MOVIMENTO CULTURALISTA? A INTERPRETAÇÃO DE NELSON SALDANHA.**

FÁTIMA QUINTAS - Mestre em Antropologia - UFPE. Membro da Academia Pernambucana de Letras. Professora da Faculdade MARISTA. Palestra: **O PENSAMENTO HUMANISTA DE NELSON SALDANHA.**

GUSTAVO JUST - Doutor em Direito - Universidade de Paris X. Professor da UFPE. Palestra: **NELSON SALDANHA E O DIREITO COMO ORDEM E HERMENÊUTICA.**

Investimento:

R\$ 50,00 Advogados adimplentes e estudantes.

R\$ 60,00 Público em geral.



Foto: Marcos Costa

Luiz Alberto Gurgel de Faria

Presidente do TRF 5ª Região

O Tribunal Regional Federal da 5ª Região vem se destacando na utilização e criação do processo judicial eletrônico. Mesmo ainda em fase de implantação, esse novo mecanismo de encaminhamentos dos litígios já está sendo utilizado em diversas varas civis federais. Para o presidente do TRF-5, Luiz Alberto Gurgel de Faria, o processo eletrônico vai facilitar e agilizar todos os trâmites judiciários. A utilização do PJe permitirá que todas as fases do processo sejam realizadas via internet, reduzindo significativamente a burocracia no sistema judiciário.

Nesta entrevista à revista *Advocatus*, concedida em fevereiro de 2011, o presidente do TRF-5, Luiz Alberto Gurgel de Faria, destaca o impacto que essa nova forma de postulação judicial está causando no Poder Judiciário. Fala, também, da importância das parcerias com a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Diz que o próximo passo é preparar todos aqueles que utilizam ou irão utilizar o processo judicial eletrônico, papel que vem sendo assumido pela Escola Superior de Advocacia Professor Ruy Antunes (ESA), da OAB/PE, cuja Caravana do Processo Eletrônico é modelo nacional de capacitação dos advogados para essa nova realidade.

Luiz Alberto Gurgel de Faria trata, ainda, de questões polêmicas, como o aumento do número de vagas destinadas à magistratura federal nos Tribunais Regionais Eleitorais e a prática de lobby. E faz um balanço de sua gestão à frente da presidência do TRF-5.

REVISTA ADVOCATUS - Como está o cronograma de instalação do Processo Judicial Eletrônico (PJe)?

LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - Nós começamos a instalar o processo judicial eletrônico em abril do ano passado. É sempre bom lembrar que o nosso Tribunal, a 5ª Região da Justiça Federal, abrange seis Estados: Ceará, Rio Grande do Norte, Paraíba, Pernambuco, Alagoas e Sergipe. Então, traçamos um cronograma para começar essa instalação pela primeira instância, em todos os seis Estados até chegar por último aqui no Tribunal. Iniciamos em abril do ano passado no Rio Grande do Norte, depois levamos o para Alagoas, Sergipe, Ceará, Pernambuco e Paraíba. Quando foi em outubro do ano passado, nós finalizamos toda a instalação do processo eletrônico no primeiro grau. E agora em março nós iremos instalar aqui no Tribunal. Não adiantava ficarmos com o processo eletrônico instalado só no primeiro grau e, de repente, um processo ter recursos, como normalmente tem, e o sistema não estar pronto. Ficaria uma situação difícil.

RA - Essa instalação em março vai acontecer em todos esses Estados?

LA - Na verdade, a instalação em março é aqui no Tribunal. Nos Estados, já houve. A partir desta instalação no Tribunal é que se vai incentivar mais o ingresso das ações através de processo eletrônico. A gente instalou, ficou um período de teste, mas não havia um grande incentivo porque, de repente, quando tivesse um recurso, a gente não estava com o sistema aqui no segundo grau funcionando. Mas agora, a partir de março, vamos estimular e difundir cada vez mais o processo eletrônico para que todos possam utilizar.

RA – Quantos processos já foram ajuizados e tramitam em meio eletrônico em PE?

LA – Como já disse, ainda não estávamos com o sistema funcionando no Tribunal, razão pela qual não estávamos incentivando muito. Assim, no âmbito da região, os últimos números que tinham me passado eram em torno de 350 processos eletrônicos, isso no âmbito da região. A partir do momento em que for instalado aqui no Tribunal, incentivaremos mais as pessoas a utilizarem, porque vai ser um meio realmente muito bom. Os ganhos de um processo eletrônico são infinitamente superiores aos de um processo físico.

RA – E como é que vocês pretendem incentivar?

LA – Bem, ultimada essa etapa aqui, a gente vai fazer um canal maior de comunicação com a OAB e com os órgãos que utilizam a advocacia pública para que cada vez mais eles possam se valer do processo eletrônico. Eu vi até agora há pouco uma matéria em que o Dr. Ronnie, diretor da Escola de Advocacia, está querendo fazer uma caravana de divulgação do processo eletrônico. Para a gente, é uma maravilha porque já passa a preparar o advogado. Com o processo eletrônico, para você se defender em um processo e postular os direitos de um constituinte, precisa ter uma certificação digital. Então, o advogado necessita se preparar para essa realidade.

RA – Como é que os advogados podem conhecer o programa e realizar testes e simulações?

LA – Quando a gente fez a instalação em Pernambuco, nós convidamos a OAB, que divulgou perante os advogados. Portanto, advogados já foram treinados, obviamente que em um número pequeno. Aqui no Tribunal também. Mas, a partir do momento em que a gente incentivar o uso do processo eletrônico, a gente precisa estabelecer parcerias, por exemplo, com a OAB para que as pessoas treinadas pela entidade possam funcionar como multiplicadoras do processo eletrônico. Na verdade, a partir do momento em que se aprende, o sistema é muito interativo, a própria pessoa vai verificando como utilizar esse processo.

RA – Está, por exemplo, fazendo parceria com a Escola para levar técnicos para lá, para aplicar cursos, alguma coisa concreta?

LA – É, a gente realmente vai fazer isso, trazendo as pessoas para o nosso Tribunal, pois já temos um laboratório formado aqui na nossa escola. Vamos fazer um treinamento, inclusive, essa semana. Nós fizemos um na semana passada, com advogados, com advogados públicos, com o ministério público. Essa semana nós estamos treinando nosso pessoal interno: assessores e servidores, para trabalhar com o processo eletrônico. A ideia é fazer parcerias para que a Escola mande representantes, servidores da própria escola, advogados, e eles possam servir como multiplicadores, facilitadores do processo eletrônico. Não é difícil. Quem já teve a experiência de utilizar o processo eletrônico, existente no juizado (sistema Creta), terá muita facilidade em utilizar o processo eletrônico, que é o nosso PJe.

RA – Considerando que menos de 5% dos advogados pernambucanos possuem certificado digital, como o TRF-5 pretende contribuir para disseminar a prática do processo eletrônico, sem restringir o acesso dos advogados e da população à justiça, principalmente nas cidades do Interior dos Estados?

LA – A gente vai ter que estabelecer parcerias com essas instituições e a Ordem precisa ser a nossa grande parceira, pois para se chegar ao interior não é tão fácil, já que nós não temos sedes em um número grande de cidades. Isso aí é uma dificuldade. Com a parceria que a gente está estabelecendo com a OAB, eu creio que isso aí, através dos multiplicadores, será facilitado, e os próprios advogados sentirão essa necessidade. Explico: na hora em que o INSS ingressar com uma ação no sistema de processo eletrônico, as respostas terão que ser por via eletrônica. Quando os advogados virem a facilidade da utilização de um processo eletrônico, com a comodidade, por exemplo, de não precisar sair do seu escritório para ver como é que está uma ação lá na justiça, tudo isso vai ajudar. Então, são algumas dificuldades iniciais, mas que as múltiplas facilidades depois irão estimular os próprios advogados para que corram atrás da certificação digital.

RA – O senhor já tem ideia de quando o processo eletrônico vai deixar de ser facultativo para o autor e vai se tornar obrigatório?

LA – É uma resposta que a gente só vai ter condições de dar depois de fazer os testes aqui no âmbito do segundo grau. Não tínhamos como transformar em obrigatório sem ter um sistema completo, sem que, na realidade, o Tribunal estivesse já também com o processo eletrônico. Agora implantando em março, fazendo os testes e vendo que o processo eletrônico está realmente completo, primeiro grau funcionando bem, segundo grau funcionando bem, poderemos planejar esse marco. Antes, precisamos fazer uma grande campanha para estimular o processo eletrônico e aí sim, torná-lo obrigatório, obviamente dando um prazo para que os advogados possam se preparar para isso. Eu acredito que ainda este ano tenhamos condições. Hoje várias instituições fazem isso. No âmbito do STJ eles só recebem processos por via eletrônica. Da mesma forma, no Supremo Tribunal Federal. No TRF-5, vamos, em breve, entrar nessa realidade com o processo verdadeiramente eletrônico. É o nosso grande objetivo.

RA – O PJe é desenvolvido pelo TRF-5 e CNJ, mas há relatos de defeitos na versão oficial implantada, como a visualização de documentos elaborados por assessor, antes de ratificação pelo magistrado e, a multiplicidade de intimações no Portal do Advogado para um mesmo ato, inclusive com prazos distintos, além de erro na contagem de prazos pelo sistema. Há alguma auditoria ou certificação externa, alheia ao desenvolvimento, quanto à segurança do sistema e identificação de eventuais falhas ou vulnerabilidades?

LA – Eu converso muito com o pessoal de informática e eles falam sempre uma frase: “nenhum sistema nasce pronto, estando sempre em aperfeiçoamento”. Então, é importante se dizer que o sistema foi implantado e está constantemente sendo testado pelos servidores, pelos magistrados, pelos advogados, enfim, por todo mundo que compõe o sistema judiciário. Essas falhas relatadas existiram e muitas delas já foram corrigidas, mas outras existem. É importante a gente ter a coragem de dizer que o sistema ainda não é perfeito, mas ele vem sendo melhorado a cada dia. Nós temos um contrato novo com a empresa que desenvolve o sistema, onde uma parte muito relevante do pacto é referente ao suporte, para que ela dê uma resposta rápida nos defeitos que são apontados pelos servidores, pelos juízes, pelos advogados, por todos aqueles que estão utilizando o processo eletrônico. Essas falhas têm que ser reportadas de imediato para a vara onde aquele processo está tramitando, de modo que o servidor encarregado possa levar ao conhecimento do suporte. Mas eu garanto uma coisa: essas falhas, que no início eram muitas, estão diminuindo; a cada versão apresentada, as falhas são corrigidas e o processo é melhorado.

RA – Existe algum monitoramento externo, algum sistema de identificação desses problemas? Porque sempre tem uma empresa que desenvolve e a outra que acompanha e acelera o sistema. Isso existe?

LA – Na verdade, esse controle é feito pela nossa subsecretaria de informática. Nós temos um gerente de projetos só para fiscalizar se as demandas estão sendo atendidas. E a questão da segurança também é um item com que a gente se preocupa, porque o modelo do processo, que era físico, vai passar a ser todo eletrônico. A gente investiu muito na questão da segurança. Tanto é que, apesar de falhas existirem, elas foram corrigidas e nunca houve nenhuma reclamação de haver problemas insolúveis com um processo, perder um documento etc. Não. O que está ocorrendo vem sendo corrigido porque a segurança vem funcionando bem. O suporte, pelo que tenho conhecimento, é sempre prestado diretamente à vara. O advogado deve levar o problema referente ao seu processo diretamente à Vara e aí ter todo o suporte.

RA – Na advocacia, comenta-se que existe, hoje, uma massificação da prestação jurisdicional e a atuação de assessores nas decisões judiciais. O que o Senhor pensa a respeito da delegação de parte importante dos votos a assessores?

LA – O nosso presidente do Conselho de Justiça Federal, ministro Ari Pargendler, comentou recentemente que, com a multiplicação de ações e o reduzido número de magistrados, os assessores passaram a ter um trabalho além do que deveriam. Isso aí é uma situação que preocupa. Mas o que eu observo, falando pelo Tribunal Regional da 5ª Região: aqui, há um trabalho de equipe, os assessores realmente vêm colaborando muito no serviço dos magistrados, mas a gente

vem reduzindo o número de demandas nos gabinetes, de maneira que cada vez mais o desembargador fica à frente da redação dos próprios votos.

RA – Essa massificação e as cobranças meramente quantitativas feitas pelo Superior Tribunal de Justiça aos TRFs não comprometem a qualidade dos julgamentos?

LA – É uma situação que a gente tem que se preocupar. Você às vezes fica exigindo celeridade, o número de demandas também é grande e aí sozinho não se dá conta. Mas aí, obviamente, é necessária a consciência de que o trabalho no gabinete é de equipe. Os assessores participam, obviamente, da elaboração de minutas, mas a decisão final sempre é do magistrado. Seja corrigindo aquelas minutas, seja orientando ou preparando decisões. Cada um tem um estilo. Eu, por exemplo, quando são decisões de casos mais relevantes, mais específicos, eu não deixo o assessor minutar. A gente mesmo vai e prepara. Então, depende do tipo de trabalho.

RA – É uma recomendação do Tribunal ou isso fica a cargo de cada juiz?

LA – Aí o estilo é de cada desembargador. O importante é que a decisão é do magistrado. Então, mesmo sendo uma equipe, as minutas que foram elaboradas pelo assessor são revisadas pelo desembargador. É um tema importante a ser visto porque é um reflexo do pouco número de magistrados que nós temos. Se nós tivéssemos mais magistrados, então você teria condições de ter um número menor de processos e então o magistrado se debruçaria mais em cima efetivamente daquele processo ao invés de precisar levar para a assessoria. Mesmo num trabalho feito em equipe, no final, tudo aquilo ali é revisado, é visto pelo magistrado, e é ele que é o maestro do seu gabinete.

RA – Como o Senhor vê a atual relação entre magistrados e advogados?

LA – Uma das coisas que procurei fazer quando assumi, e já estou agora no final do meu mandato, foi estabelecer melhores canais de comunicação com todas as instituições. Fosse a OAB, fossem as advocacias públicas, fosse o Ministério Público. Enfim, todas as instituições, principalmente os atores que participam do nosso sistema judiciário. E eu poderia dizer que no âmbito da Ordem dos Advogados do Brasil, aqui, em Pernambuco, convivi com a gestão do Dr. Jayme Asfora e, agora, com a do Dr. Henrique Mariano, sendo o relacionamento muito bom. O canal de comunicação está sempre aberto, o contato com os advogados é o melhor possível e pelo menos as demandas que chegam da Ordem, no Tribunal a gente procura atender, obviamente dentro das normas, dentro do que é possível. Mas eu diria que o Tribunal tem um relacionamento muito bom com a Ordem dos Advogados do Brasil. O diálogo é importante. O Tribunal tem determinadas preocupações que precisam ser trabalhadas e conversadas com a OAB. Esta também tem demandas e dialoga. É sempre uma via de mão dupla.

RA – Na reforma do Código Eleitoral que está sendo debatida no Congresso Nacional, há previsão de aumento do número de vagas destinadas à magistratura federal nos Tribunais Regionais Eleitorais. Essa não seria uma posição corporativa?

LA – No que diz respeito a essa reivindicação antiga, acerca de uma maior participação da magistratura federal na Justiça Eleitoral, eu não vejo isso como uma questão tão-só corporativa. É importante lembrar que a Justiça Eleitoral é uma Justiça da União, integrando o Poder Judiciário Federal no seu sentido amplo, e apesar de ter os magistrados federais, a participação da Justiça Federal na Justiça Eleitoral é mínima. Veja que no âmbito do Tribunal nós temos apenas um representante. Assim, entendo que é uma reivindicação justa da magistratura federal ter uma representação maior no âmbito da nossa corte eleitoral. É importante encontrar uma solução em que a magistratura federal tenha a sua participação da maneira como deve acontecer, com uma representatividade maior.

RA – Existem reclamações de advogados em relação à pauta de julgamentos no TRF-5. Advogados de outras localidades viajam à sede do Tribunal e são surpreendidos por processos que, apesar de inclusos em pauta para julgamento em uma determinada data, sequer estão com os votos prontos. Perdem tempo, perdem a viagem e frustram-se os clientes. As pautas não poderiam ser planejadas de modo a permitir uma maior previsibilidade dos julgamentos?

LA – Veja só, nós trabalhamos aqui com quinze magistrados. Então realmente fica difícil tentar uniformizar isso. Eu tenho um estilo pessoal de só colocar em pauta um processo quando ele já está pronto, de modo que não há possibilidade daquele processo vir a ser adiado. Outros colegas, na busca de agilidade, já colocam em pauta para correr atrás e fazer com que o processo já esteja pronto naquela determinada data. O percentual de adiamento não é grande, mas, o que houver, já causa transtornos. Repercute, porque há situações em que realmente o advogado se desloca. Eu acho sempre recomendável que o advogado que vai se deslocar, que virá ao Tribunal, entrar em contato com o gabinete para saber se o processo realmente está em pauta. Porque às vezes, de última hora, não é nem que o processo não esteja pronto, mas é que de última hora chega um pedido de um advogado da outra parte, para que aquele processo seja adiado, porque ele gostaria de fazer uma sustentação oral, já tem uma outra audiência marcada etc. Enfim, são inúmeras situações que podem acarretar o adiamento. Mas o percentual de adiamento é pequeno e a gente tem que trabalhar para que ele seja o menor possível.

RA – Mas há recomendações para os magistrados para que esses adiamentos sejam evitados?

LA – Existe o próprio trabalho em conjunto para que esses adiamentos não ocorram. Antigamente, tinha gabinetes

aqui no Tribunal com centenas de processos adiados. E a gente vem nos últimos tempos trabalhando para que essa realidade seja modificada de maneira que hoje eu possa assegurar que realmente é um percentual mínimo que não é julgado naquela determinada data. Mas teve tempos que esse problema era realmente muito grande.

RA – Também não existe no TRF-5 qualquer mecanismo de verificação da data de julgamento dos feitos “fora de pauta”, como agravos internos e embargos de declaração. Isso obriga os advogados a irem aos gabinetes ou telefonarem para as secretárias perguntando sobre datas de julgamento dos processos. É um incômodo para a serventia e equívocos ocorrem, com prejuízos à credibilidade do profissional quando a informação passada verbalmente é inexata. A diretoria da ESA já sugeriu em congressos a adoção de um meio institucionalizado e oficial, como um mural eletrônico, que seria consultado pelos advogados às vésperas das sessões, evitando a necessidade de reiteradas ligações e equívocos. É possível a adoção desse mecanismo?

LA – Teria que conversar também com a Subsecretaria de Informática e com a Secretaria Judiciária para estudar essa proposta. Eu acho que é uma ideia muito boa. São processos que independem de pauta. Se o processo entrar hoje e eu quiser levar amanhã é possível. Então, como eles independem de pauta, realmente não há nenhuma previsão de que seja dada essa notícia. Mas o advogado quer acompanhar, muitas vezes, e está no seu direito. Cuida-se de uma reivindicação importante que, salvo equívoco, já foi feita aqui no Tribunal também. Eu acho uma ideia realmente muito interessante porque o advogado precisa acompanhar todos os recursos. Eu precisaria fazer um estudo da parte técnica, mas vejo que é possível isso aí.

RA – Na Justiça Federal de primeira instância em Recife, os advogados reclamam da dificuldade de acesso aos autos quando o processo está despachado e o advogado ainda não foi intimado - porque a decisão ainda não foi publicada. São processos que não correm sob sigilo de justiça e, portanto, não há qualquer disposição legal que ampare vedações no acesso aos autos. O Senhor tem conhecimento e acha legítima a restrição de acesso aos autos nesses casos?

LA – Tenho conhecimento inclusive no âmbito aqui do Tribunal. Eu respeito a conduta de cada magistrado, mas acho um equívoco esse tipo de procedimento de restrição, porque, na realidade, no momento em que você assina a sua decisão, aquela decisão está pública. Inclusive a primeira coisa que eu faço é colocar na internet. Eu já assinei e coloco na internet. Então se o advogado chegou antes da intimação ele pode inclusive já se dar por ciente ali nos próprios autos. Mas eu tenho conhecimento que isso acontece. Fica a cargo

de cada magistrado. Eu nunca fiz esse tipo de restrição, mas é um posicionamento pessoal meu. Inclusive a OAB mandou recentemente um expediente aqui pro Tribunal fazendo esse tipo de reclamação. Eu verifiquei que não há nenhum ato aqui no Tribunal criando essa restrição. Então é uma situação especial de alguns poucos magistrados, aqui no âmbito do Tribunal. Você está noticiando no primeiro grau, mas eu estou dizendo que no próprio Tribunal existe e eu vou conversar com os colegas, já me comprometi com a Ordem, para adotarmos um posicionamento uniforme de, uma vez assinada a decisão, já publicar, no caso quem chegar e quiser ter acesso pode de imediato. Eu não vejo problema nenhum.

RA – Há comentários recorrentes entre os advogados de que há filhos e parentes de magistrados atuando junto aos tribunais. O Senhor acha que existe tráfico de influência no Judiciário?

LA – Isso é uma questão não tópica de Tribunal Regional Federal ou de um Tribunal de Justiça ou de qualquer outro... Isso é uma questão do Judiciário. Então na verdade existem os mecanismos de que se porventura tiver algum parente de magistrado atuando num processo, obviamente o magistrado está impedido de funcionar nele. Então se porventura tiver acontecendo alguma irregularidade, obviamente isso é noticiado. Mas há essa grande questão em nível nacional de advogados. É aquela questão: vai se proibir o advogado de funcionar no âmbito do Tribunal?

RA – O que pode ser feito para coibir a prática do “lobbying” por parte de profissionais inescrupulosos?

LA – É um tema realmente difícil. Aqui, no âmbito do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, eu vejo a questão assim: há magistrados que têm filhos advogados? Há... Eu não vejo, em razão disso, a existência de lobbys. O fato de ter filhos de magistrados aqui atuando eu não vejo essa questão de lobby. Agora é um tema que sempre preocupa a advocacia, é um tema que sempre preocupa o Judiciário. De maneira geral, se porventura houver uma irregularidade, é denunciar. No meu sentir, eu vejo isso, se houver alguma irregularidade, que seja denunciada.

RA – Como o TRF controla a frequência de juízes e servidores durante o expediente da Justiça Federal?

LA – Com relação ao primeiro grau, quem pode fiscalizar isso é o corregedor. Mas nós temos hoje um horário que está estabelecido de forma uniforme. O horário é das 9h às 18h. Quer dizer, em horário integral é pra ter o funcionamento da Justiça Federal. A carga horária estabelecida para os servidores está prevista em ato normativo. Não há uma carga horária estabelecida para os magistrados, porque o tema está regulado na Lei Orgânica da Magistratura. Há um controle dos servidores. Dos magistrados, é em cada Corregedoria. Aí não sei como cada Corregedoria faz. Não seria favorável ao estabelecimento de um controle de ponto para um magistrado porque ele, por exemplo, pode exercer uma outra função em termos constitucional que é a de magistério e pode estar

dando aula pela manhã ou pela noite e vai trabalhar fora do horário de expediente. Acho difícil se ter um controle de frequência do magistrado. E as compensações pelo trabalho fora do expediente? De toda a forma, o magistrado precisa estar presente no fórum, atuando, recebendo as partes, os advogados, isso aí realmente tem que existir.

RA – O senhor falou no começo da entrevista que está encerrando o seu mandato. Então pode destacar como é que foi essa experiência?

LA – São dois anos, então pra mim o que eu queria dizer ao final desse nosso biênio é que a nossa gestão foi toda focada em resultado. A gente procurou realmente focar o trabalho do Tribunal Regional Federal da 5ª Região na produtividade. Um trabalho em que a gente realmente tivesse mais resultados. Então, só pra se ter uma ideia, o ano de 2009 foi o meu primeiro ano á frente do Tribunal, nós tivemos um incremento percentual de 13% de processos julgados a mais do que distribuídos. Quer dizer que na hora que você julga mais do que distribui, você diminui tudo e consegue trabalhar com mais qualidade. No ano de 2010, a gente conseguiu aumentar isso em 18%. Quer dizer, julgamos 18% de processos a mais do que entrou. Isso, é importante dizer, não é um trabalho da presidência. É um trabalho de todos os quinze magistrados juntos com os servidores. Como eu disse, é um trabalho em equipe. E isso aí foi importante porque a gente realmente conseguiu reduzir muito o número de processos. Só pra se ter uma ideia, hoje nós temos nos gabinetes do Tribunal 28 mil processos pendentes de julgamento. Como a gente recebe uma média de 38 mil por ano, a gente tem menos de um ano de processo dentro de casa. A gente está cada vez mais diminuindo o estoque... porque na hora que você consegue diminuir esse estoque, você trabalha com mais qualidade e faz com que a prestação jurisdicional seja mais rápida. Quando foi no ano passado, a Corregedoria da Justiça Federal veio aqui, em outubro, e fez uma inspeção em todo o Tribunal, parte Judicial e parte administrativa. E com o resultado, o Conselho da Justiça Federal, que é outro Conselho que nos fiscaliza, disse que o Tribunal era modelo de eficiência e celeridade. No âmbito do CNJ, obtivemos o 2º lugar dentre os 91 tribunais brasileiros, em 2009. Então, isso a gente vê com muito orgulho.



Pelópidas Soares Neto

Palavra do Secretário-geral

Desde 2007, quando o grupo comandado por Jayme Asfora assumiu a gestão da Ordem dos Advogados da Brasil – Seccional Pernambuco, assiste-se a uma intensa metamorfose positiva em todos os seguimentos da Casa, e, como não poderia deixar de ser, na Secretaria-Geral, responsável pelo comando administrativo da entidade.

Ainda durante o curso da gestão 2007-2009, tive a honra de ser convidado para integrar a Diretoria da OAB-PE, ocasião em que ocupei o cargo de Secretário-Geral Adjunto e, ao final – últimos 04 (quatro) meses, de Diretor Tesoureiro, tendo o oportunidade, desde então, de participar diretamente dos movimentos de reestruturação administrativa e de pessoal que deram ensejo às melhorias na prestação de serviços e atendimento aos advogados de um modo geral.

Na gestão de Henrique Mariano, ora em curso, a Secretaria-Geral está composta pela minha pessoa e por Leonardo Coêlho, este no cargo de Secretário-Geral Adjunto, com quem divido as tarefas cotidianas, sempre de modo integrativo e buscando melhor servir aos nossos colegas advogados.

Muitas das mudanças administrativas tiveram início na gestão passada, onde, além do processo de enxugamento e revitalização do quadro de funcionários, restou estabelecido o critério de contratação da área administrativa através de processo seletivo, observando plenamente a ordem classificatória alcançada pelos candidatos no certame realizado. Deu-se fim aos apadrinhamentos, com a fixação de um critério objetivo/qualitativo de contratação, o que vem sendo observado rigorosamente na gestão Henrique Mariano, inclusive com a certeza que essa forma vem melhor atender à finalidade precípua da nossa Ordem de fornecer um melhor serviço ao advogado.

Recentemente, a Secretaria-Geral passou a realizar reuniões setoriais no âmbito interno da OAB-PE com o afã não só de detectar imperfeições no funcionamento de cada setor, mas também de aproximar os funcionários da Diretoria e tomar conhecimento das dificuldades e necessidades de cada um, objetivando, assim, desenhar um diagnóstico para melhorar a prestação dos serviços da nossa Ordem.

Promoveu-se, ainda, a reestruturação da sala dos advogados da Justiça do Trabalho, situada no antigo prédio da SUDENE, onde será instalado o 1º Posto de Serviço Avançado, onde o advogado poderá concretizar alguns serviços administrativos sem a necessidade de ter que se deslocar até a sede da OAB-PE.

No âmbito das Subseccionais, importante destacar a construção e estruturação da sede de Petrolina, reestruturação das sedes de Palmares e Barreiros – afetadas pela enchente de junho/2010, reforma e reestruturação da sede de Paulista, ampliação da sede de Limoeiro, dentre outras.

Com relação aos serviços das vans, foi promovida uma otimização das linhas, com a fusão entre duas linhas, sem, contudo, prejudicar o atendimento ao advogado. Minoraram-se custos, sem comprometer a prestação de serviços.

Para o futuro, sabemos que, apesar dos avanços, muito há que ser feito e a Secretaria-Geral, junto com a Presidência e demais órgãos da OAB-PE, dará prosseguimento ao trabalho desenvolvido, promovendo ações que venham repercutir na melhora dos serviços prestados e aprimoramento dos advogados, a exemplo da realização de novo processo seletivo de funcionários, ultimação do banco de talentos – para facilitar a inserção do novo advogado no mercado de trabalho, fornecimento de meios para inclusão do advogado no processo eletrônico, lutar pela construção da nova sede da nossa Seccional, dentre outros.

Enfim, não se pode olvidar, em momento algum, que o trabalho executado é fruto de uma união de esforços de grupo, onde nada se consegue sem a convergência de desejos e forças. Neste contexto, todos os órgãos da OAB-PE – Presidência, Secretaria-Geral, Gerência Geral, Tesouraria, Ouvidoria e demais, encontram-se empenhados em atender todos os anseios da nossa classe. Esse é o nosso objetivo incansável.

Cordialmente,

Pelópidas Soares Neto
Secretário-Geral da OAB-PE

O PROCESSO COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Elpídio Donizetti Nunes

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Presidente da Associação Nacional dos Magistrados Estaduais. Integrante da Comissão de Notáveis nomeada para elaboração de um novo CPC. Mestre em Direito Processual pela PUC/MG.

1. INTRODUÇÃO

Ao me debruçar sobre o panorama atual da ciência processual – tarefa indispensável para desempenhar meu honroso papel na Comissão de Juristas encarregada de elaborar o novo Código de Processo Civil – percebo que ganha força a linha de pensamento que se convencionou chamar de *neoconstitucionalismo* e seu corolário, o *direito processual constitucional*, desembocando nas correntes do *neoprocessualismo* (também chamado de *formalismo-valorativo*).

Pretendem superada a concepção instrumentalista do processo, bem informada pela teoria circular dos planos material e processual de Carnellutti, ao fundamento de que a ciência processual não pode se olvidar da força normativa da Constituição e da importância dos Direitos Fundamentais.

Contudo, aqueles que propugnam a cartilha do futuro se esquecem do valor do passado e, de afogadilho, terminam por violar a Constituição que vige no presente. Trata-se de uma contradição espetaculosa: defender a máxima efetividade do texto constitucional tornando-o inócuo e inaplicável.

Não proponho aqui uma teoria conspiratória própria dos anos da cortina de ferro. Mas não posso deixar de, nesse momento em que são dadas (ou apagadas) novas luzes ao regramento jurídico-processual, esboçar minha

preocupação com o processo de transfiguração do que deveria ser a última trincheira na luta pela materialização do direito material – a jurisdição – em autêntico “balcão de direitos”, enquanto os demais Poderes da República se desoneram mediante atos simbólicos.

Para esse desiderato, discorrerei brevemente sobre o panorama das discussões doutrinárias no âmbito do Direito Constitucional e Processual Civil, procurando focar, sempre que possível, as modificações propostas no anteprojeto do novo CPC. Por fim, serão expostas as conclusões práticas desses movimentos, notadamente no que tange ao papel reservado – ainda que implicitamente – ao Judiciário.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS – ALCANCE E EVOLUÇÃO

Inicialmente, há que se indagar a razão do adjetivo “fundamentais”. Segundo Konrad Hesse, sob **um ponto de vista material, os direitos fundamentais se destinam a criar e manter os pressupostos elementares da liberdade e dignidade humana**. Já sob um **ponto de vista formal, direito fundamental é aquilo que o direito positivo qualifica como tal** (Konrad Hesse e Carl Schmitt).

Em razão dessa dispositividade formal, os direitos fundamentais variam conforme a ideologia, a forma de Estado e de Governo e os valores consagrados no texto constitucional de cada país¹, revelando seu papel tradicional de **garantir a liberdade estritamente individual face ao arbítrio estatal, limitando a atuação do poder público**.

Contudo, sob o enfoque material, o conteúdo histórico e filosófico dos Direitos Fundamentais revela seu traço universalizante, consubstanciada na expressão “*direitos do homem*”², prerrogativas destinadas não a determinado grupo de pessoas, mas ao próprio gênero humano³.

Informados pelo enfoque material, os **direitos fundamentais de primeira geração** (na expressão de Bonavides) ou dimensão consagravam as prerrogativas das liberdades individuais da burguesia do século XVIII, chamados de **direitos civis e políticos**, titularizados pelos indi-

1. Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, p. 163 a 165

2. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, aprovada pela Assembléia

Nacional Constituinte da França revolucionária.

3. Paulo Bonavides. Curso de Direito Constitucional. P. 562

víduos e oponíveis sobretudo em face da atividade estatal. São exemplos dessa geração o respeito à **liberdade** e à **propriedade privada**.

Já os **direitos fundamentais de segunda geração** encontram-se ligados ao valor da **igualdade material**, propugnado pela luta da classe operária pelo reconhecimento dos **direitos sociais, econômicos e culturais**. Trata-se de direitos de titularidade coletiva. Em razão de preponderantemente exortarem o Estado à ação, ao contrário do que aconteceu com os direitos de primeira geração, os direitos fundamentais de segunda dimensão passaram por um ciclo de **baixa normatividade**, observando-se que quase todos os ordenamentos flertaram com a tese da **eficácia programática** ou da **reserva do possível**. O efeito prático das duas teses citadas foi exonerar, respectivamente, o Poder constituinte derivado (exercido de forma preponderante pelo Poder Legislativo) e o Poder Executivo do problema do déficit de eficácia.

A **terceira geração dos direitos fundamentais** foi informada pelo valor da **solidariedade** e compreende a defesa do **meio ambiente**, a **autodeterminação dos povos**, a **proteção do consumidor**, dentre outros.

Por fim, os **direitos fundamentais de quarta geração**, segundo *Paulo Bonavides*, podem ser associados às discussões que envolvem o **pluralismo e a diversidade**, de forma a concretizar os ditames do Estado social. *Norberto Bobbio* aponta também a relevância dos avanços no campo da **engenharia genética** e as conseqüências das “manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo”⁴.

Paulo Bonavides sustenta também a inclusão da **paz** como **direito fundamental de quinta geração**.

Encerrada a digressão acerca da evolução dos direitos fundamentais, cumpre diferenciá-los das **garantias fundamentais**, também objeto de positivação no art. 5º da Constituição. Direitos, como exposto, correspondem a bens e vantagens prescritos na norma, enquanto as **garantias** tratam dos instrumentos através dos quais se assegura o exercício dos direitos. Dentre esses instrumentos encontram-se as **ações constitucionais**, como o *habeas corpus*, *habeas data* e demais previstas na legislação infraconstitucional, mas diretamente ligadas às garantias previstas no texto constitucional.

3. NEOCONSTITUCIONALISMO E NEOPROCESSUALISMO: BREVE ESCORÇO E REPERCUSSÕES NO TEXTO DO ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Neopositivismo: a premissa necessária

A lei, e isso não mais se discute, perdeu seu posto de supremacia. Se, durante **segunda geração dos direitos**

fundamentais, chegou-se a dizer que os dispositivos que previam os aludidos direitos consistiam em meras exortações ao legislador, para que desse corpo normativo às conquistas ali consagradas (*mera eficácia programática*), hoje o panorama doutrinário e jurisprudencial é praticamente oposto.

Ocorreu uma crise do fundamento da imperatividade da lei genérica e abstrata, uma vez que a igualdade formal – criada em oposição aos privilégios da aristocracia do antigo regime – que animava a produção legislativa revelou-se insuficiente para a efetivação da própria liberdade que almejava proteger. A neutralidade legislativa (*todos serão iguais perante a lei*) e, conseqüentemente, da jurisdição, levou a um beco sem saída, porquanto era impensável falar em liberdade sem que se garantisse um mínimo de condições para uma vida digna.

Além disso, o positivismo clássico reduziu o Direito à lei, afastando-o das ponderações jusfilosóficas, permitindo a promoção da barbárie sob a proteção da legalidade, como mostraram o fascismo italiano e o nazismo alemão.

Assim, ainda que o texto normativo se mostre formalmente perfeito, não se pode concluir que o juiz deve proclamá-lo como resultado (*bouche de la loi*), apenas resultar de um processo legislativo regular. Torna-se necessário julgar não apenas o caso concreto, mas o próprio conteúdo da norma, tomando como paradigma os princípios e direitos fundamentais projetados na Constituição.

Neoconstitucionalismo

Em razão das conseqüências teóricas do pós-positivismo, foi superada a idéia de Estado Legislativo de Direito, adotando-se o Estado Constitucional de Direito, ocupando o texto constitucional o centro do sistema normativo, dotado de intensa carga valorativa.

Assim, opera-se a inversão da relação regra regulamentadora - regra de direito fundamental que se observou na fase dos **direitos fundamentais de segunda geração**: *não são as regras de direitos fundamentais que dependem de regulamentação para produzirem efeitos; pelo contrário, a legislação infraconstitucional encontra nos princípios e regras constitucionais seu fundamento de validade e eficácia, em virtude da força normativa da Constituição*.

Por outro lado, a subordinação das leis à Constituição reclama um sistema de controle de proteção e efetivação dos direitos fundamentais, exercido preponderantemente pelo Poder Judiciário. Anota Luís Prieto Sanchís que, como resultado disso, obtém-se uma **Constituição transformadora que pretende condicionar as decisões da maioria, tendo como principais protagonistas os juízes e não o legislador**⁵.

4.A era dos direitos, p. 6.

5.Neoconstitucionalismo y ponderación judicial, p. 126-127

Ao confrontar as regras tradicionais (aplicáveis mediante mera subsunção) com os princípios e regras de direitos fundamentais (cuja carga valorativa não absoluta demanda a técnica da ponderação), surgiram novos postulados normativos, dentre eles o da **supremacia da Constituição, interpretação conforme e o da máxima efetividade**.

Marcelo Novelino⁶ resume assim as principais características do neoconstitucionalismo:

- mais princípios do que regras;
- mais ponderação que subsunção;
- onipresença da Constituição em todas as áreas jurídicas;
- onipotência judicial em lugar de autonomia do legislador ordinário;
- coexistência de uma constelação plural de valores.

Ressalve-se a intensa crítica que Humberto Ávila⁷ fez ao neoconstitucionalismo, apontando a fragilidade de seus fundamentos quando analisados em face do ordenamento jurídico brasileiro:

Se existe um modo peculiar de teorização e aplicação do Direito Constitucional, pouco importa a sua denominação, baseado num modelo normativo (“da regra ao princípio”), metodológico (“da subsunção à ponderação”), axiológico (“da justiça geral à justiça particular”) e organizacional (“do Poder Legislativo ao Poder Judiciário”), mas esse modelo não foi adotado, nem é absolutamente com que o seja, é preciso repensá-lo, com urgência. Nada, absolutamente nada é mais premente do que rever a aplicação desse movimento que se convencionou chamar de neoconstitucionalismo no Brasil.

Se verdadeiras as conclusões no sentido de que os seus fundamentos não encontram referibilidade no ordenamento jurídico brasileiro, defendê-lo, direta ou indiretamente, é cair numa invencível contradição performática: é defender a primazia da Constituição, violando-a. O “neoconstitucionalismo”, baseado nas mudanças antes mencionadas, aplicado no Brasil, está mais para o que se possa denominar, provocativamente, de uma espécie enrustida de “não-constitucionalismo”: um movimento ou ideologia que barulhentemente proclama a supervalorização da Constituição enquanto silenciosamente promove a sua desvalorização.

Neoprocessualismo

O estudo do processo foi influenciado por todo esse processo de valorização da Constituição, que passou a contemplar, em um primeiro momento a **tutela constitucional do processo**, que é o conjunto de princípios e ga-

rantias vindos da Constituição que versam sobre a tutela jurisdicional (princípio da inafastabilidade – art. 5º, XXXV da CF/88), o devido processo legal (art. 5º, LIV da CF/88), a exigência de motivação dos atos judiciais (art. 93, IX da CF/88); e a chamada **jurisdição constitucional das liberdades**, que compreende o arsenal de meios previstos no texto constitucional para dar efetividade aos direitos individuais e coletivos, como o mandado de segurança, o *habeas corpus*, a ação civil pública, as ações de controle de constitucionalidade e etc.

Partindo desse contexto, fala-se hoje no surgimento do **neoprocessualismo**, cujos adeptos desenvolvem o estudo dos institutos processuais a partir das premissas do neoconstitucionalismo. O movimento, na UFRS, foi chamado de **formalismo-valorativo**, nomenclatura que, segundo seus adeptos, dá destaque para a afirmação da importância da boa-fé processual como aspecto ético do processo.

Em razão dessa matiz constitucional, a mencionada corrente trata os tradicionais princípios processuais como **direitos fundamentais processuais**, especialmente aqueles que contam com previsão expressa na Constituição:

“... o uso de terminologias como ‘garantias’ ou ‘princípios’ pode ter o inconveniente de preservar toda aquela concepção das normas constitucionais, sobretudo aquelas relativas aos direitos fundamentais, que não reconhece a plena força positiva de tais normas, em suma, a sua aplicação imediata. Dessa forma, revela-se extremamente oportuno procurar substituir essas expressões terminológicas pela de ‘direitos fundamentais’, de modo a deixar explicitado a adoção desse novo marco teórico-dogmático que constitui o cerne do constitucionalismo contemporâneo, a saber, a teoria dos direitos fundamentais.”⁸

Essa evolução não passou despercebida à comissão de juristas do novo Código de Processo Civil, que deu o nome “Dos **princípios e garantias fundamentais** do processo civil” ao primeiro capítulo do novo código.

Processo e direitos fundamentais – dupla dimensão dos direitos fundamentais – valorização do rol de direitos fundamentais processuais previstos na Constituição

Reconhece-se atualmente uma dupla dimensão das normas de direitos fundamentais:

- a) subjetiva: as normas de direitos fundamentais conferem direitos subjetivos, que atribuem posições jurídicas de vantagens aos seus titulares;

6. Direito Constitucional, p. 60-61

7. “NEOCONSTITUCIONALISMO: ENTRE A CIÊNCIA DO DIREITO E O DIREITO DA CIÊNCIA Revista Eletrônica de Direito do Estado. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em 01/06/2010.

8. Marcelo Lima Guerra. Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil.

São Paulo: RT, 2003, p. 100

b) objetiva: por possuírem forte carga valorativa, são normas que devem informar a interpretação e a aplicação de todo o ordenamento jurídico.

As normas processuais, à luz do neoconstitucionalismo e do neoprocessualismo, encontram seu fundamento de validade e eficácia nas normas de direitos fundamentais. O processo deve ser adequado à tutela dos direitos fundamentais (dimensão subjetiva) e estruturado conforme essas mesmas normas (dimensão objetiva – direito fundamental ao contraditório, à ampla defesa, etc...).

Percebe-se a preponderância do papel do magistrado para desempenhar a reconstrução do processo civil à luz da constituição. Não é por outra razão que o art. 461, §5º do atual CPC conferiu ampla liberdade ao magistrado para determinar as medidas necessárias para a efetivação da tutela específica.

Para atingir os audaciosos fins almejados, a doutrina delineou o papel do magistrado da seguinte forma:

a) ele deve interpretar os direitos fundamentais processuais à luz da hermenêutica constitucional, conferindo-lhes o máximo de eficácia;

b) o magistrado poderá afastar qualquer regra que se mostre contrária a efetivação de um direito fundamental;

c) o magistrado deve levar em consideração eventuais limitações impostas ao exercício de um direito fundamental por outros direitos fundamentais.

A título de exemplo, cabe observar o teor do art. 1º do anteprojeto do novo CPC:

Art. 1º *O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.*

Como conseqüências do panorama aqui descrito pode-se mencionar o reconhecimento de um direito fundamental ao devido processo legal, à máxima efetividade, a um processo sem dilações desnecessárias, à igualdade processual e à participação no contraditório.

Como forma de ilustração, transcreve-se alguns dispositivos do anteprojeto que incorporam essa orientação doutrinária:

• **Máxima efetividade: Art. 4º** A tutela prestada por meio do processo será plena e, sempre que possível, específica, compreendendo tanto a inibição da ameaça a direito como a reparação do dano contra ele consumado.

• **Celeridade processual: Art. 5º** As partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral da lide, incluída a atividade satisfativa.

• **Devido processo legal (substancial): Art. 6º** As partes têm direito de participar ativamente do processo, coope-

rando entre si e com o juiz, e fornecendo-lhe subsídios para que profira decisões, realize atos executivos ou determine a prática de medidas de urgência.

• **Igualdade processual: Art. 8º** É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório em casos de hipossuficiência técnica.

• **Adaptação do procedimento – criatividade do juiz: Art. 153, §1º: § 1º** Quando o procedimento ou os atos a serem realizados se revelarem inadequados às peculiaridades da causa, deverá o juiz, ouvidas as partes e observados o contraditório e a ampla defesa, promover o necessário ajuste.

Aproveitando o ensejo, ao ler a parte final do parágrafo primeiro do art. 153 do anteprojeto, lembro-me das inúmeras e desnecessárias lembranças feitas ao magistrado para que “observe o contraditório” antes de tomar as mais corriqueiras providências.

Ora, por força da Constituição vigente, da LOMAN, e também do capítulo do anteprojeto intitulado “princípios e garantias fundamentais”, o magistrado já é sabedor do dever de promover o andamento célere do processo e da importância da conciliação, além dos outros “deveres” repetidos à exaustão durante o texto do anteprojeto.

O art. 11 do anteprojeto diz que não poderá o juiz decidir com base em fundamento a respeito do qual as partes não tiveram oportunidade de se manifestarem, ainda que se trate de matéria cognoscível de ofício. A excelente regra, todavia, não precisa ser repetida incontáveis vezes ao longo dos mais de mil artigos do novo CPC, como ocorre nos artigos 153, §1º, 199, §4º, 261, parágrafo único, apenas para citar alguns.

Esse viés policialesco se choca com o papel do judiciário como protagonista da interpretação e aplicação das normas à luz da Constituição. Afinal, como confiar aos magistrados tarefa tão nobre se eles precisam ser advertidos a todo momento para respeitar o contraditório, que sempre foi inerente à atividade judicante desde antes do movimento de valorização da constituição.

A questão seria simples caso fosse restrita a esses termos. Seria exemplo de mera falta de técnica legislativa, passível de aperfeiçoamento posterior. Contudo, proponho o aprofundamento da análise das conseqüências práticas do neoconstitucionalismo e as “tendências” reservadas ao processo.

4. CONSTITUCIONALISMO SIMBÓLICO COMO NOVA TENTATIVA DE IRRESPONSABILIZAÇÃO PELO DÉFICIT DE EFETIVIDADE DOS MANDAMENTOS CONSTITUCIONAIS: A BATATA

QUENTE ESTÁ NAS MÃOS DO JUDICIÁRIO

Como já exposto, com o surgimento dos **direitos fundamentais de segunda geração** o Estado se viu exortado a conferir materialidade às promessas constitucionais. Em razão da insuficiência de recursos financeiros, técnicos e humanos, tais direitos padeciam de **baixa normatividade**, observando-se que quase todos os ordenamentos flertaram com a tese da **eficácia programática** ou da **reserva do possível**. O efeito prático das duas teses citadas foi exonerar, *respectivamente*, o *Poder constituinte derivado (exercido de forma preponderante pelo Poder Legislativo)* e o *Poder Executivo do problema do déficit de eficácia*.

Hoje assiste-se a uma nova tentativa de exoneração, que usa o Judiciário como válvula de escape.

Constitucionalismo simbólico

O professor Marcelo Neves, ao apontar a “discrepância entre a função hipertroficamente simbólica e a insuficiente concretização jurídica de diplomas constitucionais”⁹ colocou o dedo na ferida do déficit de eficácia das normas Constitucionais: o furor legiferante, longe de dar concretude aos direitos fundamentais, se presta, preponderantemente, a funcionar como *álibi*, com o objetivo de criar a ilusão de ativismo Estatal e causando na prática o adiamento da solução dos conflitos sociais.

Busca a legislação-*álibi* conferir aparência de presteza. Destina-se, segundo Marcelo Neves “**a criar uma imagem de um Estado que responde normativamente aos problemas reais da sociedade**, embora as respectivas relações sociais não sejam realmente normatizadas de maneira consequente conforme o respectivo texto legal. Nesse sentido, pode-se afirmar que **a legislação-álibi constitui uma forma de manipulação ou de ilusão que imuniza o sistema político contra outras alternativas**, desempenhando uma função ideológica”¹⁰.

A acuidade do autor traz à mente as corriqueiras mudanças na legislação penal que ocorrem a cada crime bárbaro noticiado pela imprensa, como se novas letras no texto legal pudessem encobrir a vergonhosa omissão Estatal na prevenção dos delitos.

Assim, de um lado o Poder Executivo banaliza o discurso da reserva do possível, olvidando-se que a tese só poderá ser oposta à efetivação dos direitos fundamentais quando provar (**o ônus da prova é do Estado**) que a efetivação da garantia trará mais danos que vantagens aos direitos fundamentais da coletividade.

Por outro, o Poder Legislativo permanece em estado de letargia, cuidando de seus próprios interesses. Só se movimenta quando há grande clamor popular e sua

atuação se reveste de um caráter ilusório, apenas enquanto o assunto está na pauta dos jornais.

Não é de se admirar que a doutrina que defende o neoconstitucionalismo afirma que cabe ao Judiciário a importante missão de implementar a efetividade das normas constitucionais.

Como representante da classe, afirmo sem temores: ACEITAMOS A TAREFA! Nunca nos furtamos a esse ou qualquer outro papel necessário a construção do Estado Democrático de Direito. Contudo, cabe apontar a manipulação desse papel conferido à função jurisdicional com o objetivo de frustrar os fins constitucionais.

Construções normativas e posterior desacreditação – a culpa é do juiz

É de conhecimento geral que as discussões acerca das ações coletivas encontram-se na vanguarda da ciência processual, louvadas como importante meio de acesso à justiça e de economia processual.

De forma coerente com tais objetivos, dispunha a redação original do art. 16 da Lei da Ação Civil Pública que “a sentença civil fará coisa julgada erga omnes, exceto se a ação for julgada improcedente por deficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”.

Contudo, de maneira injustificável, a Lei nº. 9.494/97 alterou o artigo mencionado, limitando a eficácia da coisa julgada aos limites da “competência territorial do órgão prolator”.

Ora, limitar a abrangência da coisa julgada significa multiplicar demandas, contrariando os objetivos da tutela coletiva e o próprio bom senso.

Percebe-se, portanto, o desinteresse do legislador com a real efetivação do acesso à justiça, que, por meio de sua atuação meramente *simbólica*, promove a implementação de interesses escusos, deixando para doutrina e jurisprudência a tarefa de *limpar a lambança que fizeram no ordenamento*.

Melhor seria extinguirem de uma vez as ações coletivas, o que pelo menos evitaria o descrédito e a perplexidade da população diante de uma decisão que vale apenas em determinada circunscrição territorial.

A incongruência será ainda maior se mantida a eficácia *erga omnes* da decisão do “incidente de resolução de demandas repetitivas” previsto no anteprojeto do novo CPC¹¹.

Ademais, o furor legislativo irresponsável e a ausência de gestão adequada dos recursos pela administração acabam por aumentar o volume de demandas do Ju-

9. Marcelo Neves. A constitucionalização simbólica. p. 1

10. Neves. Op. cit. p. 39-40.

11. Art. 960. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos penais que versem idêntica questão de direito.

diciário, levando ao conhecido problema da morosidade e à judicialização das relações.

Quem dentre os presentes já teve o “prazer” de acompanhar uma das milhares de demandas individuais que versam sobre cobrança de expurgos inflacionários saberá do que estou falando.

Ocorre que a morosidade é essencial ao planejamento orçamentário de entes públicos e privados, porquanto se exercidas, ao mesmo tempo, todas as pretensões resistidas, não sobraria sequer um centavo nos cofres daqueles que sistematicamente violam os direitos fundamentais.

A perversidade do constitucionalismo simbólico revela-se na tentativa de efetivação de suas promessas vazias, recaindo a responsabilidade do déficit de efetivação somente sobre os ombros do Judiciário: por um lado, exaltado por ser o mais adequado para missão de conferir racionalidade constitucional ao ordenamento; por outro, tachado de moroso e insensível à ânsia de justiça da população.

5. CONCLUSÃO

A nova tendência que se vislumbra com o advento de um novo Código de Processo Civil é um bem vindo protagonismo da figura do juiz, embora acompanhado de uma boa dose de desconfiança da comissão que elaborou o anteprojeto.

Nesse contexto, a influência e consolidação da hermenêutica constitucional no âmbito de interpretação e aplicação das normas processuais fornecerá um bom arsenal para que o magistrado crie, adapte e efetive soluções adequadas à Constituição.

Contudo, tais avanços não podem ser utilizados para exoneração dos demais Poderes da República de suas missões, também indispensáveis à implementação prática das normas de direitos fundamentais.

Por isso, convido os profissionais e estudantes aqui presentes para cerrar fileiras contra a atuação estatal ilusória, a fim de restaurar o equilíbrio e a harmonia entre os Poderes da República na consecução dos seus objetivos fundamentais.

CLÁUSULAS GERAIS PROCESSUAIS

Fredie Didier Jr.

Professor-adjunto de Direito Processual Civil da Universidade Federal da Bahia; Mestre (UFBA), Doutor (PUC/SP) e Pós-doutor (Universidade de Lisboa); Advogado e consultor jurídico.
www.frediedidier.com.br

SUMÁRIO

1. Consideração introdutória; 2. Cláusulas gerais;
3. O Direito processual civil e as cláusulas gerais.

RESUMO

Este ensaio tem o objetivo de demonstrar a importância da técnica legislativa das cláusulas gerais para o direito processual civil contemporâneo.

Palavras-chave: Direito processual civil – cláusulas gerais – criatividade judicial

1. CONSIDERAÇÃO INTRODUTÓRIA

A metodologia jurídica transformou-se sensivelmente a partir da segunda metade do século XX. Embora não seja este o local adequado para fazer uma resenha deste processo histórico, não se pode deixar de afirmar uma quase obviedade: o Direito processual civil não é imune a toda essa transformação.

A compreensão e a aplicação do Direito processual

não podem prescindir desta nova metodologia. É preciso fazer um *aggiornamento* do repertório teórico do operador do Direito; apontar as principais marcas do pensamento jurídico contemporâneo e examinar de que modo elas vêm interferindo no Direito processual civil e na Teoria do Processo.

Uma dessas marcas é a transformação da hermenêutica jurídica, com o reconhecimento do papel criativo e normativo da atividade jurisdicional: a função jurisdicional passa a ser encarada como uma função essencial ao desenvolvimento do Direito, seja pela estipulação da norma jurídica do caso concreto, seja pela interpretação dos textos normativos, definindo-se a norma geral que deles deve ser extraída e que deve ser aplicada a casos semelhantes.

Estabelece-se, ainda, a distinção teórica entre *texto* e *norma*, sendo essa o produto da interpretação daquele¹. Consagram-se as máximas (postulados, princípios ou regras, conforme a teoria que se adote) da proporcionalidade e da razoabilidade na aplicação das normas. Identifica-se o método da *concretização* dos textos normativos, que passa a conviver com o método da *subsunção*².

Expandem-se, ainda, a técnica legislativa das *cláusulas gerais*, que exigem do órgão jurisdicional um papel ainda mais ativo na criação do Direito.

Esse último aspecto é o que interessa a esse ensaio, que cuida de destacar a importância e a função das cláusulas gerais no direito processual civil.

2. CLÁUSULAS GERAIS

Cláusula geral é uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o conseqüente (efeito jurídico) é indeterminado. Há, portanto, uma indeterminação legislativa em ambos os extremos da estrutura lógica normativa³. Há várias concepções sobre as *cláusulas gerais*⁴. Optamos por essa para

1. GUAISTINI, Riccardo. Das fontes às normas. Edson Bini (trad.). São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 131.

2. TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, tratando da insuficiência da dogmática tradicional para resolver os problemas jurídicos do mundo contemporâneo observa que: "muitos são os pontos em que se evidencia a fragilidade, ou pelo menos a insuficiência, do raciocínio dedutivo e da lógica formal e pura, instrumentos típicos da dogmática tradicional". (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória. São Paulo: RT, 2009, item 2.2, p. 37.)

3. MARTINS-COSTA, Judith. A boa fé no direito privado: sistema e tópicos no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999, p. 303-306; CASTRONOVO, Carlo. "L'avventura delle clausole generali". Rivista Critica del Diritto Privato, 1986, ano IV, n. 1, p. 24, nota 14; ÁVILA, Humberto Bergmann. "Subsunção e concreção na aplicação do direito". Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros (org.). Faculdade de Direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo século. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p. 432; MAZZEI, Rodrigo. "O Código Civil de 2002 e o Judiciário: apontamentos na aplicação das cláusulas gerais". Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual. Salvador: Edições JUS PODIVM, 2006, p. 34;

CAMBI, Eduardo e NALIN, Paulo. "O controle da boa-fé contratual por meio dos recursos de estrito direito". Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais. Teresa Wambier e Nelson Nery Jr. (coord.). São Paulo: RT, 2003, p. 95.

4. CLÁUDIA LIMA MARQUES, por exemplo, entende que os tipos normativos abertos, com conseqüência jurídica determinada, são também cláusulas gerais. É o caso, por exemplo, do inciso IV do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor brasileiro, em que se reputam nulas as cláusulas contratuais em contratos de consumo que "estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou seja, incompatíveis com a boa-fé ou a equidade". Não obstante a determinação da conseqüência jurídica (nulidade), a abertura do tipo normativo autorizaria que se o reputasse como uma cláusula geral. Ao longo do texto, sempre que for útil para a compreensão da nossa exposição, faremos referência a essas outras linhas de raciocínio. (MARQUES, Cláudia Lima. "Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação?". Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: RT, 2002, n. 43, p. 228-232).

fins didáticos, além de a considerarmos a mais adequada, mas não se ignora a existência de outras.

JUDITH MARTINS-COSTA, uma das autoras que mais contribui para a correta sistematização das cláusulas gerais, assim as define: “Considerada do ponto de vista da técnica legislativa, a cláusula geral constitui, portanto, uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente ‘aberta’, ‘fluida’ ou ‘vaga’, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista do caso concreto, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja a concretização pode estar fora do sistema; estes elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo pelo qual, reiterados no tempo os fundamentos da decisão, será viabilizada a ressistematização destes elementos originariamente extra-sistemáticos no interior do ordenamento jurídico”⁵. Cabe ao aplicador da norma identificar o preenchimento do suporte fático e determinar qual a consequência jurídica que dele será extraída⁶.

A cláusula geral é uma técnica legislativa que vem sendo cada vez mais utilizada, exatamente porque permite uma abertura do sistema jurídico a valores ainda não expressamente protegidos legislativamente, a “standards”⁷, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não-advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfego jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos metajurídicos, *viabilizando a sua sistematização e permanente*

ressistematização no ordenamento positivo”⁸.

A técnica das “cláusulas gerais” contrapõe-se à técnica casuística⁹. *Não há sistema jurídico exclusivamente estruturado em cláusulas gerais* (que causaríamos uma sensação perene de insegurança) ou em regras casuísticas (que tornariam o sistema sobremaneira rígido e fechado, nada adequado à complexidade da vida contemporânea). *Uma das principais características dos sistemas jurídicos contemporâneos é exatamente a harmonização de enunciados normativos de ambas as espécies*¹⁰.

É indiscutível que a existência de cláusulas gerais reforça o poder criativo da atividade jurisdicional¹¹. O órgão julgador é chamado a interferir mais ativamente na construção do ordenamento jurídico, a partir da solução de problemas concretos que lhe são submetidos.

O método da *subsunção* do fato ao enunciado normativo, próprio e útil para os casos de textos normativos típicos e fechados, revela-se insuficiente para a aplicação de cláusulas gerais. As cláusulas gerais exigem *concretização* em vez de *subsunção*. “Na apreciação do caso concreto, o juiz não tem apenas de ‘generalizar’ o caso; tem também de ‘individualizar’ até certo ponto o critério; e precisamente por isso, a sua actividade não se esgota na ‘subsunção’. Quanto ‘mais complexos’ são os aspectos peculiares do caso a decidir, ‘tanto mais difícil e mais livre se torna a actividade do juiz, tanto mais se afasta da aparência da mera subsunção’”¹².

O Direito passa a ser construído a posteriori, em uma mescla de indução e dedução¹³, atento à complexidade da vida, que não pode ser totalmente regulada pelos esquemas lógicos reduzidos de um legislador que pensa abstrata e aprioristicamente¹⁴. As cláusulas gerais servem para a realização da *justiça do caso con-*

5. MARTINS-COSTA, Judith. A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional, cit., p. 303.

6. Em sentido diverso, Luigi Mengoni, para quem as cláusulas gerais não têm “una propria autonoma fattispecie, essendo destinate a concretizzarsi nell’ambito dei programmi normativi di altre disposizioni”. (MENGONI, Luigi. “Spunti per una teoria delle clauseole generali”. *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1986, ano IV, n. 1, p. 11).

7. O standard é um argumento utilizado pelo intérprete na aplicação do Direito. Trata-se de um modelo (standard), um tipo de comportamento aceitável em determinada situação. A “diligência mínima de um homem comum”, os “costumes do tráfico”, a “boa-fé” etc. são exemplos. Os standards têm a função de orientação (Steuerungsfunktion) na concretização das cláusulas gerais (VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*, p. 396). Sobre o tema, amplamente, ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, s/a, p. 123-125; LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, cit., p. 660-661.

8. MARTINS-COSTA, Judith. “O Direito Privado como um ‘sistema em construção’. As cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro”. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado, 1998, n. 139, p. 7.

9. ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 9ª ed. J. Baptista Machado (trad.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 228-229. “A casuística, também dita técnica da regulamentação por fattispecie, é, portanto, a técnica utilizada nos textos normativos marcados pela especificação ou determinação dos elementos que compõem a fattispecie. Em outras palavras, nas normas formuladas casuisticamente, percebe-se que o legislador fixou, do modo o mais possível completo, os critérios para aplicar uma

certa qualificação aos fatos normados”. (MARTINS-COSTA, Judith. *O Direito Privado como um ‘sistema em construção’*. As cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro”. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado, 1998, n. 139, p. 7.) Assim, também, MENGONI, Luigi. “Spunti per una teoria delle clauseole generali”, cit., p. 9.

10. MARTINS-COSTA, Judith. “O Direito Privado como um ‘sistema em construção’. As cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro”, cit., p. 7.

11. Reconhecendo ser extremamente difícil de resolver o problema relativamente aos limites da criatividade judicial, que devem ser fixados na exata medida em que não comprometam o Estado de Direito, Teresa Arruda Alvim Wambier observa que: “A liberdade do juiz, num sistema de direito positivo e codificado, consiste em determinar, em cada caso, o perímetro ou o contorno das determinações legais (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*, cit., p. 102).

12. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª ed. José Lamego (trad.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 150, com base nas lições de Schönfeld.

13. ÁVILA, Humberto Bergmann. “Subsunção e concreção na aplicação do direito”, cit., p. 429-430; MENKE, Fabiano. “A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos”. *Revista da AJURIS*. Porto Alegre: AJURIS, n. 103, p. 79.

14. MARTINS-COSTA, Judith. “O Direito Privado como um ‘sistema em construção’. As cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro”. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado, 1998, n. 139, p. 7; PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Maria Cristina De Cicco (trad.). 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 27.

creto¹⁵; revelam-se, em feliz metáfora doutrinária, como “pontos de erupção da equidade”¹⁶.

Como afirma WIEACKER, “as cláusulas gerais constituíram uma notável e muitas vezes elogiada concessão do positivismo à auto-responsabilidade dos juízes e a uma ética social transpositiva, cujo padrão propulsor para o legislador foi constituído pela organização dada pelo *prae-tor* romano ao *judex* para determinar o conteúdo da decisão de acordo com a *bona fides*. O legislador transformou o seu trabalho – através da referência à “boa-fé”, aos bons costumes, aos hábitos do tráfico jurídico, à justa causa, ao carácter desproporcionado, etc. – em algo mais apto para as mutações e mais capaz de durar do que aquilo que era de se esperar”¹⁷.

Um das técnicas de compreensão e aplicação das cláusulas gerais é o “método do grupo de casos” (*Fallgruppenmethode*), desenvolvido pelos juristas germânicos e aplicado, por exemplo, na *arrumação das hipóteses de aplicação do princípio da boa-fé processual*. Trata-se de método que reforça a função do precedente judicial na concretização das normas gerais, inclusive as cláusulas gerais.

Conforme a explicação de FABIANO MENKE, “por meio dele, compara-se o caso a ser decidido com os casos isolados que integram um grupo de casos já julgados sobre determinada norma. Caso haja identidade fático-normativa entre os casos, será possível agregar o novo caso ao grupo já consolidado, e no que toca à sua fundamentação, bastará a indicação de que pertence ao grupo, de maneira que ocorre um verdadeiro reaproveitamento das razões já expendidas nas hipóteses assemelhadas. Parece ter lugar uma nova configuração da argumentação, no sentido de que ela não busca a justificação da adequação de determinada cláusula geral ao caso em questão, mas sim a possibilidade de comparação entre o novo caso com os já decididos”¹⁸.

A relação entre cláusula geral e o precedente judicial é bastante íntima. Já se advertiu, a propósito, que a utilização da técnica das cláusulas gerais aproximou o sistema do *civil law* do sistema do *common law*. Esta relação revela-se, sobretudo, em dois aspectos. Primeiramente, a cláusula geral reforça o papel da jurisprudência na criação de normas gerais: a reiteração da aplicação de uma mesma *ratio decidendi* dá especificidade ao conteúdo normativo de uma cláusula geral, sem, contudo, esvaziá-la; assim ocorre, por exemplo, quando se entende que tal conduta típica é ou não exigida pelo princípio da boa-fé¹⁹. Além disso, a cláusula geral funciona como *elemento de conexão*, permitindo ao juiz fundamentar a sua decisão em casos precedentemente julgados²⁰.

A vagueza da proposição normativa é esclarecida paulatinamente pelas decisões judiciais, que “mediante exemplos ‘ilustrativos’ e, em seguida, “por via da comparação com outros casos julgados em conformidade com eles, bem como mediante a elaboração de idéias jurídicas novas e mais especiais, com base na análise jurídica dos casos em que elas se manifestam, conseguem enriquecer cada vez mais o conteúdo da pauta relativamente ‘indeterminada’, concretizá-la em relação a certos casos e grupos de casos e, deste modo, criar finalmente um entrelaçado entre modelos de resolução em que possam ser arrumados, na sua maioria, os novos casos a julgar”²¹.

O método do agrupamento de casos não é perfeito, obviamente. Há casos julgados em época com contexto social muito diverso (casos sobre “bons costumes” do início do século vinte teriam pouca serventia nos dias atuais²²). Pode ser que ainda não haja casos passíveis de comparação, quando então, “mas só precisamente então”, só a convicção pessoal do órgão julgador do que seja a medida do justo poderá oferecer a solução²³. Finalmente, há o perigo de que o agrupamento de casos sirva de fun-

15. Tratando das cláusulas gerais, diz Teresa Arruda Alvim Wambier que a cláusula geral não se refere de maneira minuciosa a fenomenologia social a que diz respeito, apontando exclusivamente as características mais marcantes da situação empírica em que a norma deve incidir. Numa cláusula geral há sempre valores incorporados e elas exercem o papel de “poros” ou de janelas abertas para a mobilidade da vida em sociedade. Está-se, aqui, portanto, segundo a autora, diante de um fenómeno mais complexo do que a inclusão de conceitos vagos na norma. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória. São Paulo: RT, 2009, p. 161).

16. CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Introdução e Tradução por A. Menezes Cordeiro. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 142.

17. WIEACKER, Franz. História do Direito Privado Moderno. A. M. Botelho Hespanha (trad.). 3ª ed. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2004, p. 546.

18. MENKE, Fabiano. “A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos”. Revista da AJURIS. Porto Alegre: AJURIS, n. 103, p. 81-82. O autor faz bela resenha da doutrina germânica em derredor do tema. Certamente, é uma importante fonte de pesquisa língua portuguesa, que merece consulta e para onde se remete o leitor.

19. MARTINS-COSTA, Judith. “O Direito Privado como um ‘sistema em construção’. As cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro”, cit., p. 10.

20. “Figure-se por exemplo, num sistema no qual inexistia cláusula geral em matéria de direito dos contratos, o julgamento de uma variedade de casos em que os magistrados decidam ter havido inadimplemento contratual por parte de um ou de ambos contratantes,

partes no litígio, pela infringência de certos deveres de conduta, positivos ou negativos, não previstos nem na lei nem no contrato. Uma tal decisão pode vir fundada, pelo juiz ‘A’ numa referência à equidade; pelo juiz ‘B’, ao princípio que veda o abuso do direito; pode outro juiz aludir, genericamente, aos princípios gerais do direito, e ainda outro pode buscar, para fundar o decisor, mesmo um princípio pré-positivo, ainda inexpresso legislativamente. Um último, por fim, imporá os mesmos deveres com base numa interpretação integradora da vontade contratual. Em todas estas situações a sentença poderá estar adequadamente fundamentada. Contudo, ninguém discutirá que a dispersão dos fundamentos utilizados dificultará sobremaneira a pesquisa dos precedentes, pois será quase impossível visualizar a identidade da *ratio decidendi* existente em todos os exemplos acima figurados, “a menos que seja facultado (ao juiz do caso atual) consultar toda a matéria de que se serviu o juiz (dos casos precedentes) na sua integralidade”, o que se afigura, na prática, fantástico. Mas é preciso convir que a diversidade dos fundamentos elencados não só problematiza a pesquisa jurisprudencial, como, por igual, o progresso do Direito – pela dificuldade na reiteração da hipótese nova –, impedindo a sistematização da solução inovadora. Por isto à cláusula geral cabe o importantíssimo papel de atuar como o ponto de referência entre os diversos casos levados à apreciação judicial, permitindo a formação de catálogo de precedentes”. (MARTINS-COSTA, Judith. “O Direito Privado como um ‘sistema em construção’. As cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro”, cit., p. 10-11).

21. LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. 3ª ed., cit., p. 411.

22. LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. 3ª ed., cit., p. 412.

23. LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. 3ª ed., cit., p. 413.

damento para um retorno ao método da subsunção exclusiva, impedindo o desenvolvimento judicial do Direito e acomodando a interpretação das cláusulas gerais pelos tribunais²⁴.

Há outros elementos que, ao lado dos precedentes, servem à concretização das cláusulas gerais.

A observância à *finalidade concreta da norma* é um dos elementos imprescindíveis à concretização de uma cláusula geral. O método teleológico de compreensão das normas, não obstante tenha as suas dificuldades²⁵, não pode ser ignorado. Cabe ao aplicador procurar os “objetivos concretos” da norma: a concretização é uma atividade, é um criativo processo de integração de valores e interesses concretos²⁶.

Outro elemento decisivo na concretização das cláusulas gerais é a *pré-compreensão* do aplicador a respeito dos elementos do enunciado normativo. “Não se pode negar que, ao apreciar as circunstâncias de fato e as hipóteses normativas, o aplicador opera seletivamente e, nessa atividade, há componentes que não estão pré-qualificados sistematicamente, mas que são, limitadamente, qualificados pelo próprio aplicador”²⁷.

Não pode o aplicador, na concretização das cláusulas gerais, ignorar o *consenso social* já estabelecido a respeito de determinadas circunstâncias que devem ser por ele examinadas²⁸. As práticas negociais de agricultores de uma região, por exemplo, não podem ser ignoradas na compreensão do que significa um comportamento socialmente havido como honesto (*standard*), para fim de concretização da cláusula geral da boa-fé. Os *standards* servem como parâmetro para a concretização das cláusulas gerais²⁹⁻³⁰.

PEDRO PAIS DE VASCONCELOS defende que a concretização das cláusulas gerais exige que o intérprete “se debruce sobre a situação concreta do caso, que intua a constelação valorativa de referência, que pondere a consequência da concretização e que formule o juízo em ter-

mos tais que seja susceptível de ser sindicado”³¹. A observação é importante, exatamente para destacar o seguinte: a concretização das cláusulas gerais pode ser controlada, quer por razões formais (incompetência do órgão julgador ou falta de fundamentação), quer por razões substanciais (má compreensão da cláusula geral). *É possível rever uma decisão que aplica mal uma cláusula geral, quer porque a aplicou de modo irrazoável ou inadequado (decisão injusta), quer porque a aplicou sem a devida fundamentação (decisão nula)*.

As cláusulas gerais trazem consigo, entretanto, o sério risco de insegurança jurídica.

A despeito do contexto político-social da época da decisão, as cláusulas gerais “possibilitam ao juiz fazer valer a parcialidade, as valorações pessoais, o arrebatamento jusnaturalista ou tendências moralizantes do mesmo gênero, contra a letra e contra o espírito da ordem jurídica. Por outro lado, o uso inadequado, hoje cada vez mais freqüente, das cláusulas gerais pelo legislador atribui ao juiz uma responsabilidade social que não é a do seu ofício”³². Esses problemas ainda podem ganhar maior vulto em tempos de efervescência social, guerras ou crise econômica. Há o perigo quase inevitável da *fuga para as cláusulas gerais* (*Die Flucht in die Generalklauseln*), conforme célebre expressão de HEDEMANN. Como parece ser inevitável a existência de cláusulas gerais no ordenamento jurídico, inclusive no Direito processual, cabe à teoria jurídica e à jurisprudência desenvolver técnicas dogmáticamente adequadas de manejo dessas espécies normativas.

Finalmente, é preciso distinguir *cláusula geral* e *princípio*. *Cláusula geral* é um *texto jurídico*; princípio é norma. São institutos que operam em níveis diferentes do fenômeno normativo. A norma jurídica é produto da interpretação de um texto jurídico³³. Interpretam-se textos jurídicos para que se verifique qual norma deles pode ser extraída. Um princípio pode ser extraído de uma cláusula geral, e é o que costuma acontecer. Mas a *cláusula geral*

24. Essa dura crítica ao método de grupo de casos foi feita por Ralph Weber em WEBER, Ralph. “Einige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen”. *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 192, 6º caderno. Tübingen: Mohr, 1992, p. 516-567. No texto de Fabiano Menke, já mencionado, que nos serviu de fonte de pesquisa, encontra-se a resenha em língua portuguesa deste ensaio.

25. “...o sentido das normas nem sempre é unívoco; há fins próximos e fins remotos; os fins podem situar-se dentro e fora das normas e o próprio conceito de fim já contém, em si, uma dificuldade de delimitação”. (ÁVILA, Humberto Bergmann. “Subsunção e concreção na aplicação do direito”, cit., p. 439).

26. ÁVILA, Humberto Bergmann. “Subsunção e concreção na aplicação do direito”, cit., p. 439.

26. ÁVILA, Humberto Bergmann. “Subsunção e concreção na aplicação do direito”, cit., p. 440.

28. LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, t. 1, p. 143.

29. Convém transcrever o pensamento de LARENZ sobre o tema: “Tais standards não são, como acertadamente observa STRACHE, regras configuradas conceptualmente, às quais se possa efectuar simplesmente a subsunção por via do procedimento silogístico, mas pautas ‘móveis’, que têm que ser inferidas da conduta reconhecida como ‘típica’ e que têm que ser permanentemente concretizadas”. (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª ed., cit., p. 655-673). Como se pode perceber, seja pela referência ao agrupa-

mento de casos, seja pela remissão aos standards, a concretização das cláusulas gerais não pode prescindir do pensamento tipológico (a partir de “tipos”, “modelos”).

30. Muito a propósito, eis o que diz Gadamer: “Aquele que quer compreender não pode se entregar de antemão ao arbítrio de suas próprias opiniões prévias, ignorando a opinião do texto da maneira mais obstinada e conseqüente possível [...]. Em princípio, quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixar que este lhe diga alguma coisa. Por isso, uma consciência formada hermeneuticamente deve, desde o princípio, mostrar-se receptiva à alteridade do texto. Mas essa receptividade não pressupõe nem uma ‘neutralidade’ com relação à coisa nem tampouco um anulamento de si mesma; implica antes uma destacada apropriação das opiniões prévias e preconceitos pessoais. O que importa é dar-se conta dos próprios pressupostos, a fim de que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade, podendo assim confrontar sua verdade com as opiniões prévias pessoais”. (GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 7ª ed. Petrópolis/RJ: Vozes, Bragança Paulista/SP: Universitária São Francisco, 2005, p. 358.)

31. VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 394.

32. WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*, cit., p. 546-547.

33. GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Edson Bini (trad.). São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 131.

é texto que pode servir de suporte para o surgimento de uma regra. Da *cláusula geral* do devido processo legal é possível extrair a *regra* de que a decisão judicial deve ser motivada, por exemplo.

Este ensaio é mais um passo na empresa doutrinária de divulgação do pensamento jurídico sobre o assunto, etapa indispensável para o desenvolvimento do Direito. Muito já se construiu a respeito do tema, como visto. As linhas básicas podem assim ser resumidas: *a)* percepção de que não há legislação composta apenas por cláusulas gerais: a existência de regras jurídicas é indispensável para a diminuição da complexidade da regulação da vida social e o prestígio da segurança jurídica; *b)* a aplicação das cláusulas gerais não dispensa sólida fundamentação pelo órgão julgador, cuja decisão pode ser submetida ao controle formal ou substancial; *c)* o método da *concretização* das normas é o mais adequado para a aplicação das cláusulas gerais, que, não obstante ainda necessite de um contínuo aprimoramento teórico, exige a observância dos precedentes judiciais, da finalidade concreta da norma; da pré-compreensão, da valoração judicial dos resultados da decisão e do consenso como fundamento parcial da decisão (conforme sistematização de HUMBERTO ÁVILA).

Feita a ressalva, podemos ir adiante.

3. O DIREITO PROCESSUAL CIVIL E AS CLÁUSULAS GERAIS

As cláusulas gerais desenvolveram-se inicialmente no âmbito do Direito Privado, cujos principais exemplos são as cláusulas gerais da *boa-fé*, *da função social da propriedade* e *da função social do contrato*.

Ultimamente, porém, as *cláusulas gerais* têm “*invadido*” o *Direito processual*, que *naturalmente* sofreu as

*conseqüências das transformações da metodologia jurídica no século passado*³⁴. Afinal, o Direito processual também necessita de “normas flexíveis que permitam atender às especiais circunstâncias do caso concreto”³⁵.

O princípio do *devido processo legal* é o principal exemplo de cláusula geral processual. O CPC brasileiro contém outros vários exemplos de cláusulas gerais: *a)* cláusula geral executiva (art. 461, § 5º, CPC)³⁶; *b)* poder geral de cautela (art. 798 do CPC)³⁷; *c)* cláusula geral do abuso do direito do exequente (art. 620 do CPC)³⁸; *d)* cláusula geral da boa-fé processual (art. 14, II, CPC); *e)* cláusula geral de publicidade do edital de hasta pública (art. 687, § 2º, CPC)³⁹; *f)* cláusula geral de adequação do processo e da decisão em jurisdição voluntária (art. 1.109 do CPC)⁴⁰ etc.

A existência de várias cláusulas gerais rompe com o tradicional modelo de tipicidade estrita que estruturava o processo até meados do século XX⁴¹.

No Direito processual civil brasileiro, porém, as cláusulas gerais aparecem *soltas*, como se houvessem sido previstas sem qualquer preocupação sistemática.

O CPC português é estruturado em cláusulas gerais: *a)* princípio da adequação formal (art. 265º-A)⁴²; *b)* cláusula geral do acesso a uma justiça efetiva, tempestiva e adequada (art. 2º, 1 e 2)⁴³; *c)* cláusula geral da igualdade das partes (art. 3º-A)⁴⁴ etc.; *d)* cláusula geral de cooperação processual (art. 266º, 1). Nesse aspecto, o CPC português está na vanguarda mundial. Não há legislação processual de onde se possam extrair tantas *cláusulas gerais expressamente consagradas*.

A flexibilidade/abertura do direito processual civil português revela-se muito claramente. A topografia das previsões legislativas portuguesas é emblemática. As cláusulas gerais no CPC português aparecem no início da codificação, como que compondo o prólogo

34. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. “Poderes do juiz e visão cooperativa do processo”. Revista de Direito Processual Civil. Curitiba: Gênese, 2003, n. 27, p. 26

35. LEHMANN, Heinrich. Tratado de derecho civil. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, s/a, v. 1, parte general, p. 58.

36. § 5º do art. 461 do CPC brasileiro: “Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial”.

37. Art. 798 do CPC brasileiro: “Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”.

38. Art. 620 do CPC: “Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor”.

39. § 2º do art. 687 do CPC: “Atendendo ao valor dos bens e às condições da comarca, o juiz poderá alterar a forma e a frequência da publicidade na imprensa, mandar divulgar avisos em emissora local e adotar outras providências tendentes a mais ampla publicidade da alienação, inclusive recorrendo a meios eletrônicos de divulgação”.

40. Art. 1.109 do CPC brasileiro: “O juiz decidirá o pedido no prazo de 10 (dez) dias; não é, porém, obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna”.

41. Neste sentido, MARINONI. Luiz Guilherme. “Idéias para um renovado direito processual”. Bases científicas para um renovado direito processual. Athos Gusmão Carneiro e Petrônio Calmon Filho (org.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2009, p. 143. Nesta mesma linha, embora com alguns exemplos não muito convincentes de cláusula geral processual (art. 285-A, CPC brasileiro, p. ex., que, embora tenha pressuposto fático composto por alguns termos vagos, conseqüente normativo é determinado), HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. “As cláusulas gerais no processo civil”. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2008, n.155.

42. Art. 265º-A do CPC português “Quando a tramitação processual prevista na lei não se adequar às especificidades da causa, deve o juiz oficiosamente, ouvidas as partes, determinar a prática dos actos que melhor se ajustem ao fim do processo, bem como as necessárias adaptações”.

43. Art. 2º do CPC português: “1. A protecção jurídica através dos tribunais implica o direito de obter, em prazo razoável, uma decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado, a pretensão regularmente deduzida em juízo, bem como a possibilidade de a fazer executar. 2. A todo o direito, excepto quando a lei determine o contrário, corresponde a acção adequada a fazê-lo reconhecer em juízo, a prevenir ou reparar a violação dele e a realizá-lo coercivamente, bem como os procedimentos necessários para acautelar o efeito útil da acção”.

44. Art. 3º-A do CPC português: “O tribunal deve assegurar, ao longo de todo o processo, um estatuto de igualdade substancial das partes, designadamente no exercício de faculdades, no uso de meios de defesa e na aplicação de cominações ou de sanções processuais”.

indispensável à compreensão do direito processual português. No CPC brasileiro, as cláusulas gerais mostram-se dispersas, sem qualquer ligação sistemática, produtos de inúmeras reformas legislativas que desestruturaram o sistema organizado por ALFREDO BUZARD para o Direito processual civil brasileiro, sem preparar um outro para substituí-lo.

A produção doutrinária e as manifestações jurisprudenciais sobre as cláusulas gerais são quase infinitas⁴⁵. Notadamente na Alemanha, há um vastíssimo número de ensaios doutrinários a respeito do tema. Tudo isso contribuiu para que as cláusulas gerais fossem aplicadas de maneira dogmáticamente aceitável e, conseqüentemente, de modo a que se pudessem controlar as decisões judiciais que delas se valessem.

O princípio da boa-fé processual pode servir como exemplo do quanto ora se diz.

O princípio da boa-fé processual decorre de uma cláusula geral. As conseqüências normativas para o desrespeito ao princípio da boa-fé não precisam ser típicas: pode-se construir o efeito jurídico mais adequado ao caso concreto. A infração ao princípio da boa-fé pode gerar *invalidade* do ato processual, *preclusão* de um poder processual (talvez até mesmo uma *supressio*), *dever de indenizar* (se a infração vier acompanhada de um dano), direito a *tutela inibitória*, *sanção disciplinar* etc⁴⁶. Essa parece ser a solução para o problema mais recorrente no manejo das cláusulas gerais processuais: saber a conseqüência normativa para o seu descumprimento. Aplicam-se aqui, em razão da proximidade entre abuso do direito e boa-fé, as considerações de CUNHA DE SÁ sobre a sanção ao abuso do direito, cuja determinação “deverá ser feita em função e de acordo com as circunstâncias específicas do comportamento concretamente assumido pelo titular do direito”⁴⁷.

Enfim, o operador jurídico não pode prescindir desses subsídios na aplicação das cláusulas gerais processuais, atualmente tão abundantes.

45. Além dos textos citados ao longo deste item, podem ser destacados: CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes. Da boa fé no Direito Civil, cit., p. 1.182-1.184; GARSTKA, Hansjürgen. “Generalklauseln”. Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie. Hans-Joachim Koch (Hrsg.). Kronberg, p. 96-123; ROSELLI, Federico. “Clausole generali: l’uso giudiziario”. Política del Diritto. Bologna: Il Mulino, 1988, n. 4, p. 667-681; DAWSON, John P. The General Clauses viewed from a distance. *Rabels Zeitschrift*, Tübingen, 41º ano, 3º caderno; GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. “Codificação e cláusulas gerais”. Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Padua, 2000, n. 2, p. 3-25; JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. Cláusulas gerais no novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2004.

46. Sobre as diversas sanções ao “abuso processual”, de que serve de exemplo a violação aos deveres de cooperação, TARUFFO, Michele. “General report - abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness”. Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness. Michele Taruffo (coord). Haia/Londres/Boston: Kluwer Law International, 1999, p. 22-26; ABDO, Helena Najjar. O abuso do processo. São Paulo: RT, 2007, p. 229-244.

47. SÁ, Fernando Augusto Cunha de. Abuso do direito. 1ª. ed. 2ª reimp. Coimbra: Almedina, 2005, p. 649. Recomenda-se a leitura da exemplificação das possíveis sanções ao abuso do direito feita pelo autor português, às p. 648-650 desta obra.

RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL E DESCUMPRIMENTO DE SÚMULAS VINCULANTES

Glauco Salomão Leite

Advogado. Mestre em Direito Constitucional pela PUC/SP. Prof. de Direito Constitucional da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP); Faculdade de Direito de Caruaru (ASCES) e da Faculdade Integrada do Recife (FIR). Coordenador do Núcleo de Direito Constitucional e Administrativo da ESA/PE. Autor de: *Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense 2007; *Constituição e efetividade constitucional (co-coord)*. Salvador: Juspodivm, 2008.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Afirmar que, através da súmula vinculante¹, a jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal é dotada de obrigatoriedade, exige, em contrapartida, que haja instrumentos coercitivos que operacionalizem sua imperatividade. Assim, a súmula vinculante, para ser efetiva, demanda mecanismos sancionatórios, a fim de evitar ou coibir condutas discrepantes por parte de seus destinatários. Do contrário, ter-se-ia que tal obrigatoriedade desempenha apenas uma função simbólica, na medida que pretende atingir um grau mais elevado de persuasão, mas que, igual a essa, não acarretaria nenhuma consequência jurídica em caso de descumprimento². Logo, sem mecanismos jurídicos efetivos para implementar o conteúdo da súmula vinculante, a obediência por parte de seus destinatários não passaria de mera questão de psicologia jurídica.

Levando isso em conta, tem-se que a primeira e importante consequência jurídica recai sobre o ato ou conduta contrário à súmula vinculante. É preciso, então, que tais atos sejam eliminados. Embora a cassação do ato

discrepante seja a garantia mais eficaz, ela não impede que a autoridade pública reincida na prática de ato contrário à súmula vinculante, nem que a mesma conduta seja seguida por outros agentes. Isso levaria à necessidade de um novo pronunciamento judicial do Supremo Tribunal Federal para cada ato destoante da súmula vinculante. Por isso, há igualmente a necessidade de responsabilização dos autores desses atos.

No presente caso, crê-se que, conjugando esses dois instrumentos sancionatórios, ou seja, a cassação do ato e a responsabilização do agente, torna-se viável a obrigatoriedade da jurisprudência constitucional sintetizada em súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal.

Contudo, no presente ensaio, será analisada apenas a questão referente à anulação dos atos contrários às súmulas vinculantes e o manejo da reclamação constitucional para atingir esse fim.

2. O CABIMENTO DE RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL EM CASOS DE DESCUMPRIMENTO DE SÚMULA VINCULANTE

Nos termos do artigo 103-A, parágrafo 3º da Constituição Federal, fixou-se que o ato administrativo ou a decisão judicial que dispuser de forma contrária à súmula vinculante será fulminado pelo próprio Supremo Tribunal Federal, através do mecanismo da reclamação constitucional:

Artigo 103-A - (...)

§ 3º - Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

Tem-se, desse modo, que a reclamação constitucional é o instrumento processual cabível quando se constatar que houve violação à súmula vinculante por

1. Para uma análise mais detalhada sobre o instituto das súmulas vinculantes, cf. LEITE, Glauco Salomão. *Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense 2007.

2. Nesse sentido, afirma Roger Stiefelman Leal: "Sem sanção, não há, de fato, vinculação." (O efeito vinculante na jurisdição constitucional. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 165).

parte da Administração pública ou pelos demais órgãos do Poder Judiciário.

A reclamação constitucional, como se sabe, apareceu no direito brasileiro através de construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. Ele se fundamentou principalmente na teoria dos “poderes implícitos” (*implied powers*), de matriz norte-americana, para forjar o instrumento reclamatório. Em linhas gerais, a reclamação tem como finalidade resguardar as competências dessa corte e garantir a autoridade de suas decisões. Nesse sentido, seria inócuo atribuir ao Supremo Tribunal Federal funções e competências diferenciadas em relação aos demais órgãos jurisdicionais do país se ele não dispusesse de mecanismos para impor a sua autoridade e suas competências em casos de descumprimento pelas instâncias inferiores. Foi essa, basicamente, a justificativa invocada pelo Supremo Tribunal Federal na adoção da reclamação como decorrência de seus “poderes implícitos”. O Ministro Rocha Lagôa, acompanhando lição de Henry Campbell Black, afirma que:

(...) tudo o que for necessário para fazer efetiva alguma disposição constitucional, envolvendo proibição ou restrição ou a garantia de um poder, deve ser julgado implícito e entendido na própria disposição.

Ora, vão seria o poder, outorgado a este Supremo Tribunal, de julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais e juízes se lhe não fora possível fazer prevalecer seus próprios pronunciamentos, acaso desrespeitados pelas justiças locais. Para tanto, ele tem admitido ultimamente o uso do remédio heróico da reclamação, logrando desse modo fazer cumprir suas próprias decisões.³

Posteriormente, em 1957, a reclamação passou a ser contemplada pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal que, sob égide da Carta de 1967, ostentou *status* de lei. Apenas com a Constituição de 1988, porém, a reclamação contou com previsão constitucional expressa (art. 102, I, “I”)⁴. Esse tem sido o caminho percorrido pela reclamação até sua aterrissagem no texto constitucional em vigor, o que evidencia uma considerável evolução do instituto, de construção jurisprudencial, fundamentada na teoria dos “poderes implícitos”, à ação de índole constitucional.

A reclamação constitucional adquiriu notável importância no âmbito do controle concentrado de normas pelo Supremo Tribunal Federal, viabilizando à corte cassar os atos contrários às suas decisões dotadas de efeito vinculante. Por isso, não é desapropriado sustentar que a reclamação assumiu papel de destaque na jurisdição constitucional brasileira, na medida que, por meio dela, operacionaliza-se a

efetiva obediência às decisões do Supremo Tribunal Federal, quando revestidas de efeito vinculante.

Nesse diapasão, a reclamação prevista para invalidar os atos contrários à súmula vinculante manteve o mesmo figurino que tal instrumento já apresentava na práxis jurídica brasileira, haja vista que ela está vocacionada a manter a autoridade da jurisprudência constitucional dotada de obrigatoriedade do Supremo Tribunal Federal, acarretando a anulação dos atos administrativos e das decisões judiciais que lhes forem contrários. Em última análise, a reclamação constitucional serve à efetividade das súmulas vinculantes, mantendo a sua autoridade e integridade, ao permitir que o Supremo Tribunal Federal anule os atos que as violarem.

3. RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO ALTERNATIVA PROCESSUAL

Cumprir observar que a utilização do instrumento reclamatório não representa a via única a ser seguida por quem se achar prejudicado em decorrência de descumprimento da súmula vinculante. Trata-se, a rigor, de uma alternativa ou opção, colocada à disposição do interessado. É o que se percebe da última parte do comando contido no *caput* do artigo 7º da Lei n. 11.417/2006, segundo o qual “da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, *sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação*”.

Desse modo, se a súmula vinculante for violada pela prática de ato administrativo, o particular poderá se valer, além da reclamação constitucional perante o Supremo Tribunal Federal, de qualquer outro meio de impugnação, como um mandado de segurança, por exemplo, seguindo as normas processuais que determinam a competência jurisdicional para processar e julgar esse *writ*. Do mesmo modo, se o ato que descumpriu a súmula vinculante for uma decisão judicial, caberá o recurso para a instância superior, além da reclamação perante o Supremo Tribunal Federal.

A partir da colocação do instrumento reclamatório como alternativa processual, e não como único meio de manter a integridade das súmulas vinculantes, o legislador permitiu que o Supremo Tribunal Federal não se tornasse o responsável exclusivo pelo sucesso de tais súmulas. Essa incumbência passou a ser compartilhada, em particular, com as demais instâncias do Poder Judiciário, as quais deverão corrigir as decisões judiciais emanadas por órgãos de menor hierarquia, desde que em contrariedade com súmula vinculante. Além disso,

3. STF – RCL n. 141/SP, rel. Min. Rocha Lagôa, j. 25.01.1952.

4. “Artigo 102 - Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da

Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: (...) I) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões.”

busca-se contornar um novo congestionamento do Supremo Tribunal Federal, por conta de inúmeras reclamações constitucionais ajuizadas em razão de descumprimento de súmula vinculante.

Por tais motivos, acredita-se que foi feliz o legislador ao ampliar os meios de impugnação de atos contrários às súmulas vinculantes, concebendo a reclamação constitucional como apenas uma dessas alternativas, dentre outras que podem ser igualmente utilizadas, conforme critérios de conveniência e oportunidade do particular prejudicado.

4. ABRANGÊNCIA DE “DESCUMPRIMENTO” DA SÚMULA VINCULANTE

Cumpra observar, primeiramente, que o artigo 103-A, parágrafo 3º da Constituição Federal contemplou duas hipóteses de descumprimento da súmula vinculante, quais sejam, a emanção de ato *contrário* a ela e a sua *aplicação indevida*. Cuida-se de ações que infringem o conteúdo da súmula vinculante. Assim, são violações à súmula tanto quando se pratica ato (administrativo ou decisão judicial) que se antagoniza com a orientação jurídica nela fixada, como também quando ela é aplicada indevidamente a casos concretos (seja porque a súmula não seria aplicável ao caso e mesmo assim o foi, seja porque, embora aplicável ao caso, ela foi interpretada equivocadamente, resultando em uma solução jurídica inadequada).

A essas hipóteses de descumprimento da súmula vinculante, previstas em sede constitucional, a Lei n. 11.417/2006, em seu artigo 7º, acrescentou uma terceira: *negar vigência* à súmula vinculante. Assim, tanto uma *ação* quanto uma omissão constituem hipóteses de violação à súmula vinculante.

Poder-se-ia questionar a validade do artigo 7º supra, ao sustentar que ele ampliou indevidamente as hipóteses previstas em sede constitucional como configuradoras de descumprimento de súmula vinculante. Em outros termos, o texto constitucional fala apenas em *contrariar* ou *aplicar indevidamente* uma súmula vinculante, e não em *negar-lhe vigência*. Todavia, entendimento dessa monta revela apego exagerado à literalidade do enunciado constitucional. O fundamental, em todos os casos, é que há uma transgressão à súmula vinculante. Não haveria sentido erguer toda uma jurisprudência constitucional, dotá-la de força obrigatória, e considerar como violação apenas as ações a ela contrárias, deixando de fora as omissões (igualmente contrárias).

Observe-se, ademais, que a edição de súmula vinculante supõe uma situação de grave insegurança jurídica

e que causa repetição de processos idênticos. Ora, é para superar esse estado de incerteza e de imprevisão que o Supremo Tribunal Federal firma uma linha interpretativa a partir de vários casos concretos, impondo que ela deve ser acolhida pelos demais órgãos do Poder Judiciário e pela Administração pública. Assim, a *não-aplicação* igualmente representa uma forma de burlar o entendimento constitucional consolidado jurisprudencialmente e resumido em enunciado sumular. Diante disso, seria incongruente reputar como forma única de contrariar as súmulas vinculantes a prática de atos *comissivos*, excluindo-se todas omissões que contra elas se voltarem. Entende-se, por isso, que a inserção dessa nova hipótese (negar vigência) representa mais um esclarecimento do que propriamente uma inovação quanto aos casos de descumprimento de súmula.

Defende-se, com isso, uma interpretação abrangente, mas em sintonia com a teleologia da própria súmula vinculante, no sentido de considerar toda e qualquer espécie de descumprimento ou contrariedade à súmula vinculante como hipóteses de sua violação⁵. Isso significa, em última análise, que o responsável pela aplicação da súmula vinculante deverá adotar a mesma interpretação desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal, pois, do contrário, verifica-se a sua violação. Dessa maneira, revela-se desnecessário o esforço de delimitar o campo de cada uma das referidas hipóteses (*contrariedade*, *aplicação indevida* e *negativa de vigência*), podendo-se, sem prejuízo algum, considerar que todo modo de descumprimento de súmula vinculante enseja o ajuizamento de reclamação constitucional com a finalidade de corrigir a conduta discrepante.

5. A RELEVÂNCIA DA DISTINÇÃO ENTRE ATO ADMINISTRATIVO E ATO DA ADMINISTRAÇÃO PARA FINS DE CABIMENTO DE RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL

É mister atentar para o fato de que o artigo 103-A, parágrafo 3º da Constituição Federal refere-se a *ato administrativo* como elemento violador da súmula vinculante. Essa observação é relevante porque a Lei n. 11.417/2006, em seu artigo 7º, parágrafo 1º, utiliza a expressão *ato da administração*. No âmbito doutrinário, há considerável diferença entre atos administrativos e atos da Administração pública.

De fato, atos da Administração são todos aqueles oriundos dos órgãos da Administração pública, direta e indireta. Nesse conjunto, incluem-se os atos regidos pelo direito privado, os atos materiais (atos administrativos), os atos normativos (regulamentos e instruções normativas, por exemplo), os atos bilaterais (contratos administrativos,

5. Nesse sentido, ver: TAVARES, André Ramos, Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006. São Paulo: Método, 2007, p. 77; MORATO, Leonardo Lins. A reclamação e a sua finalidade para impor

o respeito à súmula vinculante. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 398.

por exemplo), os atos políticos ou de governo e os atos administrativos propriamente⁶.

Os atos administrativos, por outro lado, são definidos como atos jurídicos, individuais e concretos, expedidos pelo Estado, ou por quem o represente, sob a égide do regime jurídico-administrativo. Nessa acepção, o ato administrativo não depende dos órgãos que integram a Administração pública (órgãos do Poder Executivo), podendo ser praticados pelo Poder Judiciário e pelo Poder Legislativo, quando do exercício de função administrativa (punição de um servidor público pertencente aos seus quadros, por exemplo). Em síntese, nem todo ato da Administração é considerado ato administrativo, nem todo ato administrativo provém da Administração pública⁷.

Sendo assim, mister promover interpretação corretiva do enunciado constante do artigo 7º, parágrafo 1º da Lei n. 11.417/2006, a fim de compatibilizá-lo com o preceito constitucional do artigo 103-A, isto é, de considerar apenas os atos administrativos como possíveis elementos violadores de súmulas vinculantes. Trata-se, aqui, do manejo da técnica da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, no sentido de admitir apenas os atos administrativos e não todo e qualquer ato proveniente dos órgãos da Administração pública⁸.

6. DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM SEDE DE RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL

Como se tem afirmado, a reclamação constitucional, quando referida à súmula vinculante, tem a finalidade de manter a autoridade da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal abalada por ato administrativo ou decisão judicial. Assim, em se reconhecendo um descompasso entre tais atos e a súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal julgará procedente a reclamação impetrada e “anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso”.

A primeira e relevante consequência é a anulação (ou cassação) dos atos destoantes da súmula vinculante. O Supremo Tribunal Federal, então, proferirá decisão eliminando-os do ordenamento jurídico. Diante disso, satisfaz-se uma relevante condição de efetividade da própria súmula vinculante, qual seja, a possibilidade de anulação dos atos que a violarem. De nada adian-

taria atribuir efeito vinculante às súmulas do Supremo Tribunal Federal se não se pudessem extinguir os atos administrativos e as decisões judiciais praticados em desacordo com elas. Sob essa perspectiva, pode-se dizer que a decisão proferida em reclamação constitucional possui uma eficácia redobrada, uma vez que, além de ser eficaz para ela própria (já que anula ou cassa os atos reclamados), ela serve à eficácia da súmula vinculante que fora violada, assegurando a sua autoridade⁹.

Cumprindo observar que, através da reclamação constitucional, quando o Supremo Tribunal Federal cassa uma decisão judicial ou anula ato administrativo, ele não produzirá atos em substituição àqueles que foram por ele cassados ou anulados. Assim, por exemplo, se alguém impetrar reclamação constitucional impugnando decisão judicial que supostamente violou uma súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal se limitará a cassar essa decisão, determinando que a autoridade reclamada profira outra em seu lugar. Assim, o Supremo Tribunal Federal não julgará o caso concreto em si no qual fora proferida a decisão contrária à súmula. O julgamento do caso concreto pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de reclamação, ainda que sob o pretexto de violação à súmula vinculante, representaria uma supressão das instâncias inferiores, violando o princípio do juiz natural. Em outros termos, não será o Supremo Tribunal Federal o responsável para proferir a decisão judicial ou praticar ato administrativo de acordo com a súmula vinculante. A reclamação tem natureza de remédio processual correccional, não implicando na substituição, pelo próprio Supremo Tribunal Federal, dos atos nela impugnados, mas apenas em sua cassação¹⁰. A decisão nela proferida é de cunho mandamental, já que impõe que as autoridades reclamadas emanem novos atos, de acordo com a decisão do Supremo Tribunal Federal.

É isso que se depreende da última parte do artigo 103-A, parágrafo 3º da Constituição Federal, ao prescrever que julgando procedente a reclamação, o Supremo Tribunal Federal “anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso”. Por essa razão, serão as próprias autoridades administrativa e judiciária reclamadas que irão produzir os novos atos, só que, dessa vez, em conformidade com a decisão do Supremo Tribunal Federal na reclamação constitucional (seja pela aplicação da súmula vinculante, seja pelo seu afastamento, diante de certa situação concreta).

6. Ver: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 229-230; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 176.

7. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, ob. cit., p. 251.

8. Nesse sentido, ver: TAVARES, André Ramos, Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006, cit., p. 87.

9. Nesse sentido, MORATO, Leonardo Lins, A reclamação e a sua finalidade para impor o

respeito à súmula vinculante, cit., p. 399.

10. “A reclamação visa preservar a competência do Supremo Tribunal Federal e garantir a autoridade de suas decisões, motivo pelo qual a decisão proferida em reclamação não substitui a decisão recorrida como nos recursos, mas apenas cassa o ato atacado. A reclamação tem natureza de remédio processual correccional, de função corregedora.” (STF – RCL n. 909 AGR, rel. p/ o acórdão Min. Nelson Jobim, j. 09.09.2004, DJU, de 27.05.2005).

Vale apontar certa falha na redação do referido enunciado normativo. É que, na parte acima transcrita, ele apenas fala que o Supremo Tribunal Federal “determinará que outra seja proferida”, dando azo ao entendimento de que ele se aplica apenas às “decisões judiciais”, e não aos atos administrativos igualmente extintos em sede reclamatória. Em outras palavras, ao utilizar o termo “proferida”, o enunciado fez referência apenas às decisões judiciais, de modo que o Supremo Tribunal Federal cassaria a decisão contrária à súmula vinculante e determinaria que outra (decisão) fosse proferida em seu lugar, pelo juízo competente para tanto, mas o mesmo não ocorreria se se tratasse de ato administrativo. No entanto, a atecnia legislativa não deve levar à conclusão de que a mesma consequência, adotada em relação às decisões judiciais contrárias às súmulas vinculantes, não se aplicaria aos atos administrativos anulados pelo Supremo Tribunal Federal em reclamação. De fato, cuida-se de situações análogas, em que o Supremo Tribunal Federal, no bojo do instrumento correccional da reclamação, extingue atos que violaram o teor de súmula vinculante. Dessa maneira, a atuação do Supremo Tribunal Federal nessa sede restringe-se a restaurar a autoridade de sua jurisprudência obrigatória, invalidando os atos (decisões judiciais e atos administrativos) que se afastaram de sua orientação, sem, contudo, praticar os atos “corretos”. Por isso, a despeito da lacuna no enunciado constitucional, deve-se adotar, para os atos administrativos, a mesma solução dada às decisões judiciais, ou seja, o Supremo Tribunal Federal apenas extingue o ato contrário à súmula vinculante, determinando que outro seja produzido em seu lugar pela autoridade responsável. Assim, mantém-se a coerência com o regime geral das súmulas vinculantes e com a natureza mandamental e correccional da reclamação.

Por fim, urge destacar a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, em reclamação, conceder decisões liminares. A esse respeito, a Lei n. 11.417/2006 foi silente. No entanto, essa omissão não impede que a corte emane decisões liminares em reclamação. Pode-se invocar dois fundamentos jurídicos para comprovar o acerto da afirmação. Em primeiro lugar, a Lei n. 8.038/90, na parte que trata da reclamação, expressamente estabelece que o relator “ordenará, se necessário, para evitar dano irreparável, a suspensão do processo ou do ato impugnado” (art. 14, II). A partir desse enunciado, o Supremo Tribunal Federal poderia, em decisão liminar, adotar qualquer uma dessas soluções para evitar a ocorrência de prejuízos a que o reclamante estiver sujeito, ou a suspensão do processo, ou a suspensão do ato questionado. Em segundo lugar, a possi-

bilidade de concessão de liminar em reclamação se apóia no denominado “poder geral de cautela”, que é ínsito à função jurisdicional¹¹. Nesse espectro, o Supremo Tribunal Federal levaria em conta o próprio resultado útil da causa em julgamento, evitando a consumação de um dano irreparável para o impetrante. Além disso, é igualmente aplicável, em reclamação constitucional, o artigo 273 do Código de Processo Civil, pelo que se permite ao Supremo Tribunal Federal conceder antecipação de tutela, atendidos os requisitos ali fixados.

7. LEGITIMIDADE ATIVA NA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL

No que diz respeito aos legitimados ativos para impetrar reclamação constitucional com a finalidade de manter a autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal dotadas de efeito vinculante, verifica-se significativa alteração de entendimento por parte da corte. Nas decisões vinculantes proferidas em sede de controle concentrado de normas, o Supremo Tribunal Federal superou entendimento restritivo, segundo o qual apenas aqueles que participaram das ações diretas poderiam se valer do instrumento reclamatório¹². Nesse sentido, passou a adotar interpretação mais abrangente quanto ao sentido de “parte interessada” constante do artigo 13 da Lei n. 8.038/90¹³. Assim, qualquer pessoa ou entidade, legitimado ativo de ação direta ou terceiros, poderia ajuizar reclamação constitucional, quando se comprovasse prejuízo em razão de violação à decisão do Supremo Tribunal Federal com efeito vinculante. Discutindo essa problemática em questão de ordem, sustentou o Ministro Maurício Corrêa que:

O conceito de parte interessada, a que aludem os artigos 13 da Lei n. 8.038/90 e 156 do RISTF, ganha abrangência idêntica ao dos efeitos do julgado a ser preservado, alcançando todos aqueles que comprovem prejuízo em razão de pronúncia dos demais órgãos do Poder Judiciário, desde que manifestamente contrário ao julgamento da corte¹⁴.

Diante disso, não parece possível sustentar algo diverso no que diz respeito às súmulas vinculantes. Pelo caráter geral que ostentam, qualquer pessoa que tiver sua esfera jurídica violada em decorrência de decisão judicial ou ato administrativo contrários à orientação contida na súmula poderá impetrar a ação reclamatória com o objetivo de fulminar tais atos. Confere-se, portanto, ampla legitimidade ativa para se valer da reclamação constitucional,

11. Nesse sentido, MORATO, Leonardo Lins, A reclamação e a sua finalidade para impor o respeito à súmula vinculante, cit., p. 399.

12. Esse entendimento antigo pode ser verificado em: STF – RCL n. 385 QO/MA, rel. Min. Celso de Mello, j. 26.03.1992, DJU, de 18.6.1993; STF – RCL n. 447/PE, rel. Min. Sidney

Sanches, j. 16.02.1995, DJU, de 31.03.1995.

13. “Artigo 13 - Para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade de suas decisões, caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público.”

14. STF – RCL n. 1.880 AGR/SP, rel. Min. Maurício Corrêa, DJU, de 04.06.2004.

tendo como objetivo cassar ou anular os atos violadores da súmula vinculante.

André Ramos Tavares chama a atenção no sentido de que essa legitimidade ativa ampla para o manejo a reclamação constitucional poderia provocar uma indesejável sobrecarga no Supremo Tribunal Federal¹⁵. Essa intranquilidade já era sentida pela corte há bastante tempo, só que tendo em vista o número de reclamações ajuizadas contra atos que descumprissem suas decisões proferidas em processo de fiscalização abstrata de normas. A esse respeito, quando sustentou a posição antes mencionada, sobre a ampliação do conceito de “parte interessada” para fins de ajuizamento de reclamação, o Ministro Maurício Corrêa observou que ela “gera natural preocupação com possível sobrecarga da já congestionada pauta deste Plenário. Trata-se de legítimo cuidado do Tribunal para não inviabilizar a sua função maior de guardião do ordenamento constitucional”¹⁶.

Vê-se então que se está diante do mesmo problema, só que, desta vez, referente às súmulas vinculantes. Diante desse cenário, vislumbra-se que a crise numérica de recursos no âmbito do Supremo Tribunal Federal poderia ser substituída por uma crise numérica de reclamações constitucionais, tendo como pressuposto o descumprimento de súmulas vinculantes, em especial pelos diversos órgãos da Administração pública¹⁷.

No afã de conter esse novo congestionamento, a Lei n. 11.417/2006 estabeleceu que a utilização da reclamação constitucional, quando o descumprimento da súmula vinculante for proveniente da Administração pública, apenas será admitida após o esgotamento das vias administrativas (art. 7º, § 1º). Desse modo, referido diploma legal previu como requisito de admissibilidade da reclamação, na hipótese em análise, o exaurimento da esfera administrativa pelo particular prejudicado. É o que se passa a analisar.

8. NECESSIDADE DE ESGOTAMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA E RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL

A exigência em tela vem inscrita no parágrafo 1º do artigo 7º da Lei n. 11.417/2006, nos seguintes termos: “Contra omissão ou ato da Administração pública, o uso da reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas.”

Por esgotamento da via administrativa deve-se entender que a decisão se tornou irretroatável pela própria Administração pública. Nesse sentido, caso algum agente administrativo vier a emanar ato que viola súmula vinculante, o prejudicado deve, primeiramente, caso queira impugná-lo mediante reclamação constitucional no Supremo Tribunal Federal, questionar esse ato na própria esfera administrativa. Apenas quando inexisterem meios de continuar o questionamento nessa seara, exaurindo, portanto, a instância administrativa, é que o particular poderá se valer da reclamação constitucional¹⁸.

Entende-se que foi louvável o estabelecimento desse requisito de admissibilidade para a reclamação constitucional. Realmente, se em razão da prática de cada ato administrativo que descumprisse de algum modo certa súmula vinculante, já se pudesse, desde já, ingressar diretamente no Supremo Tribunal Federal através da reclamação constitucional, não custaria acreditar que uma desastrosa enxurrada de reclamações poderia inviabilizar as atividades da corte. Essa situação representaria uma considerável frustração de uma das principais metas da “Reforma do Judiciário”, de um modo geral, e da súmula vinculante, em particular, qual seja, a diminuição do volume de processos no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Assim, a pleora de ações e recursos nessa corte seria simplesmente substituída por uma nova: a de reclamações constitucionais. Daí ter sido adequada a necessidade de exaurimento da esfera administrativa para se poder im-

15. TAVARES, André Ramos, Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006, cit., p. 80-81.

16. STF – RCL n. 1.880 AGR/SP, rel. Min. Maurício Corrêa, DJU, de 04.06.2004.

17. MENDES, Gilmar Ferreira; PFLUG, Samantha Meyer, Passado e futuro da súmula vinculante: considerações à luz da Emenda Constitucional n. 45/2004. In: RENAULT, Sérgio Rabello Tamm; BOTTINI, Pierpaolo (Coords.). Reforma do judiciário: comentários à Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 373.

18. A Lei n. 11.417/2006 (arts. 8º e 9º), alterando a Lei n. 9.784, que regula o processo administrativo em âmbito federal, disciplinou o rito de impugnação de decisões administrativas contrárias à súmula vinculante. Como se sabe, a impugnação se dirige, em primeiro lugar, ao agente responsável pela revisão do ato, oferecendo-lhe a oportunidade de proceder a um juízo de retratação ou de reconsideração. Pois bem, de acordo com o artigo 8º da Lei n. 11.417/2006, quando o recorrente alegar que a decisão administrativa é contrária a súmula vinculante, a autoridade que prolatou essa decisão, caso não a reconsidere, deverá justificar as razões pelas quais a súmula vinculante foi ou não aplicada, conforme o caso. Assim, se o agente administrativo decidiu pela não aplicação da súmula vinculante, essa autoridade deverá expor os motivos que o levaram a entender que o caso sob o seu exame não se enquadrava na hipótese norma-

tiva da súmula. Isso demandará dessa autoridade o conhecimento adequado da jurisprudência constitucional sintetizada na súmula vinculante, para que ele possa justificar satisfatoriamente a manutenção da sua própria decisão que deixou de aplicar a súmula. Cuida-se, portanto, de um ônus argumentativo que a lei impõe ao agente administrativo. Desse modo, o agente administrativo não poderá simplesmente manter a decisão impugnada pelo recorrente. Ele deve, ademais, responder à impugnação demonstrando que o caso concreto não sofre a incidência do enunciado sumular. O mesmo ônus argumentativo se impõe no caso de a decisão ter sido prolatada no sentido da aplicação da súmula vinculante, ou seja, a autoridade administrativa, caso não reconsidere sua decisão, deverá justificar a incidência da súmula vinculante para aquele caso concreto. Tanto na primeira, quanto na segunda situação, a autoridade administrativa deverá deixar claro o porquê da aplicação ou não aplicação da súmula vinculante ao caso concreto. Em seguida, supondo o agente administrativo ter mantido a sua decisão, é que o processo será apreciado pela autoridade administrativa hierarquicamente superior. Essa, ao julgar o recurso, deverá igualmente explicitar as razões pelas quais aplicou ou deixou de aplicar a súmula ao caso concreto. O mesmo ônus argumentativo, portanto, estende-se à autoridade administrativa revisora (hierarquicamente superior).

petrar reclamação constitucional, em caso de descumprimento da súmula vinculante por ato administrativo.

Seria possível questionar o requisito de admissibilidade em tela no sentido de que ele se contrapõe ao princípio do acesso à justiça. Todavia, não se entende desse modo. Não se deve confundir acesso aos órgãos jurisdicionais pelos cidadãos, para fins de obtenção de uma prestação jurisdicional concreta, com acesso direto e imediato ao Supremo Tribunal Federal, através de reclamação constitucional¹⁹.

Some-se a essa argumentação o fato de que a reclamação constitucional é apenas uma *alternativa* processual, e não a via única de impugnação dos atos administrativos violadores da súmula vinculante. Dessa maneira, o particular prejudicado pode perfeitamente se utilizar de ações nas instâncias judiciais ordinárias para anular determinado ato administrativo. Então, ele não está tolhido quanto ao exercício do seu direito de ação.

Além disso, também não se deve sustentar que a reclamação constitucional seria mais eficaz que outras ações, em razão da possibilidade de o Supremo Tribunal Federal poder conceder liminar, suspendendo os efeitos do ato administrativo questionado. De fato, considerando que o “poder geral de cautela” é inerente à função jurisdicional, qualquer órgão jurisdicional pode dela se utilizar, quando houver necessidade de evitar lesão de difícil reparação aos jurisdicionados. Então, não se vislumbra nenhuma ofensa ao princípio do acesso à justiça.

Com isso, de um lado, o particular não se torna ré-fém da reclamação constitucional, com a necessidade prévia de exaurir a instância administrativa, uma vez que lhe é franqueado provocar as demais instâncias do Poder Judiciário para anular o ato administrativo viciado, e, por outro lado, atenua-se o risco de um novo acúmulo de ações no Supremo Tribunal Federal.

19. Nesse sentido, aduz André Ramos Tavares: “(...) é preciso reafirmar que o acesso ‘ilimitado’ ao Judiciário não pode ser confundido com acesso ‘ilimitado’ ao Supremo Tribunal Federal enquanto Justiça Constitucional concentrada ou final.” (Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006, cit., p. 85).

DEVERES GERAIS DE CONDUCTA NAS OBRIGAÇÕES CIVIS:

breves notas sobre o princípio da boa-fé objetiva e sua influência nas relações contratuais

Marcos Ehrhardt Júnior

Advogado. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Doutorando pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor de Direito Civil da UFAL e de diversos cursos de pós-graduação e preparatórios para carreiras jurídicas.

SUMÁRIO

1. Deveres anexos ou Deveres gerais? O inadimplemento obrigacional sob perspectiva civil-constitucional. 2. Precisando conceitos: existem diferenças entre princípios, cláusula geral e conceitos jurídicos indeterminados? 3. Dever de boa-fé objetiva nos contratos.

1. DEVERES ANEXOS OU DEVERES GERAIS? O INADIMPLEMENTO OBRIGACIONAL SOB PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL

Tradicionalmente, é a partir da relação jurídica obrigacional que surge para o sujeito passivo o dever primário de adimplemento da prestação, do qual decorrem deveres acessórios (complementares ou laterais) imputáveis apenas ao devedor. A violação destes, embora não enseje a exigibilidade da prestação, implica possibilidade de indenização dos danos infligidos ao sujeito ativo (credor) ou ainda resolução do pacto. A doutrina sempre concebeu tais deveres como obrigações não autônomas, dependentes da obrigação principal.

Dentro da nova perspectiva civil-constitucional, tais deveres equivalem a princípios normativos, impondo-

se tanto ao devedor quanto ao credor (e, em determinadas circunstâncias, a terceiros), pois não derivam da relação jurídica obrigacional, situando-se acima desta, conformando-a através do estabelecimento de limites positivos ou negativos à atuação das partes.

Deste modo, abandona-se a noção reducionista do paradigma liberal (dever de conduta apenas existiria na relação obrigacional já constituída) para se adotar uma perspectiva mais ampla: deveres gerais de conduta. Neste diapasão:

Ainda que incidam diretamente nas relações obrigacionais, independentemente da manifestação de vontade dos participantes, necessitam de concreção de seu conteúdo em cada relação, considerados o ambiente social e as dimensões do tempo e do espaço de sua observância ou aplicação¹.

Destaque-se que não se trata de substituir uma noção por outra. Aqui se busca estabelecer os contornos de uma síntese, a saber: no campo das relações obrigacionais, por força do conteúdo normativo dos princípios constitucionais que irradiam seus efeitos no campo do direito privado, devem ser distinguidos dois tipos de deveres: (a) *deveres acessórios*, que designam obrigações desprovidas de autonomia, vez que só existem em função da relação obrigacional. Dentre eles podemos citar os decorrentes da noção de garantia, como a evicção e a responsabilidade pelos vícios redibitórios; (b) *deveres gerais de conduta*, autônomos em relação ao vínculo obrigacional, já que o antecedem e conformam sua formação, estabelecendo seus limites.

Apesar da perspectiva apresentada acima, o Enunciado 24² das Jornadas de Direito Civil, organizadas pelo Superior Tribunal de Justiça, ainda se refere à boa-fé como “dever anexo” e não como “dever geral” a pautar incondicionalmente a conduta das partes. Interessante, neste ponto, destacar a parte final do referido enunciado, que ressalta que a violação de tal dever importa inadimplemento, independentemente de culpa.

1. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Teoria Geral das Obrigações. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 80.
2. Enunciado 24: “Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo

Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa”.

Em suma, àquele que pretende manter relações negociais com outros indivíduos são impostos deveres relativos a um agir positivo, de acordo com as circunstâncias pertinentes ao caso concreto. Aqui o objetivo transcende interesses particulares e dirige-se na criação de um ambiente negocial de matiz social.

2. PRECISANDO CONCEITOS: EXISTEM DIFERENÇAS ENTRE PRINCÍPIOS, CLÁUSULA GERAL E CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS?

Antes de se detalhar os contornos do dever geral de boa-fé objetiva, cumpre distinguir tal expressão da noção de cláusula geral, sendo que esta pressupõe também a separação da noção de conceito jurídico indeterminado. Iniciemos com a noção de cláusula geral.

Costuma-se utilizar tal denominação para tratar de dispositivos cujos significados são intencionalmente vagos, para que sua vagueza semântica permita mobilidade externa ao sistema através da incorporação de novos princípios até então não pertencentes ao próprio código, encerrando uma tipicidade mínima, ou seja, não apresentam prévias respostas ao problema, mas permitem que estas sejam construídas progressivamente por decisões motivadas dos juízes³.

ALBERTO GOSSON JORGE JÚNIOR esclarece, citando KARL ENGISCH, que tais dispositivos seriam um contraponto às normas casuísticas, em face da generalidade e abrangência de seus enunciados normativos, que por si sós não propiciam critérios para a determinação de seu significado⁴. Tal constatação permite compreender sua freqüente comparação com os princípios e princípios gerais do direito, como também seu distanciamento das denominadas condições gerais dos contratos⁵.

Para PAULO LUIZ NETTO LÔBO, a terminologia “cláusula geral” ora é apresentada como sinônimo de princípio, ora com o “significado mais restrito de valor ou conjunto de valores, cujo conteúdo se concretiza na aplicação da norma que a contém”⁶.

Perceba-se que o referido autor não nega a existência de uma diferença ontológica entre tais categorias, apenas ressalta que na prática judiciária brasileira tais

termos são utilizados indistintamente, sem que se perceba qualquer utilidade prática em tal diferenciação. Nada obstante, acreditamos que na medida em que os estudos sobre a matéria forem evoluindo, a diferenciação entre tais categorias poder-se-á mostrar necessária e, considerando a existência de critérios distintivos entre elas, não vemos razão para não apresentá-los.

JUDITH MARTINS-COSTA esclarece que as cláusulas gerais “não são princípios, embora na maior parte dos casos os contenham, em seu enunciado, ou permitam a sua formulação”, ou seja, a professora não as considera direito material posto pelo legislador, mas apenas pontos de apoio para a formação judicial da norma no caso concreto⁷.

Já RENZO GAMA SOARES ressalta que as cláusulas gerais contêm preceitos vagos no antecedente (necessidade, grave dano, obrigação excessivamente onerosa, prestação manifestamente desproporcional...), não apresentando uma solução para o juiz, a quem competirá construir uma solução adequada às peculiaridades do caso concreto. Neste particular difeririam dos conceitos jurídicos indeterminados, pois neste caso, quando preenchidos, a solução legal já estaria preestabelecida no próprio dispositivo, já que nesta categoria não exerce o juiz qualquer função criadora⁸.

NELSON ROSENVALD, ao comentar a diferença entre cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, chega a traçar um paralelo com a distinção comumente apresentada entre as espécies de ato jurídico. Para o autor, como as primeiras “não prescrevem condutas, mas apenas exprimem valores, suas amplas diretrizes permitem ao juiz conceder ao caso a solução mais adequada à sua concretização” (negócio jurídico). Já os segundos não deixariam para o juiz qualquer possibilidade de criação de resultados diversos, uma vez que a lei que enuncia o conceito indeterminado já estabelece as conseqüências daí advindas (ato jurídico em sentido estrito).

Tem-se, pois, com as cláusulas gerais um antídoto à tipicidade que tradicionalmente caracteriza as normas casuísticas dos códigos e que ao longo dos anos vêm perdendo sua eficácia social (efetividade). Nas cláusulas gerais, exerce o juiz verdadeira função criadora, pois os conceitos não são apenas vagos no antecedente, mas também no conseqüente do dispositivo normativo⁹.

3. Cf. MARTINS-COSTA, Judith. O novo Código Civil Brasileiro: em Busca da “Ética da situação” In MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 100 e ss.

4. JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. Cláusulas gerais no novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 01 (nota rodapé 01) e p. 03-6. O Autor esclarece que as cláusulas gerais funcionariam como “elementos de conexão entre as regras presentes no interior do sistema jurídico”, no caso, o direito privado, com valores situados fora desse sistema, permitindo sua introdução pela atividade jurisdicional (p. 23), sem ruptura da ordem positivada (p. 40).

5. As condições gerais dos contratos podem ser classificadas como disposições normativas tradicionais, ou seja, apresentam estrutura casuística. Já os princípios gerais do direito, mencionados no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, têm função apenas na hipótese de preenchimento de lacunas, pois não foram positivados pelo sistema jurídico. Para Tércio Sampaio Ferraz Júnior, representariam uma “reminiscência do direito natural como fonte” (Cf. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. São Paulo:

Atlas, 1988, p. 223).

6. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Teoria Geral das Obrigações, p. 78. No mesmo sentido, parece se colocar Gustavo Tependino, ao tratar tais expressões indistintamente (Cf. Direitos humanos e relações jurídicas privadas, In: Temas de direito civil, p. 67). Paulo Lôbo, no entanto, distingue cláusula geral (=princípio) de conceitos jurídicos indeterminados, em face da ausência de autonomia normativa destes.

7. Cf. JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. Cláusulas Gerais no Novo Código Civil, nota de rodapé 97, p. 41. Ver também ROSENVALD, Nelson. Dignidade Humana e Boa-fé no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 170.

8. SOARES, Renzo Gama. Breves comentários sobre a função social dos contratos In Função do Direito Privado no atual momento histórico. NERY, Rosa Maria de Andrade (coord.). São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 442.

9. ROSENVALD, Nelson. Dignidade Humana e Boa-fé no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 164.

Exposta tal distinção, não se deve perder de vista a lição de NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, sobre a importância de tais institutos: *“a técnica legislativa moderna se dá por meio de conceitos legais indeterminados e cláusulas gerais, que dão mobilidade ao sistema, flexibilizando a rigidez dos institutos jurídicos e dos regramentos do direito positivo”*¹⁰

Vale ressaltar que até a consolidação de jurisprudência sobre o tema o cuidado é apenas em relação aos limites de interpretação de tais cláusulas, até porque estas podem apresentar diretrizes meramente regulativas, como também apontar caminhos restritivos ou extensivos, dependendo da hipótese fática concreta.

Resta apenas anotar que os princípios jurídicos aqui são compreendidos como diretrizes que exprimem o caráter racional do ordenamento. Segundo CLAUS-WILHELM CANARIS¹¹, eles não têm uma pretensão de exclusividade, pois ostentam o seu sentido próprio numa combinação de complementação e restrições recíprocas. Desse modo, pelo critério de abstração a seqüência, do mais para o menos, seria a seguinte: princípios gerais, princípios, cláusulas gerais e, finalmente, regras.

Neste diapasão, seguindo o pensamento de ROBERT ALEXY¹², a distinção entre regras e princípios passa pela construção do conceito de mandamentos de otimização. De acordo com tal teoria, enquanto as regras devem ser sempre realizadas por completo, os princípios são normas que exigem que *“algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes”*¹³.

Em resumo, ao contrário das regras, o grau de realização dos princípios pode variar, já que a solução de colisão entre princípios, ao contrário das regras, não passa pelo plano da validade, ou seja, não exige do intérprete a declaração de invalidade de nenhum deles, deixando de lado o raciocínio do *“tudo ou nada”* utilizado nos conflitos entre regras jurídicas. Entre os princípios a questão é de gradação, ou seja, de precedência¹⁴.

Alguns podem até considerar inseguro este novo paradigma de código civil que passa a integrar o sistema jurídico brasileiro com o advento da Lei 10.406/02. Os mais

extremistas chegam a sustentar que a segurança jurídica, um dos alicerces de qualquer sistema jurídico, estaria ameaçada pela nova codificação, mais especificamente por conta do grande número de cláusulas gerais e de conceitos jurídicos indeterminados.

Nada obstante, preferimos discordar de tal pensamento, por entender, assim como JUDITH MARTINS-COSTA, que incompletude não é defeito, *“senão qualidade, pois deve ser progressivamente completada pelos seus destinatários”*¹⁵ em sua experiência cotidiana.

Entre a justiça e a ilusão de segurança jurídica, fazemos clara opção pela primeira. Sem desprezar ou minimizar a importância da segunda, esta não pode servir de fundamento para se negar a concretização dos fundamentos da República (art. 1º, inciso III, CF/88). Curioso notar que a mudança de paradigmas passou despercebida por muitos, para quem as alterações entre o Código Beviláqua e o Código vigente limitam-se, em sua maioria, a simples mudança na numeração dos artigos. Ledo engano. Cabe aqui a advertência de JUDITH MARTINS-COSTA:

*[...] muitas das regras do novo Código, ainda que não fundamentalmente alteradas em sua littera, são diversas, em seu significado e alcance, pela nova anima que as vivifica, centradas que estão na pessoa humana como ‘valor-fonte’ de todos os demais valores*¹⁶.

Faz-se necessário soltarmos as últimas amarras do liberalismo burguês (sem que isso signifique perder a noção do lugar de onde viemos), pois o horizonte que se descortina diante de nossos olhos parte de uma perspectiva comunitária, de fundo solidarista¹⁷. Neste sentido, o CC/02 deve ser compreendido apenas como a fundação (alicerce) do edifício jurídico das relações privadas, jamais como seu telhado. Os operários dessa construção são todos os operadores jurídicos que no momento ainda estão preparando o canteiro de obras.

3. DEVER DE BOA-FÉ OBJETIVA NOS CONTRATOS

10. NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil e legislação extravagante. 2. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 402.

11. CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Trad. Menezes Cordeiro. 2ª Edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 88.

12. Cf. ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2001. Neste particular, vide trabalho de Virgílio Afonso da Silva, que ao comentar sobre distinção entre regra e princípio, destaca que as teorias sobre o assunto podem ser divididas em três grupos: (a) distinção forte, (b) distinção débil e (c) impossibilidade de distinção. Segundo o referido autor, para a primeira corrente (na qual se destacam Ronald Dworkin e Robert Alexy) a distinção pode ser claramente realizada através da estrutura lógica de cada tipo de norma. Já os defensores da distinção débil (Joseph Raz) sustentam que a diferença entre eles seria apenas de grau, reservando-se o termo princípio para situações de maior generalidade e importância. Por fim, temos os partidários da corrente que sustenta a impossibilidade de distinção, como Aulis

Aarnio, para quem uma diferenciação definitiva se torna impossível. Cf. A Constitucionalização do Direito; Os direitos fundamentais nas relações entre particulares, p. 31.

13. SILVA, Virgílio Afonso da. A Constitucionalização do Direito; Os direitos fundamentais nas relações entre particulares, p. 31.

14. Lembrar que para Alexy o que faz com que uma norma seja classificada como princípio é sua estrutura (mandado de otimização) e não a sua fundamentalidade. Neste sentido, anota Virgílio Afonso da Silva que existem regras que se tornam disposições fundamentais, embora em se tratando da Carta de direitos fundamentais de nosso art. 5º, quase a totalidade da doutrina os considera princípios (Op. cit., p. 31)

15. MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002, p. XIV.

16. MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002, p. XV.

17. MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002, p. XVI.

Exposta a distinção, cumpre apresentar uma das principais cláusulas gerais introduzidas pelo novo Código Civil que encerram os deveres gerais de conduta acima relacionados e comentar sua influência nas relações particulares. De início cumpre analisar o dever de boa-fé objetiva nas obrigações, cujos contornos vêm sendo esculpidos ao longo dos anos pela jurisprudência brasileira, embora só na década de 1990, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, tenha sido consagrado num diploma legislativo.

Para JUDITH MARTINS-COSTA o princípio da boa-fé objetiva desempenha uma “*função otimizadora*” do comportamento contratual, quer pela imposição de deveres gerais de conduta, como o de informação e cooperação intersubjetiva, quer como cânone de interpretação e integração do contrato “*consoante a função econômico-social que concretamente é chamado a realizar*”¹⁸.

O dever de boa-fé objetiva nas obrigações não indica qual a conduta a ser adotada pelas partes de uma relação comercial, mas como estas devem se comportar; noutras palavras, é atendido quando as partes desempenham suas con-

duas de modo honesto, leal e correto, evitando causar danos ao outro (dever de proteção)¹⁹ e garantindo o conhecimento de todas as circunstâncias relevantes para a negociação (dever de informação); comportamento que faz florescer laços de confiança²⁰ entre os contratantes²¹.

A exigência de boa-fé no comportamento das partes impõe limites objetivos ao tráfego jurídico, desde o período pré-contratual (*in contraendo*) e até mesmo após o encerramento do negócio (deveres *pos factum finitum*), ensejando uma verdadeira transeficácia da relação contratual, cuja intensidade é inversamente proporcional ao espaço de autonomia privada reservado aos contratantes²².

Do dever de boa-fé objetiva derivam o dever de não agir contra os atos próprios (*venire contra factum proprium*) e o dever de informar. Pelo primeiro, a ninguém é concedida a possibilidade de se voltar contra um ato que foi praticado quando não mais lhe interessar²³, ou seja, considera-se inadmissível uma pretensão que, apesar de lícita, demonstra ser objetivamente contraditória²⁴ em relação ao comportamento anterior do

18. MARTINS-COSTA, Judith. A Boa-fé como modelo (uma aplicação da teoria dos modelos de Miguel Reale) In: Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil, p. 199/200.

19. E é nessa direção vem caminhando o Superior Tribunal de Justiça: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE AJUIZADA EM VIRTUDE DE INADIMPLEMENTO DE CONTRATO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. IMPOSSIBILIDADE DE DEFERIMENTO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA SEM QUE TENHA HAVIDO MANIFESTAÇÃO JUDICIAL ACERCA DA RESOLUÇÃO DO CONTRATO, AINDA QUE ESTE CONTE COM CLÁUSULA RESOLUTÓRIA EXPRESSA. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. (...) 2. É imprescindível a prévia manifestação judicial na hipótese de rescisão de compromisso de compra e venda de imóvel para que seja consumada a resolução do contrato, ainda que existente cláusula resolutória expressa, diante da necessidade de observância do princípio da boa-fé objetiva a nortear os contratos. 3. Por conseguinte, não há falar-se em antecipação de tutela reintegratória de posse antes de resolvido o contrato de compromisso de compra e venda, pois somente após a resolução é que poderá haver posse injusta e será avaliado o alegado esbulho possessório. 4. Recurso provido em parte, para afastar a antecipação de tutela. (REsp 620.787/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 28/04/2009, DJe 27/04/2009, REPDJe 11/05/2009, REPDJe 15/06/2009).

20. A confiança mútua que deve permear a relação comercial, é princípio de ordem pública, estando a parte lesada por sua não observância somente obrigada a demonstrar a existência da violação quando recorrer ao Judiciário na busca de eventual reparação por danos. O dever de boa-fé objetiva importa no reconhecimento de um direito a cumprir em favor do titular passivo da obrigação. Ou seja, instaura-se, desse modo, uma via de deveres obrigacionais de mão-dupla, onde credor e devedor se submetem igualmente – e de modo recíproco – às mesmas exigências, no interesse coletivo (Cf. Enunciados 26, 168, 169 e 363 das Jornadas de Direito Civil do Superior Tribunal de Justiça). Em dezembro de 2006, através de decisão da lavra do Ministro Humberto Gomes de Barros, o Superior Tribunal de Justiça, embora reconhecendo que, via de regra, o arrematante é responsável pelas cotas de condomínio relativas ao imóvel arrematado, confirmou decisão da Justiça do Distrito Federal que considerou configurar abuso de direito e violação aos princípios da boa-fé objetiva, e da confiança, a cobrança de cotas condominiais, exclusivamente em relação ao arrematante, pelo fato de ter o condomínio deixado de cobrá-las do devedor originário durante quase vinte anos (AgRg no REsp Nº 820.884 – DF).

21. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Teoria Geral das Obrigações, p. 81/83, onde o autor faz referências ao pensamento de Antônio Menezes Cordeiro. Neste ponto, é interessante destacar que a noção de boa-fé exprime um imperativo ético, ou seja, encerra a ideia de um comportamento ideal a ser atingido, não se confundindo com a noção de bons costumes, muito mais próxima do campo da moral que é extraída da realidade social. “Na interpretação desta cláusula geral deve-se levar em conta o sistema do Código Civil e as conexões sistemáticas com outros estatutos normativos

e fatores metajurídicos.” (Enunciado 27 das Jornadas de Direito Civil do STJ).

22. Desse modo, “quanto maior o peso da horizontalidade, maior o espaço da autonomia privada e, conseqüentemente, menor a intensidade da aplicação da boa-fé” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. Teoria Geral das Obrigações, p. 83). O que se busca explicar é que na aplicação do princípio da boa-fé devem ser considerados o momento e o lugar em que se realiza a transação, para se quantificar o nível de liberdade dos contratantes quando da realização do negócio. Neste sentido, deve-se ressaltar o conteúdo dos Enunciados 25 e 170 das Jornadas de Direito Civil promovidas pelo Superior Tribunal de Justiça, que ressaltam que o art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação pelo julgador do princípio da boa-fé nas fases pré-contratual e pós-contratual, pois a boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato.

23. LOCAÇÃO. PROMITENTE COMPRADOR. PARTE LEGÍTIMA PARA FIGURAR NO POLO ATIVO DA AÇÃO DE DESPEJO. PROVA DA PROPRIEDADE OU DO COMPROMISSO REGISTRADO. DESNECESSIDADE. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL SUPERADO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1 - *A priori*, a inexistência de prova da propriedade do imóvel ou do compromisso registrado não enseja a ilegitimidade do promitente comprador em propor o despejo da locatária que não adimpliu os aluguéis. 2 - Comprovada, na espécie, a condição de locador através do respectivo contrato de locação, assinado pela ora agravante, compete à locatária o ônus de comprovar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, nos termos do art. 333, II, do CPC, o que não ocorreu. 3 - Fere a boa-fé objetiva a conduta da locatária que, após exercer a posse direta do imóvel por mais de duas décadas, alega a ilegitimidade do locador em ajuizar a ação de despejo por falta de pagamento. 4 - Embora a ora agravante tenha demonstrado a existência da divergência jurisprudencial, verifica-se que este Superior Tribunal de Justiça recentemente asseverou que o ajuizamento da ação de despejo pelo promitente comprador prescinde de prova da propriedade do imóvel locado, a evidenciar a superação do dissídio. 5 - Agravo regimental improvido. (AgRg nos EDcl nos EDcl no Ag 704.933/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 24/08/2009, DJe 14/09/2009).

24. Vale anotar que os contornos dessa teoria não estão adstritos ao campo do direito civil, sendo perfeitamente aplicável às relações processuais, como bem apontado pela Ministra Nancy Andrighi no julgamento do MC 15.398/RJ: “A propositura, no Brasil, da mesma ação proposta perante Tribunal estrangeiro, porém, consubstancia comportamento contraditório da parte. Do mesmo modo que, no direito civil, o comportamento contraditório implica violação do princípio da boa-fé objetiva, é possível também imaginar, ao menos num plano inicial de raciocínio, a violação do mesmo princípio no processo civil. O deferimento de medida liminar tendente a suspender todos os atos para a execução da sentença estrangeira, portanto, implicaria privilegiar o comportamento contraditório, em violação do referido princípio da boa-fé. Medida liminar indeferida e processo extinto sem resolução de mérito. (MC 15.398/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/04/2009, DJe 23/04/2009)”.

sujeito²⁵. Nesse sentido é a recente decisão do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CIVIL. LOCAÇÃO. IMÓVEL LOCADO PELO NU-PROPRIETÁRIO. BOA-FÉ OBJETIVA. LEGITIMIDADE DO LOCADOR PARA EXECUTAR OS ALUGUÉIS EM ATRASO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.(...) 2. Uma das funções da boa-fé objetiva é impedir que o contratante adote comportamento que contrarie o conteúdo de manifestação anterior, cuja seriedade o outro pactuante confiou. 3. Celebrado contrato de locação de imóvel objeto de usufruto, fere a boa-fé objetiva a atitude da locatária que, após exercer a posse direta do imóvel por mais de dois anos, alega que o locador, por ser o nú-proprietário do bem, não detém legitimidade para promover a execução dos aluguéis não adimplidos. 4. Agravo regimental improvido. (AgRg no AgRg no Ag 610.607/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 25/06/2009, DJe 17/08/2009)

Quanto ao dever de informar, deve-se registrar que é de ser observado durante todo o período contratual, desde a fase das primeiras tratativas, disponibilizando ao outro contratante todos os elementos de cognição necessários, adequados, verdadeiros e suficientes para a avaliação do negócio. Não basta a intenção de bem informar, mas todo o comportamento do sujeito tem de ser pautado neste sentido.

A despeito de tradicionalmente o dever de informação estar regulado apenas no Código de Defesa do Consumidor, entendemos que tratamento semelhante deve ser dispensado no campo das relações paritárias entre particulares, sobretudo após o novo código civil ter explicitado os deveres de probidade e honestidade no trato negocial (art. 422).

Vale ainda ressaltar que, no âmbito da legislação consumerista, a ausência de informação, além de tornar ineficaz o negócio pactuado, vincula o fornecedor pelos eventuais danos infligidos ao consumidor, ou a terceiros, vítimas de tal negligente omissão. Nesse sentido:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. PLANO DE SAÚDE. ALTERAÇÃO UNILATERAL DO CONTRATO. INTERNAÇÃO EM HOS-

PITAL NÃO CONVENIADO. CDC. BOA-FÉ OBJETIVA. 1. A operadora do plano de saúde está obrigada ao cumprimento de uma boa-fé qualificada, ou seja, uma boa-fé que pressupõe os deveres de informação, cooperação e cuidado com o consumidor/segurado. 2. No caso, a empresa de saúde realizou a alteração contratual sem a participação do consumidor, por isso é nula a modificação que determinou que a assistência médica hospitalar fosse prestada apenas por estabelecimento credenciado ou, caso o consumidor escolhesse hospital não credenciado, que o ressarcimento das despesas estaria limitado à determinada tabela. Violação dos arts. 46 e 51, IV e § 1º do CDC. 3. Por esse motivo, prejudicadas as demais questões propostas no especial. 4. Recurso especial provido. (REsp 418.572/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 10/03/2009, DJe 30/03/2009).

Não há dúvida que as diretivas inspiradas na boa-fé encontram seu fundamento na “diretriz constitucional da solidariedade social”, que exprime a necessidade de um “espírito de colaboração recíproco entre os contraentes e em condições de paridade, em função da realização da pessoa humana e de seu pleno e igual desenvolvimento”²⁶. Ou, na feliz imagem de Nelson Rosenvald: “a boa-fé se assemelha a uma janela que se abre para deveres de conduta, modelo de comportamento e uma gama de valores que radicam imediatamente no princípio da solidariedade e, mediatamente, no princípio da dignidade humana”²⁷.

De todo o exposto, pode-se concluir que o dever de boa-fé objetiva implica busca contínua e diligente pelo caminho da cooperação e do respeito à equivalência material no trato negocial. Não se trata de um simples estado de espírito apenas desejável e quase nunca atingível. Estamos diante de um compromisso efetivo que vincula todos os envolvidos.

25. Paulo Lôbo esclarece que o dever de não agir contra atos próprios não deve ser confundido com o princípio que veda o aproveitamento da própria torpeza, pois na incidência deste não se exige o requisito da intencionalidade (Op. cit., p. 88). O autor menciona que o dever de não agir contra atos próprios aguarda algumas semelhanças com o instituto do estoppel presente no direito anglo-americano. O venire contra factum proprium é uma vedação decorrente do princípio da confiança. Trata-se de um tipo de ato abusivo de direito (art. 187, CC/02). Referida vedação assegura a manutenção da situação de confiança legitimamente criada nas relações jurídicas contratuais, onde não se admite a adoção de condutas contraditórias. Trata-se de “uma regra de coerência, por meio do qual se veda que se aja em determinado momento de uma certa maneira e, posteriormente, adote-se um comportamento que frustra, vai contra aquela conduta tomada em primeiro lugar”. Portanto, o “venire

contra factum proprium no potest” significa a proibição de ir contra fatos próprios já praticados. (RODRIGUES, Marcelo Capi. Da incidência do princípio da boa-fé objetiva no pagamento fracionado conforme o art.314 do novo Código Civil. Disponível on line <http://www.intelligentiajuridica.com.br/old-set2004/artigo5.html>, acesso em setembro de 2006). Ainda sobre o tema, ver Enunciado 362 das Jornadas... e a obra de Anderson Schreiber, denominada “A Proibição de Comportamento Contraditório”, editada pela Renovar.

26. PIGNATARO, Gisela. Buona fede oggettiva e rapporto precontrattuale: gli ordinamenti italiano e francese, Salerno, Edizioni Scientifiche Italiane, 1999, p. 48, citada, numa tradução livre, por Judith Martins-Costa (Cf. MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 219).

27. ROSENVALD, Nelson. Dignidade Humana e Boa-fé no Código Civil, p. 167.

O DIREITO SUCESSÓRIO DO FILHO CONCEBIDO POR INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POST MORTEM*: avanço da ciência médica e estagnação do poder legislativo brasileiro

Janaína Farias

Advogada, Pós-Graduada em Direito Público e Privado pela ESA/Faculdade Damas-PE.

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Breves considerações sobre Inseminação Artificial Homóloga e Heteróloga; 3. Inseminação Artificial *Post mortem* no Novo Código Civil; 4. A ausência de Previsão no Direito Sucessório; 5. Os Projetos de Lei em Tramitação, o Direito Comparado e a Doutrina Brasileira; 6. O Direito Sucessório do Filho Inseminado *Post mortem* e a Aparente Ameaça ao Direito à Segurança Jurídica dos Demais Herdeiros: Excesso de Proteção Patrimonial; 7. A Jurisprudência e a Valorização do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana; 8. Conclusão; Referências.

RESUMO

Este artigo pretende abordar brevemente os aspectos técnicos da reprodução assistida e a lacuna entre o direito de família e o direito sucessório no que diz respeito aos direitos da pessoa concebida por inseminação artificial homóloga *post mortem*. Passeia rapidamente pelas legislações estrangeiras e faz uma análise crítica sobre as opiniões doutrinárias, concluindo com a opção pela admissibilidade e reconhecimento dos direitos sucessórios do filho inseminado artificialmente *post mortem*, como proteção à dignidade da pessoa humana. Traz ainda, ao final, sugestões para que sejam sanados eventuais conflitos entre princípios, e para a viabilização de questões procedimentais.

Palavras-Chave: Inseminação Artificial *Post mortem*, Herdeiro, Igualdade.

1. INTRODUÇÃO

Um recente fato veiculado pela imprensa brasileira, sobre a luta de uma mulher para conseguir o direito de ter um filho do seu noivo já falecido, através de coleta de sêmen e inseminação artificial pós morte, reacendeu ainda mais a discussão acerca das implicações jurídicas que hoje podem decorrer de fatos semelhantes, já que, pelas regras da nossa legislação atual, um filho concebido enquanto seus pais ainda estão vivos será considerado herdeiro legítimo, enquanto um filho concebido após a morte do pai, por inseminação artificial homóloga, não terá direitos sucessórios, podendo ser apenas herdeiro testamentário, se assim foi testado pelo genitor, o que indubitavelmente viola o direito de igualdade entre os filhos, assegurado pela Constituição.

As opiniões se dividem, pois ainda não há jurisprudência firmada sobre o tema. Dos projetos de lei em tramitação, o mais atualizado trata apenas da questão do reconhecimento da paternidade – o que já foi sanado pelo CC de 2002 – deixando de abordar a problemática do direito sucessório. Alguns doutrinadores entendem que não deve ser aceita a prática de inseminação artificial homóloga *post mortem*, pelo Princípio da Paternidade Responsável, e caso venha a ser permitida, o filho não pode ter direitos sucessórios porque isso viola o Princípio da Segurança Jurídica, que deve proteger o direito de herdeiros pré existentes à morte do pai. Outros defendem que deve ser garantido o direito à inseminação, pelo Princípio da Liberdade, e o filho assim concebido será considerado herdeiro legítimo, pelo princípio da Igualdade e da Dignidade da Pessoa Humana.

Assim, as rápidas evoluções tecnológicas e sociais dos últimos anos, a natureza polêmica do tema que envolve valores sociais de incidência direta na vida das pessoas, a estagnação do nosso sistema legislativo que ainda não se posicionou para produzir leis que tra-

tem especificamente sobre o assunto e preenchem as lacunas existentes, tudo isso nos coloca diante de um problema que parece levar a choque princípios constitucionais de suma importância, o que será exposto e analisado nos capítulos seguintes.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA E HETERÓLOGA

A inseminação artificial faz parte de um conjunto de técnicas denominadas “reprodução assistida”, utilizadas por médicos especializados para viabilizar a geração de filhos para pessoas com problemas de infertilidade. Segundo especialistas, a técnica de inseminação artificial pode se dar dentro do corpo da mulher, e pode ser denominada de inseminação artificial homóloga ou inseminação artificial heteróloga. A homóloga é aquela em que o material genético empregado é originário do casal que busca a reprodução. Já a inseminação heteróloga é aquela na qual há impossibilidade de utilização do material genético de um dos componentes do casal, sendo necessária a utilização de gametas de terceiros doadores para que se realize a reprodução assistida.

A inseminação artificial homóloga também poderá ser realizada *in vitro*, quando o embrião será gerado fora do corpo da mulher, podendo ser criado conservado – através de um método especial de congelamento – para que, num momento posterior, seja introduzido já com vida, no ventre da mãe que dará início à gestação e desenvolvimento do feto¹.

3. INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL *POST MORTEM* NO NOVO CÓDIGO CIVIL

Com o avanço da biotecnologia no Brasil e a oferta gratuita do serviço de reprodução assistida pela rede pública de saúde de algumas cidades como São Paulo e Brasília, é cada vez maior o número de casais que buscam a inseminação artificial como meio de concretização do seu planejamento familiar. Mas há possibilidades de situações na sociedade que vão além dos corriqueiros casos de infertilidade entre casais. A imprensa veiculou recentemente um caso inédito na Justiça Brasileira: uma mulher está lutando pelo direito de ter um filho do noivo, que faleceu em novembro de 2009. Após o diagnóstico de morte cerebral, ela conseguiu, através de ordem judicial, que fosse realizado procedimento cirúrgico para a retirada de sêmen do rapaz, e vai lutar para conseguir o direito de gerar seu filho através de uma das possibilidades de reprodução assistida, a inseminação artificial homóloga *post mortem*².

Regina Beatriz Tavares da Silva, leciona que “fecundação ou inseminação artificial *post mortem* é aquela utilizada com sêmen ou embrião conservado, por meio de técnicas especiais, após a morte do doador do sêmen”³.

Um dos pontos polêmicos que surgem da situação diz respeito aos direitos sucessórios dessa futura pessoa, pois não há previsão legal no nosso país que tutele os direitos hereditários dos filhos concebidos após a morte do progenitor.

No Brasil também não há, ainda, legislação específica que regulamente as novas técnicas e possibilidades de reprodução medicamente assistida, ou que trate especificamente da inseminação artificial *post mortem*. Temos apenas uma Resolução Normativa do Conselho de Medicina, a de nº1.358, datada de 1992, e alguns Projetos de Lei que há anos tramitam no Senado e na Câmara sem previsão de votação para este ano.

O legislador civilista de 2002, na tentativa de adequar a lei aos avanços tecnológicos, previu, no artigo 1.597, Inciso III, a possibilidade de inseminação artificial homóloga *post mortem*. Pelo dispositivo, presume-se concebido na constância do casamento, o filho havido por inseminação artificial homóloga, mesmo após a morte do pai⁴. Mas, vale ressaltar que o artigo apenas admite a inseminação artificial homóloga *post mortem* e soluciona a questão da paternidade, porém deixa lacunas quanto a outros direitos que surgem da nova modalidade de filiação, principalmente àqueles relativos à capacidade sucessória do filho concebido após a morte do pai.

4. A AUSÊNCIA DE PREVISÃO NO DIREITO SUCESSÓRIO

Observa-se que a parte do Código Civil de 2002 que trata da vocação hereditária, não se adequando às inovações do biodireito, exclui implicitamente da lista de herdeiros necessários os filhos havidos por reprodução assistida, se gerados após o óbito do progenitor. Vejamos:

“Art. 1.798. *Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão*”.

O ilustre doutrinador Silvio de Salvo Venosa explica que a capacidade para suceder é determinada no momento da morte, e que é necessário que o sucessor exista naquele momento. Para ele, “deve já ter nascido, embora fiquem ressaltados, entre nós, o direito do já concebido, do nascituro”⁵.

Entretanto, na sucessão testamentária há previ-

1. CORREIA, Milena C.D.V. Reprodução Assistida – Conceitos e Linguagem. Artigo disponível no site: www.ghente.org/temas/reproducao, extraído em 30/04/2010

2. Edição do programa Fantástico, da emissora de televisão Globo, exibido em 25/04/10. Matéria disponível no site: www.fantastico.globo.com, extraída em 26/04/2010.

3. SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Novo Código Civil Comentado – Coordenação de Ricardo Fiuza. 1ª Ed. São Paulo. 2003. Saraiva. Pág. 1.408

4. Op.Cit. Pág. 1.406

5. VENOSA, Silvio de Salvo. Direito das Sucessões. 6ª Ed. São Paulo. 2006. Atlas. Pág. 51.

são que permite a capacidade de suceder às pessoas ainda não concebidas no momento da morte do testador, conforme dispõe o art. 1.799, in verbis:

“Na sucessão testamentária, podem ainda ser chamados a suceder:

I – Os filhos ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão;”

Nesse caso, regula o art. 1.800 do Código Civil, que *“os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo Juiz”*. O parágrafo 4º, do mesmo artigo determina que *“se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos”*.

Numa rápida ilustração, vemos então que, pelo que emana da nossa Lei Civil, sendo a inseminação pós-uma autorizada àquela mulher brasileira que quer um filho do noivo falecido, nos termos do art. 1.597, III, do Código Civil, a criança será reconhecida como filha da união do casal e terá o nome do pai em seu registro de nascimento, porém, pela regra das sucessões, não poderá herdar nenhum bem eventualmente deixado pelo falecido genitor porque ainda não existia no momento da abertura da sucessão, nem houve tempo para que o pai expressasse sua vontade em testamento.

A ausência de legislação específica, a lacuna deixada pelo Novo Código Civil e a falta de jurisprudência sobre a matéria, nos deixa diante de uma aparente colisão entre princípios fundamentais, e a complexidade do tema vem dividindo a opinião de juristas doutrinadores, mas notaremos no decorrer deste estudo, que será mesmo apenas aparente o conflito de princípios, se nos dispusermos a buscar a proteção dos direitos nos preceitos constitucionais.

5. OS PROJETOS DE LEI EM TRAMITAÇÃO, O DIREITO COMPARADO E A DOUTRINA BRASILEIRA

Embora tenha o Novo Código Civil solucionado a questão da presunção de filiação dos inseminados *post mortem*, os Projetos de Lei existentes não se amoldaram à Nova Lei Civil, pois continuam discutindo apenas o reconhecimento da paternidade, e assim não solucionam a lacuna do direito sucessório, conforme se pode conferir adiante:

O Projeto de Lei nº 2.855/97, de autoria do Deputado Confúcio Moura prevê a possibilidade de inseminação

post mortem, sendo vedado o reconhecimento da paternidade, a não ser, nos casos em que houver prévia e expressa manifestação do casal.

Outra proposta, prevista no Projeto de Lei nº 90/99, de autoria do Senador Lúcio Alcântara, dispõe que, em caso de inseminação *post mortem*, não será reconhecida a paternidade, entretanto, há um projeto substitutivo de nº 1.184/03, de autoria do Senador Roberto Requião que prevê o reconhecimento da filiação, desde que o depositário do sêmen tenha autorizado em testamento a utilização pela esposa ou companheira⁶.

Dessa forma, se a utilização do sêmen não for expressamente autorizada, a inseminação artificial homóloga pós morte será considerada como aquela feita por doação anônima, o que impede a presunção de paternidade do doador, como aduz Paulo Lôbo, comentando o dispositivo civil: *“A utilização não consentida do sêmen deve ser equiparada à do doador anônimo, o que não implica atribuição de paternidade”*⁷.

Tais posicionamentos se mostram pouco razoáveis, pois ferem direitos garantidos constitucionalmente, como o de liberdade de planejamento familiar e o direito de igualdade entre filhos.

Também não se pode equiparar o fruto de uma inseminação feita com material genético de um casal, após falecido o varão, com o fruto de uma inseminação heteróloga, onde a mãe deliberadamente optou por não conhecer o doador do sêmen, posto que acentuadamente diferentes as situações de fato e de direito. Na primeira situação, a expectativa de que seja reconhecida a paternidade do filho, em nome do ente querido que faleceu, parece ser a grande motivação para a realização do procedimento, como forma de preservar a memória da sua existência, então, não haverá justiça em se permitir que uma vida seja continuada através de um filho, se, pela falta de um testamento, a memória do falecido pai não for nele preservada, através da garantia do reconhecimento da paternidade.

Outros países possuem legislação bem mais evoluída, que surgiram da necessidade de acompanhar a renovação da ciência genética e de solucionar casos concretos. Dessa forma, em relação à inseminação artificial *post mortem*, temos que na Alemanha e Suécia a prática é vedada; a Espanha veda a inseminação *post mortem*, mas garante direitos ao nascituro quando houver declaração escrita por escritura pública ou testamento; Na Inglaterra, a inseminação *post mortem* é permitida, mas só garante direitos sucessórios se houver documento expresso sobre o assunto⁸; Portugal veda a inseminação artificial *post mortem*, ainda que haja declaração expressa do falecido,

6. Informações disponíveis no site: <http://www2.camara.gov.br/documentos-e-pesquisas/publicacoes/edicoes>, extraídas em 12/05/10.

7. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Código Civil Comentado: Direito de Família. Relações de Parentesco. Direito Patrimonial. Coordenação: Álvaro Vilaça de Azevedo. São Paulo. 2003.

Atlas. Pág. 51.

8. PINTO, Carlos Alberto Ferreira. Reprodução Assistida: Inseminação Artificial Homóloga *Post mortem* e o Direito Sucessório. Artigo disponível no site: <http://www.recantodasletras.uol.com.br>, extraído em 10/05/10.

e destrói o sêmen armazenado quando morre o doador, porém permite a transferência do embrião que já estiver concebido *in vitro* para a inseminação *post mortem*, desde que haja um projeto parental claramente estabelecido por escrito pelo falecido pai⁹.

Vê-se que esses países buscaram disciplinar a inseminação *post mortem*, na tentativa de, à sua maneira, dirimir controvérsias e problemas que venham a surgir no direito de família e sucessório.

No Brasil, além da omissão legislativa para o assunto, as opiniões doutrinárias são bem divergentes. Existe uma corrente, à qual pertence Silvio de Salvo Venosa¹⁰, que entende não existir vocação hereditária para o embrião que não estava concebido à época do óbito, embora este mesmo doutrinador entenda que, em caráter excepcional, possa ser chamado à sucessão, o filho que, mesmo não concebido quando da morte do de cujus, foi indicado como sucessor testamentário. É da mesma opinião o jurista Eduardo de Oliveira Leite¹¹. Este ainda vai mais além, pois nega a sucessão do filho formado *post mortem* a partir do sêmen preservado, mas admite a sucessão hereditária do embrião concebido *in vitro*, com implantação no ventre da mãe, posterior à morte do pai, o que desenrola uma série de outras discussões acerca das diversas teorias sobre o momento da concepção do ser humano.

O Enunciado nº 127 do Conselho de Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil, propôs a alteração do inciso III, do artigo 1.597, do Código Civil, com a retirada da expressão “mesmo que falecido o marido”, para constar tão somente “havidos por fecundação artificial homóloga”, sob justificativa baseada nos princípios da paternidade responsável e dignidade da pessoa humana, por acharem inaceitável o nascimento de uma criança já sem pai.

Já o Enunciado 107 do mesmo Conselho, quanto à regra do inciso IV, do art. 1.597, propôs que fosse possível a inseminação artificial dos embriões excedentários – aqueles inseminados *in vitro* e crio conservados – mesmo se a sociedade conjugal estiver desfeita, desde que haja autorização escrita dos ex-cônjuges para a utilização dos embriões¹².

Ora, pareceu um contrassenso vedar o direito à inseminação artificial *post mortem* com base na paternidade responsável e na dignidade humana e, ao mesmo tempo, permitir que casais separados tenham filhos por reprodução assistida, afinal, tal qual o filho da inseminação *post mortem*, o outro também nascerá numa família

de pais separados, desfalcada da presença constante do pai ou da mãe, e nem por isso se pode afirmar que em ambos os casos foi ferido o direito à dignidade humana, já que a família monoparental também é protegida pela Constituição Federal¹³.

Importante lembrar que o art. 42, § 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê a possibilidade de adoção póstuma, quando o adotante, após manifestação inequívoca de vontade, vier a falecer no curso do processo de adoção. Nessas circunstâncias, a sentença constituirá a relação de filiação desde a data do falecimento.

Outro aspecto a ser observado é o da manifestação de vontade. Na adoção póstuma¹⁴ não se exige que o adotante tenha deixado um testamento indicando o futuro adotado como seu sucessor para que sejam gerados direitos hereditários, e sua manifestação inequívoca de vontade já se mostra pelo *ánimus* que o levou a dar início ao processo de adoção. O que parece lógico é que este mesmo *ánimus* do adotante também pode ser reconhecido no ato de alguém providenciar o armazenamento do seu sêmen ou óvulo, para futura inseminação artificial, manifestação clara de um projeto parental e da vontade de gerar filhos.

Em sentido contrário, outra corrente, com a qual comungo entendimentos, defende que o filho do casal, inseminado *post mortem* poderá herdar. Tal posição se fundamenta no fato de a Constituição Federal vedar a desigualdade entre os filhos¹⁵ e, ainda, encontra embasamento no que dispõe o artigo 1.597 do Código Civil. Compartilha deste entendimento Francisco José Cahali¹⁶, ao afirmar que o filho do *de cujus*, nascido através de reprodução assistida *post mortem*, terá direito à sucessão como qualquer outro filho, e adverte quanto às dificuldades no que se refere a inventário ou partilha já encerrada.

No mesmo sentido, o Enunciado 267 aprovado na III Jornada de Direito Civil do CJF sugere a seguinte solução: “A regra do art. 1.798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida, abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição da herança”¹⁷.

Guilherme Calmon¹⁸, autor do referido enunciado, traz uma solução prática para a questão:

“Em sendo reconhecida a admissibilidade jurídica do recurso às técnicas de reprodução assistida post mortem (e, assim, sua constitucionalidade), a melhor solução a res-

9. Artigo 22, do Decreto nº 64/X, da Legislação Portuguesa.

10. VIDAL. Priscilla Fernandes. Direito Sucessório do Embrião. Artigo disponível no site: http://www.lfmaia.com.br/site/index.php?option=com_content&task=view&id=309&Itemid=43, extraído em 30/04/2010.

11. Idem.

12. Informação disponível no site <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>, extraída em 18/05/2010.

13. Artigo 226, § 4º, da Constituição Federal Brasileira de 1988.

14. Artigo 1.628, do Código Civil de 2002; Artigos 42, §5º e 47, §6, do ECA.

15. Artigo 227, § 6º, da Constituição Federal Brasileira de 1988

16. VIDAL. Priscilla Fernandes. Direito Sucessório do Embrião. Artigo disponível no site: http://www.lfmaia.com.br/site/index.php?option=com_content&task=view&id=309&Itemid=43, extraído em 30/04/2010.

17. Informação disponível no site <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IIIJornada.pdf>, extraída em 18/05/2010.

18. Idem.

peito do tema é a de considerar que o art. 1.798, do novo Código Civil, disse menos do que queria, devendo o intérprete proceder ao trabalho de estender o preceito para os casos de embriões já formados e aqueles a formar (abrangendo, pois, as duas hipóteses antes indicadas). O problema que surge caso a criança venha a nascer após o término do inventário e da partilha pode ser tranquilamente solucionado de acordo com o próprio sistema jurídico atual em matéria de herdeiros legítimos preteridos – por exemplo, na hipótese de filho extramatrimonial não reconhecido pelo falecido. Deve-se admitir a petição de herança, com a pretensão deduzida dentro do prazo prescricional de dez anos a contar do falecimento do autor da sucessão, buscando, assim, equilibrar os interesses da pessoa que se desenvolveu a partir do embrião ou do material fecundante do falecido e, simultaneamente, os interesses dos demais herdeiros. Assim, haverá mais uma hipótese de cabimento para os casos de petição de herança, a saber, aquela envolvendo o emprego de técnica de reprodução assistida post mortem¹⁹.

A propósito, quanto à sensata sugestão de Guilherme Calmon, no que se refere à solução dada aos casos em que a criança inseminada nasce após o término do inventário e da partilha, quando comparou à hipótese de existência de filho extramatrimonial não reconhecido pelo de cujus, vale acrescentar que a Câmara Federal está examinando o Projeto de Lei nº6939/10, que permite aos herdeiros de pais falecidos reconhecerem, por meio de escritura pública em cartório, a filiação de um meio-irmão, o que poderá igualmente contribuir para a facilitação do reconhecimento de filhos nascidos por inseminação post mortem, caso a futura lei específica venha a negar o reconhecimento da paternidade desses filhos, e haja outros herdeiros pré-existentes¹⁹.

6. O DIREITO SUCESSÓRIO DO FILHO INSEMINADO POST MORTEM E A APARENTE AMEAÇA AO DIREITO À SEGURANÇA JURÍDICA DOS DEMAIS HERDEIROS: EXCESSO DE PROTEÇÃO PATRIMONIAL.

Percebe-se facilmente, tanto nos nossos projetos de lei ou na opinião de alguns doutrinadores, quanto nas legislações alienígenas, que há uma resistência à prática de inseminação artificial pós morte, mesmo sendo ela homóloga. Consequentemente, há uma dificuldade em se admitir que o filho fruto dessa prática assumira sua vocação hereditária. Isso se dá pela forte influência patrimonialista das legislações anteriores.

Os autores que opinam contra os direitos suces-

sórios do inseminado pós morte defendem que a autorização da inseminação póstuma ameaça o Princípio da Segurança Jurídica, vez que poderão ser prejudicados os interesses patrimoniais dos herdeiros existentes²⁰. Nessa opinião transparece uma linha de raciocínio materialista, que relaciona de forma equivocada o Princípio da Segurança Jurídica com a proteção ao patrimônio, o que se justifica pelos resquícios do Código Civil de 1916 que ainda existem no Novo Código de 2002, que ainda segue a antiga tendência patrimonialista de muitos outros Códigos Civis. Ademais, o seu Projeto de Lei foi apresentado em 1975, e naquela época não se esperava as evoluções sociais e tecnológicas dos dias de hoje. Lembra Silvio Rodrigues²¹, que a parte de Direito de Família do Projeto do Novo Código já era obsoleta quando o texto foi encaminhado para o senado Federal. Por isso, muitas discussões atuais da sociedade são alvo de conflitos com o que está previsto no Código, ou simplesmente não estão previstas nele. Sobre esse assunto, bem lembra Paulo Lôbo:

“Até mesmo o mais pessoal dos direitos civis, o direito de família, é marcado pelo predomínio do conteúdo patrimonializante, nos códigos. No Código Civil brasileiro de 1916, por exemplo, dos 290 artigos do Livro de Família, em 151 o interesse patrimonial passou à frente. Como exemplo, o direito assistencial da tutela, curatela e da ausência constitui estatuto legal de administração de bens, em que as pessoas dos supostos destinatários não pesam. Na curatela do prodígio, a prodigalidade é negada e a avareza é premiada. A desigualdade dos filhos não era inspirada na proteção de suas pessoas, mas do patrimônio familiar. A maior parte dos impedimentos matrimoniais não têm as pessoas, mas seus patrimônios, como valor adotado.”

E prossegue:

“A família atual brasileira desmente essa tradição centenária. Relativizou-se sua função procracional. Desapareceram suas funções política, econômica e religiosa, para as quais era necessária a origem biológica. Hoje, a família recuperou a função que, por certo, esteve nas suas origens mais remotas: a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida. Sendo assim, é exigente de tutela jurídica mínima, que respeite a liberdade de constituição, convivência e dissolução; a auto-responsabilidade; a igualdade irrestrita de direitos, embora com reconhecimento das diferenças naturais e culturais entre os gêneros; a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais, como pessoas em formação; o forte sentimento de solidariedade recíproca, que não pode ser perturbada pelo

19. Informação disponível no site: <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2173091/meio-irmao-podera-ser-reconhecido-por-meio-de-escritura-publica>, extraída em 07/05/2010
20. ALVARENGA, Débora de Deus Gonçalves. Efeitos Jurídicos da Inseminação Artificial Homóloga Post mortem. Artigo disponível no site: <http://www.jusnavigandi.com>.

br/doutrina, extraído em 10/04/2010.

21. Citado por Guilherme Calmon da Nogueira, no artigo Biodireito e o Novo Código Civil, disponível no site: http://www.uniandrade.pr.cep/download.pdf/biodireito_novo_codigo_civil.pdf, extraído em 29/03/2010.

*prevalcimento de interesses patrimoniais.*²²

Então, nesse novo contexto de família, o Princípio da Segurança Jurídica deve estar diretamente ligado ao conceito de Estado Democrático de Direito, devendo também trazer proteção à outros valores, tais como, cidadania, afeto familiar e bem estar social, para que se faça a manutenção da ordem jurídica. Não se pode reconhecer a ordem e segurança jurídica num Estado Democrático que, por um lado preza pela não discriminação entre filhos e, por outro, retira o direito de um filho à sucessão legítima. Dessa forma sim, se ameaça o Princípio da Segurança Jurídica e o da Dignidade Humana com a mesma arma: o excesso patrimonialismo.

7. A JURISPRUDÊNCIA E A VALORIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

Com o novo Direito Constitucional Brasileiro de 1988 e a necessidade de adaptação do Código Civil à nova realidade jurídica e social do país, surge o fenômeno da “constitucionalização do direito privado”, e ainda, o da “repersonalização do direito de família”, este batizado por Paulo Lôbo, e que para ele significa “o salto, à frente, da pessoa humana no âmbito familiar”. Assim, a força do Princípio da Dignidade Humana tem se intensificado a cada dia, tornando-se, no século XXI, a garantia contra toda e qualquer forma de torpeza contra o ser humano. Embora no Brasil ainda não haja Jurisprudência que solucione qualquer litígio de ordem patrimonial advindo da chegada de um sucessor *post mortem*, temos que os nossos tribunais já começam a adotar, em outros casos, o afeto e a felicidade como valores que necessitam ser preservados, o que podemos observar em muitas decisões:

DIREITO DE FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE GUARDA DE MENOR FORMULADO PELO PAI EM FACE DA MÃE. MELHORES CONDIÇÕES. PREVALÊNCIA DO INTERESSE DA CRIANÇA.

(...)

“Sob a ótica do interesse superior da criança, é preferível ao bem estar do menor, sempre que possível, o convívio harmônico com a família – tanto materna, quanto paterna.

“Se a conduta da mãe, nos termos do traçado probatório delineado pelo Tribunal de origem, denota plenas condições de promover o sustento, a guarda, a educação do menor, bem assim, assegurar a efetivação de seus direitos e facultar seu desenvolvimento físico, intelectual, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade, com todo o amor, carinho e zelo inerentes à relação mater-

*no-filial, deve-lhe ser atribuída a guarda da filha, porquanto revela melhores condições para exercê-la, conforme dispõe o art. 1.584 do CC/02.”*²³

Interessante apontar que até mesmo o direito penal, não obstante ser nascido da esfera pública, tutela fortemente os interesses patrimoniais em detrimento da pessoa humana – igualmente ao nosso sistema legal de direito privado – e que na sua seara também encontramos julgados recentes onde valores do Direito Constitucional conferidos à família vêm sendo aplicados, como ocorreu com o caso de um estrangeiro francês que registrou o filho da sua companheira brasileira como se fosse seu, sem o devido processo de adoção, sendo processados, o francês e a brasileira por crimes previstos no Código Penal Brasileiro, e no Estatuto do Estrangeiro, porque ele utilizou o registro da criança para solicitar seu visto permanente no Brasil. Condenados a três anos de reclusão, interpuseram recurso de apelação e foram absolvidos, segundo as seguinte fundamentação:

PENAL. ART. 242, PAR. ÚNICO DO CP, E ART. 125, XIII, DA LEI Nº 6.815/80. DECLARAÇÃO FALSA EM REGISTRO CIVIL, POR ESTRANGEIRO, DE FILHO DA COMPANHEIRA, COMO SENDO SEU FILHO. PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE FAMILIAR. ASSISTÊNCIA FINANCEIRA E AFETIVA AO MENOR. MOTIVO DE RECONHECIDA NOBREZA. APLICAÇÃO DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 242, DO CÓDIGO PENAL. USO DA DECLARAÇÃO FALSA PARA A OBTENÇÃO DE VISTO DE PERMANÊNCIA PELO ESTRANGEIRO. AUSÊNCIA DE DOLO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. APELAÇÕES PROVIDAS.

(...)

“Apesar de terem agido com dolo, pois, na verdade, vontade existiu, eles visavam dar à criança um lar, e o fato é que a criança encontra-se com o estrangeiro, ora apelante, até a data atual, mais de oito anos após o fato delituoso.

Nota-se, pela leitura dos autos, que a acusada, mãe solteira de uma criança sem qualquer apoio afetivo ou material do pai biológico, de quem apenas sabe o nome e que vive, de acordo com seu depoimento, em local ignorado no Estado do Pará, vivia de um pequeno fiteiro em sua residência, visualizando, ao conhecer o estrangeiro, um pai para o seu filho. Afirma ela que eles viveram juntos por dois anos na Guiana Francesa e, ao chegar no País, grávida de cinco meses de Patrick, este sim, filho biológico do casal, registrou Alef como filho dele a fim de que o mesmo pudesse continuar no País, de forma a não desconstituir a família – fls. 57/58.

Desta forma, a fim de preservar a integridade familiar, e ignorando os procedimentos cabíveis para a adoção da criança, registrou o filho como se fosse biologicamente seu, posteriormente confessando e explicando a situação na Polícia Federal.

22. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. Artigo extraído do site: http://www.senado.gov.br/web/cegraf/riil/Pdf/pdf_141/r141-08.pdf

23. STJ – REsp 916350; Relator: Nancy Andrichi; 3ª Turma; DJe 26.03.2008

Não olvido o fato de que vige o princípio da inescusabilidade do desconhecimento da lei; no entanto, é certo que a própria Lei Penal Básica traz sua exceção, quando tal fato (refiro-me à ignorância da proibição) é inevitável. No entanto, o desejo de manter a família unida no Brasil, local em que o francês escolheu para fixar residência foi maior do que a obediência à lei, mesmo com as partes tendo conhecimento da ilicitude do tipo de registro, realizando o que já é até tradição do nosso país, tanto que se denomina “adoção à brasileira”.

Desta forma, em que pesem os apelantes terem registrado a criança como se fosse seu próprio filho, em um claro exemplo de “adoção à brasileira” e preencherem formalmente os elementos típicos do delito previsto no art. 242, do Código Penal, decido que os apelantes estão isentos da aplicação de pena (excludente de culpabilidade), em face do motivo de relevante nobreza que os moveu, nos termos do disposto no parágrafo único do referido artigo²⁴.

Vê-se então, que o fenômeno da constitucionalização abrange os diversos ramos do direito, e que constitucionalização do direito privado – processo de transformação de paradigma que a relação entre o direito constitucional e o direito privado passou a sofrer com a democracia constitucional²⁵ – inaugura uma nova fase do direito civil, alterando a base do direito de família, que, abandonando seu caráter patrimonialista, passa a atender, a buscar e satisfazer anseios da pessoa, como membro da família e não como bem material. Isto posto, não se pode permitir que o conservadorismo de valores obsoletos, vigentes nas legislações anteriores, se tornem a trave ao amadurecimento e surgimento de uma nova legislação específica que tutele os interesses das pessoas, em sintonia com os avanços sociais e tecnológicos do nosso país.

8. CONCLUSÃO

Com o devido respeito às posições contrárias, parece sensato e justo que seja dado ao filho concebido por inseminação artificial *post mortem* o mesmo tratamento jurídico destinado aos demais filhos concebidos ou nascidos enquanto vivo o genitor.

O reconhecimento da paternidade é indiscutível, posto que já previsto pelo código Civil. De outra banda, no que se refere aos direitos hereditários, deverão ser observadas todos os direitos garantias constitucionais no que pertine à partilha de bens em condições de igualdade entre todos os herdeiros em respeito ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Já o Princípio da Segurança Jurídica, em seu mais amplo sentido, será observado se o processo de insemina-

ção artificial *post mortem* for devidamente acompanhado, assim como no processo de adoção, onde o Ministério Público intervém para garantir o bem estar da criança.

Aspectos particulares de cada caso devem ser observados preliminarmente à inseminação, tais como o ambiente familiar onde a criança se desenvolverá, e o estado de saúde e psicológico da mãe, o que deve envolver uma equipe interdisciplinar.

A exigência de declaração expressa da vontade do doador do sêmen deve ser flexibilizada, já que podem haver casos como o que já foi mencionado, onde o casal manifestava publicamente o *ánimus* de construir uma família, mas o estado de coma seguido de morte de um deles interrompeu o planejamento antes que percebessem qualquer necessidade de gerar seus filhos através de reprodução assistida.

Faz-se necessário que haja prazos, a partir da morte, para que seja feita a inseminação e, após o nascimento, para que o novo herdeiro se habilite como tal, o que pode se dar nos moldes do procedimento de Petição de Herança²⁶, já existente no nosso ordenamento, e muito bem sugerido por Guilherme Calmon, devidamente observados os conteúdos dos artigos 198, inc. I, e 208, do Código Civil, que não admitem prescrição e decadência, respectivamente, de direito de incapazes, salientando-se, inclusive, que quanto ao direito dos relativamente incapazes, seus assistentes poderão ser responsabilizados se derem causa a tais fenômenos – prescrição e/ou decadência.

Ainda em atenção à segurança Jurídica, é igualmente importante que os demais herdeiros tomem conhecimento do processo de inseminação, e que seja nomeado um curador, tal qual ocorre na sucessão testamentária, para administrar os bens do nascituro.

Uma grande quantidade de artigos jurídicos sobre o tema, publicados na internet por advogados, professores e estudantes, que compartilham das mais diversas opiniões e sugestões, é o sinal da crescente preocupação da sociedade acerca do assunto. É muito importante que o debate alcance as diversas camadas da sociedade, enquanto destinatárias da lei, pois o Brasil é um país onde não é comum a prática de testamento, e também onde há alta e precoce mortalidade de pessoas adultas, principalmente do sexo masculino, o que pode aumentar a busca por inseminação artificial *post mortem*, conseqüentes de situações semelhantes ao caso que foi citado no início deste artigo. Ademais, na ausência da lei, a doutrina é uma importante fonte do direito, e não deve permitir que a lacuna deixada pelo código civil entre o direito de família e o sucessório – que gera um lapso ainda maior entre a Lei Civil e

24. TRF5 – ACR 3630-CE; Relator: Des. Fed. Geraldo Apoliano; 3ª Turma; DJ 13.11.2008, p. 221
25. Conceito disponível no site: http://pt.wikipedia.org/wiki/Direito_privado. Extraído

em 18/15/2010.

26. Artigo 1.824 e seguintes, do Código Civil Brasileiro de 2002.

a Constituição – seja óbice ao justo exercício do direito à dignidade da pessoa humana, e é em nome desse Princípio que concluo o presente artigo com as palavras que transcrevo a seguir, da Ilustre Professora Maria Benenice Dias, com a qual compartilho da mesma opinião, por ser de Pura e Cristalina Justiça:

“O uso das técnicas de reprodução assistida é um direito fundamental, consequência do direito ao planejamento familiar que decorre do princípio da liberdade. Impensável cercar esse direito pelo advento da morte de quem manifestou a vontade de ter filhos ao se submeter à técnicas de reprodução assistida. Na concepção homóloga, não se pode simplesmente reconhecer que a morte opere a revogação do consentimento e impõe a destruição do material genético que se encontra armazenado. O projeto parental iniciou-se durante a vida, o que legaliza e legitima a inseminação post mortem. A norma constitucional que consagra a igualdade de filiação não traz qualquer exceção. Assim presume-se a paternidade do filho biológico concebido depois do falecimento de um dos genitores. Ao nascer, ocupa a primeira classe dos herdeiros necessários.”²⁷

REFERÊNCIAS

- ALVARENGA, Débora de Deus Gonçalves. *Efeitos Jurídicos da Inseminação Artificial Homóloga Post mortem*. Artigo disponível no site: <http://www.jusnavigandi.com.br/doutrina>, extraído em 10/04/2010.
- CORREIA, Milena C.D.V. *Reprodução Assistida – Conceitos e Linguagem*. Artigo disponível no site: www.ghente.org/temas/reproducao, extraído em 30/04/2010
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil Comentado: Direito de Família. Relações de Parentesco. Direito Patrimonial*. Coordenação: Álvaro Vilaça de Azevedo. São Paulo. 2003. Atlas. Pág. 51. _____. *Constitucionalização do Direito Civil*. Artigo extraído do site: http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_141/r141-08.pdf em 14/05/2010
- NOGUEIRA, Guilherme Calmon da. *Biodireito e o Novo Código Civil*, disponível no site: http://www.uniandrade.pr.cep/download.pdf/biodireito_novo_codigo_civil.pdf, extraído na data de
- PINTO, Carlos Alberto Ferreira. *Reprodução Assistida: Inseminação Artificial Homóloga Post mortem e o Direito Sucessório*. Artigo disponível no site: <http://www.recantodasletras.uol.com.br>, extraído em 10/05/10.
- SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Novo Código Civil Comentado – Coordenação de Ricardo Fiuza*. 1ª Ed. São Paulo. 2003. Saraiva. Pág. 1.408
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito das Sucessões*. 6ª Ed. São Paulo. 2006. Atlas. Pág 51 - 29/03/2010.
- VIDAL. Priscilla Fernandes. *Direito Sucessório do Embrião*. Ar-

tigo disponível no site: http://www.lfmaia.com.br/site/index.php?option=com_content&task=view&id=309&Itemid=43, extraído em 30/04/2010.

27. Artigo disponível no site <http://www.direitounisal.com.br/wordpress/wp-content/uploads/2010/03/10ed04.pdf>, extraído em 08/05/2010.

A POLISSEMIA DA EXPRESSÃO “ENTIDADES PARAESTATAIS”: TENTATIVA DE DELIMITAÇÃO

José Henrique Bezerra Fonseca

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Olinda (FADO-AESO). Especialista em Direito Processual Civil, Direito Processual Penal e Direito Processual Trabalhista pela Faculdade Maurício de Nassau. Especialista em Direito Público pelo ATF Cursos Jurídicos em parceria com a Faculdade Maurício de Nassau.

1. INTRODUÇÃO

O termo “entidades paraestatais” vem sendo empregado em leis e decisões jurisprudenciais, sem, no entanto, que se saiba com precisão o seu significado. Esse fato configura um risco à segurança jurídica, pois as normas com tal expressão acabam por se apresentar de difícil compreensão. Como até mesmo os órgãos do Poder Judiciário destoam quanto à semântica da expressão, as próprias decisões judiciais, que serviriam para interpretar a norma, acabam necessitando de interpretação e o problema persiste. É preciso, portanto, uma uniformização quanto ao sentido do termo na comunidade jurídica.

A lei, os doutrinadores e os nossos tribunais não conhecem um consenso. Há diversos entendimentos, inclusive antagônicos, vindos da comunidade acadêmica. A legislação, por sua vez, emprega o termo com distintas conotações em diversas passagens. A jurisprudência, enfim, também se mostra dissonante.

Talvez por tais razões tem-se evitado a utilização da expressão entre os estudiosos.

2. A DIVERSIDADE SEMÂNTICA EXTRAÍDA DOS DISPOSITIVOS LEGAIS

Poucos são os dispositivos legais que citam a expressão “entidades paraestatais”. Não obstante, todos têm um ponto em comum: a imprecisão jurídica.

A lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da OAB), em seu artigo 30, inciso II, dispõe que são im-

pedidos de exercer a advocacia:

“II - os membros do Poder Legislativo, em seus diferentes níveis, contra ou a favor das pessoas jurídicas de direito público, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas, entidades paraestatais ou empresas concessionárias ou permissionárias de serviço público.” (grifo nosso)

No dispositivo em questão, o legislador enumera uma série de entidades e, dentre elas, as entidades paraestatais. A interpretação lógica que se extrai do texto é a de que as entidades paraestatais são entidades autônomas, distinta de todas as demais que foram citadas. Logo, entidade paraestatal não poderia ser qualquer das pessoas jurídicas de direito público, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas ou empresas concessionárias ou permissionárias de serviço público. Conforme analisado na introdução, das entidades que apresentam importância para o direito administrativo, restariam apenas as entidades componentes do terceiro setor. No caso em apreço, portanto, o legislador utilizou a expressão “entidades paraestatais” para designar os entes sociais autônomos, as organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público.

Em um outro diploma normativo – o Código Penal -, o legislador, ao tratar dos crimes contra a Administração Pública, novamente faz menção à entidade paraestatal. De acordo com o artigo 327:

“Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

§ 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública” (grifo nosso).

Trata-se o disposto no § 1º de uma norma de extensão. O legislador resolveu equiparar ao funcionário público, para fins de aplicação da lei penal, quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal. Apesar de a intenção da lei ser clara, qual seja tornar o conceito de funcionário público para fins de aplicação da lei penal o mais amplo possível, não faltou atecnia ao dispositivo.

Primeiramente, o legislador não especificou o

que vem a ser entidade paraestatal, conceito este aberto, uma vez que não há qualquer diploma normativo que o defina. Além do mais, sabe-se que, em se tratando de lei penal, vigora a legalidade estrita. Não é permitido ao legislador, como em outros ramos do direito, usar de expressões vagas demais a fim de incriminar, pois estão em voga dois dos mais importantes direitos fundamentais: o direito à dignidade humana e o direito à liberdade.

Em segundo lugar, fala-se no exercício de cargo, emprego ou função em entidade paraestatal.

Cargo público é o lugar que um servidor ocupa na Administração quando o regime é o estatutário. Atualmente, vigora o regime jurídico único na Administração direta, autárquica e fundacional. Assim, só se pode falar em cargo quando se está dentro da estrutura da Administração direta, autarquia ou fundação autárquica. Por esse lado, a entidade paraestatal mencionada seria uma autarquia ou fundação pública.

Emprego público, por sua vez, é o lugar que o servidor ocupa na estrutura da Administração quando o regime é o celetista. Logo, hodiernamente, só se fala em emprego público quando se está em empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação pública de direito privado. Nesse caso, a entidade paraestatal seria uma empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação pública de direito privado.

Assim, de acordo com o dispositivo, entidade paraestatal poderia ser uma autarquia, uma fundação pública de direito público, uma empresa pública, uma sociedade de economia mista ou uma fundação pública de direito privado. Até aí tudo bem.

Entretanto, como dito, o § 1º é uma norma de extensão e vem como um complemento do *caput* do artigo 327. Este dispositivo, todavia, já mencionara que funcionário público seria quem exerce cargo, emprego ou função. Se funcionário público é quem exerce cargo ou emprego, funcionário público é o agente público que ocupa um cargo público na Administração direta, autárquica e fundacional ou um emprego público nas empresas públicas, sociedades de economia mista ou fundações públicas de direito privado. Assim, de que adiantaria repetir a mesma coisa em uma norma de extensão, cuja serventia é justamente ampliar a abrangência de um dispositivo? Tudo leva a crer que o legislador, então, não quis repetir o conteúdo do *caput* e, assim sendo, entidade paraestatal seria algo distinto das autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas de direito privado. Nesse caso, enfim, como não há menção às concessionárias e permissionárias de serviço público, como no caso do Estatuto da Advocacia, não se poderia retirá-las do conceito, pelo que se entenderia que entidades paraestatais seriam as entidades do terceiro setor e as empresas concessionárias e permissionárias de serviço público, conceito um pouco mais amplo do que o anterior.

O mesmo diploma normativo usa, em outra

passagem, a mesma expressão. Quando trata dos crimes contra a fé pública, o Código Penal, mais precisamente no artigo que tipifica o crime de falsificação de documento público, dispõe:

“Art. 297 - Falsificar, no todo ou em parte, documento público, ou alterar documento público verdadeiro: Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa.

§2º - Para os efeitos penais, equiparam-se a documento público o emanado de entidade paraestatal, o título ao portador ou transmissível por endosso, as ações de sociedade comercial, os livros mercantis e o testamento particular.” (grifo nosso)

Mais uma vez o legislador penal utilizou tal expressão em uma norma de extensão. Trata-se o delito em questão de um crime contra a fé pública. Esse crime consiste na falsificação de documentos públicos. Quem emite documentos públicos, em regra, é o Poder Público, tanto é que o crime está inserido dentre os crimes contra a fé pública. O que a norma em questão almejou foi estender o *status* de documento público a alguns documentos que não seriam públicos em sua essência, mas que o legislador julgou de importância para o bem jurídico tutelado (fé pública). Logo, o legislador, ao estender o *status* de público aos documentos emanados das entidades paraestatais, deixou claro que os documentos expedidos por essas entidades seriam, em sua essência, privados. Assim, as entidades paraestatais não se configurariam em autarquias ou fundações autárquicas, já que os documentos por elas emitidos já seriam, em regra, públicos. *A contrario sensu*, em face dos documentos produzidos pelas empresas públicas e sociedades de economia mista, bem como pelas demais entidades de direito privado que possuem vínculo com a Administração pública (terceiro setor, concessionárias etc), serem, em regra, privados, aplicar-se-ia o referido dispositivo a elas. Assim, no presente dispositivo, o legislador ainda utilizou um sentido mais abrangente do que os dois anteriormente usados, entendendo como paraestatais as empresas públicas, sociedades de economia mista, entidades do terceiro setor e concessionárias e permissionárias de serviço público.

Mudando de norma, o Decreto 3.000/99 (regulamento do Imposto de Renda), em seu artigo 936, também faz alusão a entidades paraestatais:

*“Art. 936. Todos os órgãos da Administração Pública Federal, Estadual e Municipal, bem como as entidades autárquicas, **paraestatais** e de economia mista são obrigados a auxiliar a fiscalização, prestando informações e esclarecimentos que lhes forem solicitados, cumprindo ou fazendo cumprir as disposições deste Decreto e permitindo aos Auditores-Fiscais do Tesouro Nacional colher quaisquer elementos necessários à repartição (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art. 125, e Decreto-Lei nº 1.718, de 1979, art. 2º)”. (grifo nosso)*

O dispositivo é bastante confuso quanto ao significado dado para “paraestatais”. O elaborador se referiu aos órgãos da Administração, “bem como as entidades autárquicas, paraestatais e de economia mista”, de onde se conclui que as paraestatais não são entidades autárquicas e nem sociedades de economia mista. Pela ordem utilizada, levando-se em consideração o fato de ser comum mencionar as entidades da Administração direta em primeiro lugar, para, depois, citar as empresas públicas e sociedades de economia mista, para, só então, fazer alusão às demais entidades, parece que o Presidente da República chamou as empresas públicas de paraestatais. Entretanto, tendo em vista tal interpretação ser apenas uma suposição, uma coisa é certa: a falta de precisão quanto ao significado da expressão.

Mais confuso ainda é o disposto no Decreto lei 4.597/42, em seu artigo 2º, quando trata da prescrição quinquenal:

*“Art. 2º O Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932, que regula a prescrição quinquenal, abrange as dívidas passivas das autarquias, ou entidades e **órgãos paraestatais**, criados por lei e mantidos mediante impostos, taxas ou quaisquer contribuições, exigidas em virtude de lei federal, estadual ou municipal, bem como a todo e qualquer direito e ação contra os mesmos”. (grifo nosso)*

O diploma normativo fala em “órgãos paraestatais”, fazendo uma verdadeira miscelânea. Ora, os órgãos públicos fazem parte da própria pessoa jurídica Estado, nunca podendo ser enquadrados como paraestatais. Difícil, portanto, a compreensão do que se quis dizer com a mencionada expressão. Sabe-se que a prescrição quinquenal se refere à Fazenda Pública. A norma em questão é uma norma de extensão, fazendo com que as disposições do decreto 20.910/32 abranjam também as entidades nela mencionadas. Hoje é assente o entendimento de que a prescrição quinquenal se aplica às autarquias e fundações públicas de direito público. Entretanto, quanto às “entidades e aos órgãos paraestatais” o que se sabe é que, conforme o próprio dispositivo, eles devem ser criados por lei e mantidos mediante impostos, taxas ou quaisquer contribuições legalmente exigidos.

Por fim, vale mencionar, também, a previsão da lei das licitações e contratos (Lei 8.666/93):

“Art.17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:

*I-quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, **inclusive as entidades paraestatais**, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos: (...) (grifo nosso)”*

A presente lei, em seu artigo 17, ao tratar da alienação de bens da Administração Pública, afirma que ela dependerá de autorização legislativa, quando se tratar de imóveis de órgãos da administração direta e de entidades autárquicas e fundacionais, e dispensa esta autorização para todas as outras entidades, **inclusive as entidades paraestatais**, preenchidos os demais requisitos. Denota-se do texto do dispositivo, portanto, que as paraestatais seriam algo distinto das autarquias e fundações públicas de direito público. No caso, sabe-se que o legislador referiu-se às empresas públicas e sociedades de economia mista, pois, segundo entendimento assente na doutrina, os entes do terceiro setor só estão obrigados a licitar quando seus estatutos assim dispuserem. Logo, no presente dispositivo, a expressão “entidades paraestatais” foi utilizada como sinônimo de empresas públicas e sociedades de economia mista.

3. A DISSONÂNCIA DOUTRINÁRIA

Diversos são os entendimentos dentre os doutrinadores acerca do significado e amplitude da expressão “entidades paraestatais”. Muitas conceituações, inclusive, são antagônicas.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (MELLO, p. 353), são entidades paraestatais as pessoas colaboradoras que não se preordenam a fins lucrativos. Para ele, trata-se de pessoas privadas que exercem função típica (embora não exclusiva do Estado), como as de amparo aos hipo-suficientes, de assistência social, de formação profissional (SESI, SESC, SENAI). O desempenho das atividades próprias de polícia por essas entidades, faria com que as mesmas se colocassem próximas ao Estado, paralelas a ele. De acordo com seu entendimento, portanto, as sociedades de economia mista e as empresas públicas não se enquadrariam em tal denominação, pois podem exercer atividade econômica.

Doutro lado, Hely Lopes Meirelles (MEIRELLES, p. 318) aduzia que “o paraestatal não é o estatal, nem o particular; é o meio-termo entre o público e o privado”. Seriam as entidades com personalidade jurídica de direito privado, criadas por lei, para a realização de serviços de interesse coletivo, sob normas e controle do Estado ou, nos seus dizeres:

“entidades paraestatais são pessoas jurídicas de direito privado, cuja criação é autorizada por lei específica, com patrimônio público ou misto, para a realização de atividades, obras ou serviços de interesse coletivo, sob normas e controle do Estado”.

Assim, entidades paraestatais seriam aquelas que, tendo personalidade jurídica de direito privado, recebem amparo oficial do Poder Público, como as empresas públicas, as sociedades de economia mista e os serviços sociais autônomos. Logo, estariam excluídas, por seu entendimento, as autarquias e as fundações públicas de direito público (também denominadas de autarquias fundacionais ou fundações autárquicas), pois dotadas de per-

sonalidade jurídica de direito público.

Nota-se, de plano, que, enquanto Celso Antônio Bandeira de Melo exclui do conceito as sociedades de economia mista e as empresas públicas, Hely Lopes Meirelles, expressamente, as inclui como entidades paraestatais (vale mencionar que em edições mais recentes de sua obra, os responsáveis por sua atualização passaram a defender que paraestatais seriam somente os entes de cooperação com o Estado). Mas não só entre tais estudiosos há divergência.

Cretella Júnior (CRETELLA JÚNIOR, p. 52), por exemplo, apresenta entendimento pontualmente contrário ao de Hely Lopes Meirelles, ao anunciar que são entidades paraestatais as autarquias, entendimento esse comungado por Themístocles Brandão Cavalcanti (apud DI PIETRO, 2006, p. 479). Baseado na lição de Miguel Reale, afirma o autor que “paraestatais são as autarquias que conservam fortes laços de dependência burocrática” (apud DI PIETRO, 2006, p. 479). Da mesma forma, sua opinião conflita com a de Celso Antônio Bandeira de Melo, o qual expõe não poderem tais entidades visar o lucro, mas apenas admite as pessoas colaboradoras do Poder Público como paraestatais, excluindo-se, portanto, as autarquias, que, apesar de não poderem almejar o lucro, não são pessoas qualificadas como colaboradoras, conforme já explicitado.

Com um conceito mais amplo, José dos Santos Carvalho Filho (CARVALHO FILHO, p. 439), por sua vez, credencia como entidade paraestatal “toda pessoa jurídica que tiver vínculo institucional com pessoa federativa, de forma a receber desta os mecanismos estatais de controle”. Conforme seu entendimento, estariam, pois, enquadradas como entidades paraestatais todas as pessoas da Administração indireta (autarquias, fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, empresas públicas e sociedades de economia mista) e as entidades de cooperação governamental (entes sociais autônomos). Para o autor (p. 440), no que qualifica como uma compreensão lógica,

“ou a pessoa caracteriza-se como estatal, se for integrante do próprio Estado, como é o caso das pessoas federativas, ou, não sendo assim, terá ela que qualificar-se como paraestatal, por atuar em direta colaboração com o Estado por força de vínculo jurídico formal”.

Sérgio de Andréa Ferreira (FERREIRA, p. 78), ainda, entende que seriam as pessoas de direito privado integrantes da Administração indireta. Sua conceituação aproxima-se da de Hely Lopes Meirelles. Todavia, apesar de incluir as empresas públicas e as sociedades de economia mista e excluir as autarquias e fundações públicas instituídas e mantidas pelo Poder Público, como este, acaba por retirar do conceito, também, os serviços sociais autônomos, traço, portanto, distintivo entre as duas opiniões, porquanto as entidades do sistema “S” não fazem parte da Administração pública indireta. Por sua conceituação, também seriam inseridas como paraestatais as fundações

instituídas e mantidas pelo Poder Público, mas com personalidade jurídica de direito privado.

Entendimento semelhante é o de Lúcia Valle Figueiredo (FIGUEIREDO, p. 72), para quem são entidades paraestatais as empresas públicas e as sociedades de economia mista. Entretanto, ao qualificar apenas essas duas empresas estatais como paraestatais, *A contrario sensu*, não incluiu as fundações de direito privado instituídas e mantidas pelo Poder Público, entidade esta tida como paraestatal no conceito de Sérgio Andréa Ferreira, como visto.

Posicionamento bastante peculiar, ademais, é o de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (MELLO, 1979, vol II, p. 271), entendendo como paraestatais os serviços sociais autônomos, os partidos políticos, os sindicatos e até as escolas oficializadas. Excluiu, entretanto, toda a Administração indireta do conceito.

Ciente da funda divergência existente e qualificando o termo entidade paraestatal como sendo “desprovido de qualquer precisão jurídica”, Maria Sylvania Zanela di Pietro (PIETRO, 1993, p. 264) afirma que os estudiosos acabam por evitar sua utilização. Mais à frente, na 19ª edição da mesma obra (PIETRO, 2006, p. 480), a autora informa que

“os teóricos da Reforma do Estado incluem essas entidades no que denominam terceiro setor, assim entendido aquele que é composto por entidades da sociedade civil de fins públicos e não lucrativos; esse terceiro setor coexiste com o primeiro setor, que é o Estado, e o segundo setor, que é o mercado”.

Esclarece, ainda,

“Exatamente por atuarem ao lado do Estado, recebem a denominação de entidades paraestatais; nessa expressão podem ser incluídas todas as entidades integrantes do chamado terceiro setor, o que abrange as declaradas de utilidade pública, as que recebem certificado para fins filantrópicos, os serviços sociais autônomos (SESI, SESC e SENAI), as organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público”. (PIETRO, 2006, p. 481)

Complementa, outrossim:

“Nesse mesmo sentido de entidades paralelas ao Estado, podem ser incluídas, hoje, além dos serviços sociais autônomos, também as entidades de apoio (em especial fundações, associações e cooperativas), as chamadas organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público”. (PIETRO, 2006, p. 480)

No mesmo sentido entendem os autores Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (ALEXANDRINO, p. 73), os quais argumentam que as entidades paraestatais integram o terceiro setor, definindo-as como “as pessoas privadas que, agindo ao lado do Estado, colaboram com este, no desempenho de atividade não lucrativa, recebendo, por isso, especial proteção estatal”. Para eles o conceito não

abrange as entidades da Administração indireta, uma vez que elas integram o próprio Estado e não o chamado Terceiro Setor. Finalizam elencando quais entidades estariam enquadradas no conceito: os serviços sociais autônomos, as organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse coletivo. Ao elencarem as entidades, demonstram, entretanto, que seu conceito é um pouco mais restritivo do que o de Maria Sylvia Zanela di Pietro, vez que esta ainda cita outras entidades. Conforme a autora,

“outros, também teóricos da Reforma do Estado, sem descartar a expressão terceiro setor, incluem tais entidades entre as públicas não estatais; entende-se que são públicas, porque prestam atividade de interesse público; e não estatais, porque não integram a administração pública, direta ou indireta”. (PIETRO, 2006, p. 481)

O entendimento de Marçal Justen Filho, contudo, é mais restritivo. Para ele, entidades paraestatais se confundem com os serviços sociais autônomos:

“Entidade paraestatal ou serviço social autônomo é uma pessoa jurídica de direito privado criada por lei, atuando sem submissão à Administração Pública, para promover o atendimento de necessidades assistenciais e educacionais de certas atividades ou categorias profissionais que arcam com sua manutenção mediante contribuições compulsórias”.

Por sua vez, ao comentar que alguns autores denominam as entidades de direito privado da Administração indireta de paraestatais, Odete Medauar (MEDAUAR, p. 78) defende que

“o direito administrativo brasileiro atual não utiliza tal terminologia e, como se verá, a personalidade jurídica privada não afasta a aplicação, a tais entidades, de preceitos do direito público, por isso, parece melhor valer-se da expressão “Administração indireta”.

É mais fácil visualizar as diferenças entre os doutrinadores do que as semelhanças, entretanto pode-se extrair da opinião de quase todos tratar-se de uma pessoa jurídica de direito privado e criada por lei.

Vem predominando o entendimento de que entidades paraestatais são as integrantes do terceiro setor.

4. APLICAÇÃO NOS TRIBUNAIS

Em face do confuso tratamento conferido pela lei e da forma dissonante como os doutrinadores tratam o assunto, o resultado não poderia ser outro. Os nossos tribunais acabam por entrar na miscelânea. Desencontradas, pois, são diversas decisões judiciais, no que concerne ao sentido da expressão “entidades paraestatais”.

Problemática lançada, passa-se a expor como a jurisprudência vem tratando do assunto.

4.1. O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A Ministra Eliana Calmon, no REsp 247825 / RS, menciona o termo no sentido de que são entidade paraestatais todos os entes da Administração Pública indireta:

“2. Diferentemente das demais entidades paraestatais (empresas públicas e sociedades de economia mista), as autarquias estão sempre favorecidas com a redução do lapso prescricional. Inteligência do art. 2º do DL n. 4.597/42”. (grifo nosso) (DJ 12/02/2001 p. 105).

Ora, conforme se denota da ementa, a Ministra, ao falar “diferentemente das demais entidades paraestatais”, quando se referia às autarquias, insere-as no conceito. Da mesma forma, diz expressamente que as empresas públicas e as sociedades de economia mista são entidades paraestatais (são justamente as **demais**).

De forma semelhante já decidiu o Ministro Milton Luiz Pereira (REsp 204771 / SP):

“4. A CPFL, quanto ao prazo prescricional, quinquenal, não está favorecida pelo tratamento assegurado às autarquias ou outras entidades paraestatais albergadas legalmente. As suas dívidas passivas sujeitam-se ao prazo vintenário. (grifo nosso) (DJ 03/11/1999 p. 90).

Conclui-se logicamente da oração “às autarquias ou outras entidades paraestatais” que a autarquia é uma das espécies do gênero entidade paraestatal.

Por outro lado, há entendimento no Tribunal no sentido de configurar como entidades paraestatais não aquelas integrantes da Administração indireta, mas as denominadas entidades do terceiro setor, conforme se vê no acórdão da lavra do Ministro Arnaldo Esteves de Lima, no REsp 552750 / MG:

“1. A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento no sentido de que a melhor exegese para o art. 30, II, da Lei 8.906/94 é aquela segundo a qual o Vereador estará impedido de exercer a advocacia “contra ou a favor das pessoas jurídicas de direito público, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas, entidades paraestatais ou empresas concessionárias ou permissionárias de serviço público”, quando tais entes públicos estiverem no âmbito de sua atuação, em que guardarem alguma relação com a Fazenda Pública Municipal”. (grifo nosso) (DJ 05/02/2007 p. 327)

Verifica-se que, ao fazer a interpretação que acha-a devida ao artigo da lei citada, o Ministro elencou as entidades que julgava atingidas pela norma, mencionando as pessoas jurídicas de direito público (que são as autarquias e fundações públicas de direito público, além das próprias pessoas federativas), as empresas públicas, as sociedades de economia mista, as fundações públicas, as entidades

paraestatais e as empresas concessionárias ou permissionárias de serviço público. Dessa forma, fácil perceber que o magistrado tratou as entidades paraestatais como entidades distintas de todas as outras citadas. Logo, para ele, as paraestatais não seriam nenhuma daquelas entidades aludidas. Assim, restariam, então, as entidades do terceiro setor (entes sociais autônomos, organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público), d'onde se conclui que o mesmo entende que são essas entidades que constituem as entidades paraestatais.

Posicionamento equivalente é o do Ministro Castro Meira (CC 41246 / SC):

“Os serviços sociais autônomos, embora compreendidos na expressão entidade paraestatal, são pessoas jurídicas de direito privado, categorizadas como entes de colaboração que não integram a Administração Pública, mesmo empregando recursos públicos provenientes de contribuições parafiscais (grifo nosso) (DJ 27/09/2004 p. 180)

Para o Ministro, os serviços sociais autônomos estão compreendidos na expressão entidades paraestatais. Usando tais palavras, é possível tratar o termo “entidades paraestatais” como algo maior, onde os entes de colaboração estão inseridos. Entretanto, na decisão, o ministro não esclarece o que mais estaria compreendido na expressão.

De maneira semelhante ao Ministro Arnaldo Esteves de Lima, mas um pouco mais restrita, porquanto expressamente mencionados apenas os entes sociais autônomos, não se falando em organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público, decidiu o Ministro Franciulli Netto (REsp 413860 / SC):

“(...) O Serviço de Apoio às Micro e Pequenas Empresas de Santa Catarina, instituído pela Lei n. 8.029/90, assim como as demais entidades paraestatais (SESI, SESC, SENAI e outros), tem natureza de pessoa jurídica de direito privado, e não integra a Administração Pública direta ou indireta. Recurso especial não provido.” (grifo nosso) (DJ 19/12/2003 p. 406)

Extrai-se de seu voto que são entidades paraestatais os serviços sociais autônomos. Nele, o Ministro classifica o SEBRAE como uma entidade paraestatal, “assim como as demais (SESI, SESC, SENAI e outras)”, dando a entender que as entidades paraestatais são, justamente, os serviços sociais autônomos.

No mesmo sentido já decidiu o Ministro Teori Albino Zavascki (CC 95723 / RS):

“2. Não se incluem nessa competência as causas movidas pelo SENAI contra empregador objetivando a cobrança de contribuição social geral, por não possuir, o autor, natureza jurídica de sindicato e sim de entidade paraestatal. (grifo nosso) (DJe 22/09/2008)

Por sua vez, a Ministra Maria Thereza de Assis

Moura (CC 66354 / RS) também já entendeu assim:

“1. O Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial - SENAC, por ser entidade paraestatal com atuação em todo território nacional, está sujeita ao controle e fiscalização pelo Tribunal de Contas da União. (grifo nosso) (DJ 26/03/2007 p. 201).

Essa corrente também é adotada por outros ministros do Tribunal, a exemplo do Ministro José Delgado (REsp 530206 / SC):

“1. O SEBRAE possui natureza de entidade paraestatal, constituído na forma de serviço social autônomo mantido por contribuições parafiscais, sujeitando-se ao controle do bom uso de seus recursos pela via da ação popular.” (grifo nosso) (DJ 19/12/2003 p. 358)

De forma idêntica: REsp 749555 / DF (DJ 17/10/2005 p. 214).

Outrossim, comunga de tal posicionamento a Ministra Nancy Adrighi (CC 25391 / RS):

“1- Sendo o SESC entidade paraestatal de natureza privada não goza de foro perante a Justiça Federal, cuja competência em razão da pessoa, estabelecida no art. 109, inciso I, da CF, circunscreve-se aos feitos em que a União, a entidade autárquica ou a empresa pública federal forem interessadas na qualidade de autoras, intervenientes ou oponentes. Aplicação da Súmula 516 do STF” (grifo nosso) (DJ 05/02/2001 p. 70).

Não obstante, a Ministra, ao afirmar que o SESC é uma entidade paraestatal de natureza privada, parece entender que existem entidades paraestatais que são de natureza pública. Destarte, o entendimento se assemelha ao anterior no que tange à qualificação dos entes de colaboração como paraestatais. Porém, pelo visto, na sua posição, existem outras entidades paraestatais, que não os entes sociais autônomos, e de natureza pública (autarquias, por exemplo).

Por outro lado, há entendimento baseado na redação do decreto lei 4.597/42 (já comentado). No REsp 467233 / CE, o Ministro Vicente Leal consignou:

“A prescrição quinquenal das ações contra a Fazenda Pública, bem como suas autarquias e entidades paraestatais atinge o fundo de direito quando o ato lesivo da Administração negar a situação jurídica fundamental em que se embasa a pretensão veiculada. (grifo nosso) (DJ 07/04/2003 p. 357)

O magistrado fala, no aresto por si redigido, da “Fazenda Pública, bem como suas autarquias e entidades paraestatais”. Sabe-se que o conceito de Fazenda Pública, para fins de prescrição quinquenal, engloba as autarquias e fundações autárquicas, e ele ratifica tal entendimento. Entretanto, menciona, também, logo após as autarquias, as entidades paraestatais. Essas entidades paraestatais são

aquelas do Decreto-lei 4.597/42, (criadas por lei e mantidas mediante impostos ou contribuições sociais).

Deixando de lado a questão, há entendimento expresso, ainda, de que as paraestatais são algo distinto das sociedades de economia mista. O Ministro Demócrito Reinaldo, no REsp 80160 / SP, assim decidiu:

“1 - CIA PAULISTA DE FORÇA E LUZ E SOCIEDADE ANONIMA, COM PERSONALIDADE JURIDICA DE DIREITO PRIVADO, NÃO SE PODENDO TRANSFIGURAR-LHE EM SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA OU ENTE PARAESTATAL”. (grifo nosso) (DJ 08/04/1996 p. 10452)

No julgado, o Ministro manifestou que a Eletropaulo, sociedade anônima, não poderia ser considerada um sociedade de economia mista “ou ente paraestatal”. Assim, ao incluir a conjunção alternativa ou no final da oração, tratou a sociedade de economia mista e a entidade paraestatal como coisas diversas.

Ademais, há forte entendimento no sentido de entidades paraestatais serem as empresas públicas e as sociedades de economia mista. Aliás, em pesquisa feita na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, percebeu-se que o entendimento de que os entes paraestatais seriam os serviços sociais autônomos e o de que seriam as empresas públicas e as sociedades de economia mista são os dois mais adotados pelos Pretores.

O Ministro Jorge Scartezini, por exemplo, já proferiu decisão (DJ 23/06/2003 p. 409) na qual qualificou como entidade paraestatal uma sociedade de economia mista:

“1 - O dirigente da Sociedade de Economia Mista submete-se, quando pratica atos típicos do Direito Público, aos princípios que vinculam toda a Administração, como a moralidade, legalidade, impessoalidade, etc. Logo, tais atos não podem ser classificados como meros atos de gestão, o que descaracterizaria a simbiose de sua personalidade jurídica. Sendo o Banco de Brasília - BRB um ente paraestatal e seu administrador nomeado, inclusive, pelo Poder Público, a impugnação do ato omissivo que não acatou a anistia homologada, a qual determinou a nomeação e posse do recorrente, aprovado em concurso público para o cargo de Economista, é passível de impugnação através do remédio constitucional do mandado de segurança. Inteligência do art. 1º, da Lei nº 1.533/51”.

O Ministro Ruy Rosado de Aguiar foi outro a se posicionar de tal maneira, conforme noticiado no sítio do Superior Tribunal de Justiça, em 30/07/2001:

“STJ considera viável aquisição por usucapião de imóvel pertencente a paraestatal

Bens pertencentes à sociedade de economia mista podem ser adquiridos por usucapião”.

(Disponível em http://www.stj.gov.br/porta_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=368&tmp.area=68628&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=paraestatal. Acesso em 31/01/2010).

texto=68628&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=paraestatal. Acesso em 31/01/2010).

Por outro lado, em sentido diametralmente oposto, o Ministro Franciulli Netto já tratou, em um precedente (AgRg no REsp 379940 / DF), as empresas públicas e as sociedades de economia mista como empresas **estatais**, o que acaba por impossibilitar os seus enquadramentos como entes **paraestatais**. Como já exposto supra, o Ministro entende que paraestatais seriam os entes sociais autônomos, daí porque denominou as empresas públicas e sociedades de economia mista como estatais:

“A prescrição quinquenal, prevista pelo Decreto n. 20.910/32, não beneficia empresa pública, sociedade de economia mista ou qualquer outra entidade estatal que explore atividade econômica. (...).” (grifo nosso) (DJ 02/06/2003 p. 255)

Quando fala “não beneficia empresa pública, sociedade de economia mista **ou qualquer outra entidade estatal** que explore atividade econômica”, está, por óbvio, incluindo as duas entidades dentre as entidades estatais.

Existem, ainda, outros votos que mencionam a expressão “entidades paraestatais”, mas empregam-na em sentidos diferentes, como o do Ministro Sidnei Beneti (REsp 921499 / RJ), que afirma que as entidades paraestatais seriam as empresas concessionárias de serviços públicos:

“AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ATROPELAMENTO DE PEDESTRE EM VIA PÚBLICA. PENSIONAMENTO. CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL. EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. NECESSIDADE. PRECEDENTES. DANO MORAL. MÃE E IRMÃOS DA VÍTIMA. MAJORAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO.

I - “Em ação de indenização, procedente o pedido, é necessária a constituição de capital ou caução fidejussória para a garantia de pagamento da pensão, independentemente da situação financeira do demandado” (Súmula 313/STJ) e independentemente de tratar-se de entidade paraestatal”. (grifo nosso) (DJe 03/11/2009)

No precedente, o Ministro afirma que, mesmo tratando-se de entidade paraestatal, a empresa concessionária de serviço público deve constituir capital ou caução fidejussória para garantia de pagamento de pensão. Logo, enquadra as empresas concessionárias como sendo paraestatais.

Exatamente o contrário, excluindo as empresas concessionárias de serviços públicos do enquadre como entidade paraestatal, decidiu o Ministro Milton Luiz Pereira, conforme se denota de notícia publicada do sítio do Superior Tribunal de Justiça:

“Eletropaulo deve restituir valor de tarifas cobradas em excesso

(...) Em seu voto, o relator do recurso no STJ, ministro Milton Luiz Pereira, cita vários precedentes julgados no

Tribunal em que a Eletropaulo não é considerada entidade paraestatal, não sendo aplicado, assim, o prazo prescricional de cinco anos. Com isso, o ministro reconheceu o direito à restituição pedida pela Companhia Melhoramento, no que foi acompanhado pelos demais integrantes da Primeira Turma". (grifo nosso) (Disponível em: http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=368&tmp.texto=67723&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=paraestatais. Acesso em: 29/01/2010)

Conforme se verifica no julgado, o Ministro entendeu que a Eletropaulo, apesar de ser uma empresa concessionária de serviço público, não era considerada uma entidade paraestatal.

4.2. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Na Corte Maior não é diferente. Os ministros tratam de forma distinta o termo "entidade paraestatal" em seus votos. Cada qual possui sua visão pessoal sobre o significado da expressão.

O Ministro Celso de Melo (RE 159228 / DF), por exemplo, usa-a quando está se referindo às entidades da Administração Pública indireta com personalidade jurídica de direito privado:

"A existência, na mesma base territorial, de entidades sindicais que representem estratos diversos da vasta categoria dos servidores públicos - funcionários públicos pertencentes a Administração direta, de um lado, e empregados públicos vinculados a entidades paraestatais, de outro, cada qual com regime jurídico próprio - não ofende o princípio da unicidade sindical (...)" (grifo nosso) (DJ 27-10-1994 PP-29168)

No aresto, o magistrado separa a Administração direta das entidades paraestatais. Além do mais, afirma que, enquanto na primeira existem funcionários públicos (mais correto seria falar-se em servidores, todavia), na segunda há empregados públicos. Com efeito, por meio do seu raciocínio, chega-se a conclusão de que as entidades paraestatais são constituídas pelos entes da Administração indireta, que possuem funcionários públicos em seus quadros. Logo, para ele, as entidades paraestatais são as sociedades de economia mista e as empresas públicas.

O mesmo ministro, em outro voto proferido, consignou:

"Os servidores públicos do Distrito Federal filiados à entidade sindical ora recorrida são agentes públicos civis vinculados estatutariamente à Administração Direta, às entidades autárquicas e ao Tribunal de Contas do Distrito Federal, ao passo que o SINDSER constitui organismo sindical que foi criado para representar os empregados públicos das entidades paraestatais do Distrito Federal - como as empresas públicas (NOVACAP, TERRACAP, CODEPLAN, etc) - que com estas mantém relações jurídicas de caráter contratual traba-

lhista, sujeitas a regime jurídico próprio e com data-base diversa daquela que assiste aos servidores estatutários"

Por esse aresto confirma-se a conclusão acima. Além do mais, há explícita menção de que uma empresa pública seria uma entidade paraestatal.

Ainda no mesmo sentido (AI 314862 / RS):

"DECISÃO: A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tendo presente a regra inscrita no art. 37, II, do texto constitucional, firmou-se no sentido de somente aplicar o princípio do concurso público ao processo de admissão dos empregados das sociedades de economia mista e das empresas públicas, quando as respectivas contratações houverem sido celebradas, por tais entidades paraestatais, em data posterior à promulgação da vigente Constituição" (grifo nosso) (DJ 04/09/2002 PP-00030)

Aqui, o ministro consignou expressamente que as empresas públicas e sociedades de economia mista seriam entidades paraestatais. Tem sido assim em diversos julgados seus (ADIN 1588):

"(...) devendo submeter-se, as entidades paraestatais que exploram atividade econômica, ao regime jurídico próprio das empresas privadas, notadamente em matéria de direito do trabalho -, revelar-se-ia ilegítima a exclusão, quanto aos empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica (...) Presentemente, e no que concerne ao regime jurídico aplicável às entidades paraestatais exploradoras de atividade econômica, cumpre reconhecer que essa nova disciplina resultará da lei, que, editada nos termos do art. 173, § 1º, da Constituição (na redação dada pela EC nº 19/98), consubstanciará "o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias (...)". Registre-se, por oportuno, consideradas as substanciais alterações motivadas pelo advento EC nº 19/98, que, em tema de teto remuneratório (que é, precisamente, a matéria versada no diploma legislativo ora impugnado), **também as entidades paraestatais, e respectivas subsidiárias, poderão, agora, submeter-se ao que dispõe o art. 37, XI, da Carta Política"** (grifo nosso) (DJ 17/04/2002 PP-00009)

Na presente ação direta de inconstitucionalidade, o magistrado se referiu diversas vezes às empresas públicas e sociedades de economia mista como paraestatais.

Por sua vez, o Ministro Eros Grau (AC 1493 MC / AP) já deu a entender que as empresas públicas seriam entidades distintas das entidades paraestatais:

"11. O ato de inscrição no Cadastro Único de Convênio [CAUC], bem como os seus efeitos não podem, por consubstanciar limitação de direitos, ultrapassar a esfera individual das empresas públicas ou das entidades paraestatais devedoras" (DJ 14/12/2006 PP-00043) (grifo nosso)

Denota-se do precedente que o ministro, ao utilizar a conjunção alternativa “ou”, entendeu que as empresas públicas não seriam entidades paraestatais. Na **ACO 1382 / SP, o magistrado acabou por demonstrar seu posicionamento. Entidades paraestatais seriam as entidades do terceiro setor:**

“11. Os serviços sociais autônomos, embora compreendidos na expressão de entidade paraestatal, são pessoas jurídicas de direito privado, categorizadas como entes de colaboração que não integram a Administração Pública, mesmo empregando recursos provenientes de contribuições parafiscais”.(DJe-165 DIVULG 01/09/2009 PUBLIC 02/09/2009) (grifo nosso)

Conforme o texto, os serviços sociais autônomos estariam compreendidos na expressão entidade paraestatal. Daí concluir-se que a expressão entidades paraestatais compreende, além dos entes sociais autônomos, outras entidades. De acordo com o posicionamento exposto na AC 1493 MC / AP, o ministro frisou não serem as empresas públicas entidades paraestatais. Assim, conjugando-se os dois julgados, extrai-se que, para ele, entidades paraestatais seriam os serviços sociais autônomos e as demais entidades do terceiro setor.

Conclusão semelhante colhe-se de decisão do Ministro Ricardo Lewandowski, na AC 1742 MC/PB:

“O postulado da intranscendência impede que sanções e restrições de ordem jurídica superem a dimensão estritamente pessoal do infrator. Em virtude desse princípio, as limitações jurídicas que derivam da inscrição, no CAUC, das autarquias, das empresas governamentais ou das entidades paraestatais não podem atingir os Estados-membros ou o Distrito Federal”. (grifo nosso) (DJ 05/09/2007 PP-00025)

Em sua decisão, o magistrado deixou claro que entende que as autarquias, as empresas governamentais (empresa pública e sociedade de economia mista) e as entidades paraestatais não se confundem. Nesse caso, não sendo uma autarquia, nem uma das espécies de empresas governamentais, as entidades paraestatais só poderiam ser as entidades do terceiro setor.

Há, por fim, um entendimento bastante peculiar do Ministro Carlos Velloso, proferido na PET 2089, em 2000, para quem as entidades paraestatais seriam pessoas jurídicas de direito público:

“Ocorre que, em tema de “desestatização” ou “privatização” de entidades paraestatais, malgrado relevantes os fundamentos jurídicos da ação judicial impugnativa ¾ no caso, ação cautelar preparatória de ação de improbidade administrativa ¾, proclamou o Plenário do col. Supremo Tribunal Federal que o periculum in mora maior reside na sustação provisória do processo” (no DJU de 6.9.2000) (grifo nosso)

Fácil perceber que, ao falar em “desestatização” ou “privatização” de entidades paraestatais, está-se falando de entes que eram públicos, pois só se privatiza o que é público. Sendo assim, conclui-se que o ex-ministro entendia que o termo “entidades paraestatais” se referia a entes públicos.

5. UMA ANÁLISE CRÍTICA

Como a lei não é clara e diante da grande controvérsia jurisprudencial e doutrinária acerca da semântica da expressão “entidades paraestatais”, acaba sendo uma tarefa árdua procurar um conceito ideal. Juristas de grande envergadura, como demonstrado, contrastam em suas opiniões.

Examinando a acepção da palavra, entretanto, só se pode chegar a duas conclusões. Vamos a elas.

Paraestatal é uma palavra constituída do prefixo grego “para”, que significa ao lado. Destarte, paraestatal quer dizer “ao lado do Estado”. Como o que está ao lado não está dentro, temos que as entidades paraestatais jamais podem ser confundidas com o próprio Estado, senão seriam chamadas de entidades estatais. Logo, são paraestatais as entidades que, não pertencendo ao próprio Estado, caminham lado a lado com ele na consecução de interesses comuns.

Essa primeira premissa é muito importante para a compreensão do sentido da expressão.

Cumpra agora definir o que seria Estado.

O Estado seria apenas os entes políticos (União, estados-membros, municípios e distrito federal) ou poderíamos considerar como Estado toda a Administração Pública?

A depender da resposta dada ao questionamento poderemos ter dois sentidos bem diferentes para a expressão.

Ao entendermos como Estado apenas os entes políticos, toda e qualquer pessoa jurídica distinta da pessoa federativa seria um ente paraestatal. Assim, todos os entes da Administração Pública indireta, bem como os pertencentes ao chamado terceiro setor, seriam entidades paraestatais.

Por outro lado, se enxergarmos o Estado como Administração Pública, paraestatal será toda entidade que, não sendo integrante da Administração Pública, colabore de alguma forma na obtenção de interesses comuns do Estado. Logo, paraestatais seriam as entidades integrantes do terceiro setor: os entes sociais autônomos, as organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público.

Não vislumbramos outra possibilidade além desses dois raciocínios. Mesclar esses entendimentos acabaria por tirar toda e qualquer precisão científica da definição, calcada na própria etimologia da palavra.

Considerar, por exemplo, que apenas algumas das entidades da Administração indireta seriam paraestatais, ou que apenas algumas delas juntamente com o ter-

ceiro setor seriam, ou, ainda, considerar que paraestatal é apenas uma das entidades mencionadas é chegar a uma conclusão ilógica, sem qualquer precisão técnica.

E agora, qual dos raciocínios adotar?

6. CONCLUSÃO

Estado e Administração Pública não se confundem. A Administração Pública é a forma como o Estado se relaciona com os indivíduos (administrados). Tem a ver com a atividade, com a função administrativa. A função administrativa pode ser exercida pelo Estado ou por seus delegados (descentralização). O Estado, pessoa jurídica de direito público, pode atuar diretamente, por meio de seus órgãos e agentes, quando estaremos diante da chamada Administração Pública direta, ou poderá atuar por intermédio de outras pessoas jurídicas, as pessoas jurídicas componentes da Administração Pública indireta (autarquias, fundações autárquicas, fundações públicas de direito privado, empresas públicas e sociedade de economia mista). Bem ainda, será possível que entidades que não façam parte da Administração Pública exerçam certas atividades de interesse público em colaboração com o Estado (terceiro setor) ou até mesmo exerçam serviços públicos, mediante delegação (concessionárias e permissionárias).

Sabe-se, ainda, que a Administração Pública pode ter um sentido objetivo, quando se estará em evidência a própria atividade administrativa, e um sentido subjetivo, como o conjunto de entes que tenham a incumbência de executar as atividades administrativas. Em nenhum dos dois sentidos, contudo, pode ser confundida com o próprio Estado. O Estado é um ente personalizado, capaz de adquirir direitos e contrair obrigações na ordem interna. Em um regime federativo, como o nosso, todos os componentes da federação (União, estados, distrito federal e municípios) materializam o Estado, cada um dentro da competência constitucionalmente fixada. Conforme dito, ao gerenciamento da atividade administrativa dá-se o nome de Administração Pública, que pode ser exercida pelo próprio Estado ou por outras entidades. São estas outras entidade, exatamente, que constituem as entidades paraestatais.

Logo, o prefixo “para” refere-se ao Estado pessoa política e não à Administração Pública (não se falou entidades para-administrativas), pelo que o sentido ideal da expressão “entidades paraestatais” é aquele que leva em conta todos os entes não integrantes do próprio Estado.

Assim, concluímos que são entidades paraestatais todas as entidades administrativas e os entes integrantes do terceiro setor.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Adminis-*

trativo. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

- CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- FERREIRA, Sérgio de Andréa. *Direito Administrativo Didático*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 6. ed. São Paulo: RT, 2002.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*, São Paulo, 1968.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: RT, 1979.
- PIETRO, Maria Sylvania Zanela di. *Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- PIETRO, Maria Sylvania Zanela di. *Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 1993.

O PAPEL DAS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONACIONAIS NA NEGOCIAÇÃO COLETIVA:

os novos paradigmas da sociedade pós industrial à luz do princípio da boa-fé objetiva

Rogéria Gladys Romeu Sales

Mestre em Direito do Trabalho pela UFPE. Professora de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho da Faculdade Marista. Professora de Prática Trabalhista da FBV-Faculdade Boa Viagem e da UNICAP. Professora da Pós-Graduação em Direito do Trabalho da ESA/Faculdade Joaquim Nabuco.

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. A Necessidade da Efetiva Implantação de um Novo Internacionalismo Operário diante das Mudanças Sociais e Econômicas Mundiais; 3. A Importância do Princípio da Boa Fé objetiva na Negociação Coletiva; 4. A Importância dos movimentos contra-hegemônicos no contexto de uma sociedade multifacetada; 5. Considerações Finais; 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O surgimento da indústria, no final do século XVIII, implantou uma nova relação de produção baseada no trabalho juridicamente livre. Assim, surgiram as primeiras leis sociais e, posteriormente, o Direito do Trabalho que se consolidou como um novo ramo da ciência jurídica suplantando os modelos antigos de processos produtivos, como o artesanato e manufatura, que já não atendiam mais a demanda

decorrente do crescimento comercial e das cidades.

Com a Revolução Industrial emerge um novo Capitalismo, com técnicas diferentes das implantadas no Capitalismo manufatureiro, o que ocasionou uma nova postura perante a economia de mercado e o aumento dos conflitos entre capital e trabalho.

Diante desses novos desafios, trabalhadores e empregadores construíram uma consciência histórica pautada na necessidade de organizar-se coletivamente como meio para resolver seus conflitos.

Ocorre que o modelo teórico-prático da doutrina sindical está desconectado dos anseios e das perspectivas da sociedade de trabalho pós-industrial, diante dos impactos produzidos pelas transformações do capitalismo mundial, citando como exemplo a ação das empresas transnacionais (ETNs).

Assim, esse artigo pretende demonstrar que é impossível a sobrevivência do sindicalismo, sem que ele promova a busca de sintonia com a nova sociedade do trabalho, sobretudo diante de uma sociedade fragmentada, heterogênea e do pluralismo jurídico.

2. A NECESSIDADE DA EFETIVA IMPLANTAÇÃO DE UM NOVO INTERNACIONALISMO OPERÁRIO DIANTE DAS MUDANÇAS SOCIAIS E ECONÔMICAS MUNDIAIS.

O modelo teórico prático da doutrina sindical encontra-se completamente desconectado das aspirações e perspectivas da sociedade do trabalho pós industrial. Tendo como desafio atual reinventar o movimento operário, seja através da reabilitação de velhos objetivos, seja pela proposta de novas estratégias de luta emancipatória¹. A fim de adequar as relações de

1. SANTOS, Boaventura de Sousa e COSTA, Hermes Augusto. *Trabalhar o mundo: os caminhos do novo internacionalismo operário*. Boaventura de Sousa Santos (org.) Introdução:

Para ampliar o cânone do internacionalismo operário. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p.22.

trabalho ao novo internacionalismo operário e às formas de cooperação laboral transnacional.

Mas, esse “novo” internacionalismo operário enfrenta dois conjuntos de obstáculos: o primeiro, relacionado as transformações estruturais que atravessaram o próprio trabalho nas últimas décadas, decorrentes das revoluções informática e comunicacional. E o segundo tem a ver com um leque variado de fatores que vão desde a tensão entre escalas de atuação laboral nacional e transnacional, ao tipo de objetivos visados por uma ação transnacional à fraca reflexão teórica sobre o tema².

Dentre as causas que impedem o sucesso de um “novo” internacionalismo operário estão as seguintes: O desenvolvimento capitalista, com a robótica e a automação à cabeça que evoluiu gradualmente para uma sociedade de lazer; os dispositivos culturais que orientam a ação humana são cada vez menos determinados por esta e mais por práticas sociais situadas fora do espaço da produção, passando a interação, em vez do trabalho, a constituir-se como principal referência de sociabilidade; a diminuição da importância do espaço tempo da produção deu-se a partir do momento em que o movimento operário, os sindicatos e os partidos operários se renderam, no final da década de 1960, à lógica capitalista a troco de aumentos salariais, segurança no emprego e outros benefícios sociais, transformando o capital no único horizonte possível de transformação social etc.

E como um dos principais impactos produzidos pelas transformações do capitalismo mundial sobre o trabalho, citamos como exemplo, a ação das empresas transnacionais (ETNs), que converte as economias nacionais em economias locais, dificultando os mecanismos sindicais de regulação nacional; o aumento do desemprego estrutural gerador de processos de exclusão social; o deslocamento dos processos produtivos e a predominância dos mercados financeiros sobre os mercados produtivos; uma crescente segmentação dos mercados de trabalho que conserva os segmentos degradados da força de trabalho abaixo do nível de pobreza; o desenvolvimento de uma cultura de massas dominada pela ideologia consumista e pelo crédito ao consumo.

Estas transformações da natureza do capitalismo conduziram a uma “mercantilização da própria cultura humana”, permitindo sustentar que “o grande cisma, na nova era, é entre aqueles cujas vidas estão cada vez mais no ciberespaço e os que nunca terão acesso a este novo reino da existência humana. Na era da informação, onde o capitalismo se globaliza, está ligado em rede, e se informatiza, confirmando uma “nova de-

sordem capitalista global”, os cenários de capitalismo sem trabalho, de fraca mobilidade internacional de trabalhadores, de *apartheid* global, de individualização do trabalho, ou de uma sociedade de atividades plurais composta por “trabalhadores temporários permanentes” são apenas alguns dos futuros laborais possíveis.

No Direito do Trabalho, os efeitos do processo de globalização modificaram suas bases teóricas. E um desses efeitos foi o surgimento de novos atores no cenário mundial que passaram a ter relevância não só como sujeitos de direito, mas também como produtores de direito, como as organizações sociais (OMC, tribunais arbitrais internacionais do comércio e de solução de conflitos relativos a matéria esportiva, redes internacionais de escritórios de advocacias etc.); a grande sobreposição de normas internacionais, internas, supranacionais e transnacionais; e, numa perspectiva mais sociológica, os processos de escandalização que forçam a modificação do direito formal³.

A realidade demonstra, portanto, que a globalização trouxe consequências para o direito. No campo teórico, a observação mais desconcertante que se pode fazer, pelo menos para a visão tradicional do direito que opera sob a perspectiva da unidade, entendendo-o como um sistema lógico e hierarquicamente organizado, é que o primado da unidade do direito, diante da globalização, merece ser revisto, dado que o pluralismo jurídico é uma realidade.

O pluralismo jurídico pode ser visto efetivamente de forma muito abrangente, não só alcançando os sistemas jurídicos dos Estados Nacionais, mas também de sistemas jurídicos não-estatais, como é o caso da nova *Lex mercatoria*, formada através da atuação dos tribunais arbitrais internacionais, que procuram retirar dos próprios contratos internacionais os critérios para a verificação de sua validade; a *Lex sportiva internacionalis*, a que se submetem as questões de desportos; a *Lex digitalis*, que vem surgindo do mecanismo de resolução de controvérsia acerca de conflitos sobre nome de domínio da ICANN; a *Lex humana*, desenvolvida a partir de uma mundialização da semântica de proteção aos direitos humanos etc⁴.

Num contexto generalizado de flexibilização das normas de direito do trabalho global e de desconstrução da relação de trabalho, em face da ocorrência de mudanças na sua organização interna, no tecido produtivo, na precarização do emprego etc. Ou seja, de mutações profundas quer nos “regimes de regulação, quer nos “regimes de produção”, fala-se mesmo numa “brasileirização” do Ocidente, fundada na “irrupção do precário, descontínuo, impreciso e informal”⁵.

2. SANTOS, Boaventura de Sousa e COSTA, Hermes Augusto. *Trabalhar o mundo: os caminhos do novo internacionalismo operário*. Boaventura de Sousa Santos (org.) Introdução: Para ampliar o cânone do internacionalismo operário. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.p.23.

3. CASELLA, Paulo Borba & VIEGAS LIQUIDATO, Vera Lúcia(coord.)-Direito da Integração-São Paulo: Quartier Latin, 2006.p.94.

4. CASELLA, Paulo Borba & VIEGAS LIQUIDATO, Vera Lúcia(coord.)-Direito da Integração-São Paulo: Quartier Latin, 2006.p.95.

5. SANTOS, Boaventura de Sousa e COSTA, Hermes Augusto. *Trabalhar o mundo: os caminhos do novo internacionalismo operário*. Boaventura de Sousa Santos (org.) Introdução: Para ampliar o cânone do internacionalismo operário. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.p.24.

Todas as atividades informais que funcionam à margem dos circuitos normais da economia anunciam, assim, outras tantas desigualdades que confirmam o peso das lógicas de exclusão sobre os processos de inclusão.

Legitimada pela proliferação dos espaços políticos e pela diversidade de fontes normativas (formais e informais) disseminadas nos ambientes sociais globais contemporâneos, essa tendência põe em xeque a regulação jurídica clássica e aponta para a imperiosidade de se construir uma nova orientação prático-teórica, quer na esfera de uma pluralidade jurídica, quer no plano societário, de base democrático participativa.

A globalização envolve, sob esse aspecto, a passagem de um contexto de vinculação entre o Estado e o direito para uma situação de pluralismo das fontes normativas.

É nesse contexto que começam a ganhar força e se impor as noções de “fragmentação das soberanias”, de “pluralismo das fontes do direito” e de “policentralidade normativa”. Tais tendências são identificadas na dinâmica interativa de um espaço público aberto que se contrapõe à fragmentação atomista e à ingerência desmedida do Estado. Não sendo única nem recente, a noção de pluralismo jurídico, desde meados do século passado, já abraçou teorias com origens diversas e múltiplas caracterizações, de matizes conservadoras ou liberais, moderadas ou radicais, sindicalistas, corporativistas, institucionalistas etc. Entretanto, em meio a tantas diferenças, pode-se identificar um ponto comum, que reside justamente na negação do Estado como fonte exclusiva do direito. Essa razão convergente minimiza a legislação formal do Estado e maximiza a produção normativa multiforme, de conteúdo, de conteúdo concreto, engendrada nas instâncias ou nos movimentos semi-autônomos que constituem a vida em sociedade⁶.

Na realidade vive-se a crise da contratualização moderna, que caracteriza-se pela predominância estrutural dos processos de exclusão sobre os processos de inclusão.

Com a globalização neoliberal, a luta pelo desenvolvimento dos direitos sociais internacionais, requer uma estratégia emancipatória, que ultrapasse os discursos do capitalismo que segue essa mesma doutrina e que supere esse desenvolvimento internacional pautado na exploração humana e na precarização do mercado de trabalho.

Como contraponto à globalização econômica, vem o processo de integração regional. Trata-se de um fenômeno surgido na metade do século XX, resultante da necessidade de os países situados numa mesma

região se congregarem, reunindo capitais, tecnologias, recurso humanos, a fim de protegerem suas economias dos efeitos negativos da mundialização, e promovendo medidas conjuntas nos vários campos de atividade para dinamizar o progresso material e social de seus povos e, por esse meio, lograrem o desenvolvimento econômico com justiça social, que implica a melhoria de suas condições devida. As organizações de integração econômica, pois, traduzem uma reação necessária dos Estados ao contexto econômico internacional⁷.

Pois, se é certo que o capitalismo ultraliberal e hegemônico é global e se move em dimensão planetária; e que os direitos sociais e protetivos dos trabalhadores sofrem investidas globais, as reações contra tais barbáries, também tem que ser global⁸.

Por isso, torna-se imprescindível a restauração dos movimentos sociais contra-hegemônicos e de caráter universalista que proponham uma nova versão de solidariedade internacional.

Além desses fatores, a escassa teorização sobre o tema, a qual é também o reflexo de um fraco número de ações concretas de âmbito internacional; as limitações financeiras dos sindicatos; a possível incorporação de uma lógica competitiva e conflitual nas estratégias de atuação laboral transnacional; a resistência patronal, particularmente no nível das ETNs e a mutação das identidades sindicais são outros obstáculos para o internacionalismo sindical.

Dentre as modalidades de internacionalismo operário encontram-se: a intervenção sindical mundial, regional, setorial e de empresa; a dinamização de debates e ações conjuntas entre as confederações sindicais mundiais visando ao cumprimento dos padrões laborais mínimos estabelecidos pela OIT; a participação das organizações sindicais regionais em fóruns institucionais de âmbito regional; as negociações entre ETNs e organizações de trabalhadores de dois ou mais países, envolvendo, por exemplo, acordos sobre códigos de conduta destinados a respeitar direitos laborais; a organização de greves e formas de protesto público em escala transnacional; as redes regionais e internacionais de sindicatos em defesa dos direitos laborais; a fusão de sindicatos como forma de tornar mais coesa a organização operária internacional⁹.

Diante do exposto, é inegável a necessidade de mudanças na estrutura sindical, a fim de alcançar sintonia com a nova sociedade do trabalho alcançando não só os empregados subordinados, mas todo e qualquer trabalha-

6. FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. Paradigmas Inconclusos: Os Contratos entre a Autonomia Privada, a Regulação Estatal e a Globalização dos Mercados. Coimbra Editora, 2007. p.235.

7. FILHO, José Soares. A Negociação Coletiva de Trabalho no Âmbito do Mercosul: Uma visão crítico-prospectiva. Recife; Editora Nossa Livraria, 2008.p.62.

8. ESTEVES, Juliana Teixeira. A Seguridade Social no contexto de uma renda universal ga-

rantida: os fundamentos político-jurídicos para uma ética universal na governabilidade do mundo. 2010. 237 f.Tese (Doutorado em Direito) UFPE, Recife, 2010. p. 164.

9. SANTOS, Boaventura de Sousa e COSTA, Hermes Augusto. Trabalhar o mundo: os caminhos do novo internacionalismo operário. Boaventura de Sousa Santos (org.)Introdução: Para ampliar o cânone do internacionalismo operário. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.p 27.

dor, o que significa reconhecer um caráter horizontal para as suas estratégias e práticas discursivas e organizacionais.

Mas sem esquecer que o sindicalismo, enquanto ator social de maior relevo do internacionalismo operário, ainda que nas últimas décadas se tenha tornado freqüente enfatizar internacionalmente a ideia de crise desse instituto, ainda é o grande protagonista social com papel de contrapor, mesmo que hoje esse papel esteja sendo questionado.

3. A IMPORTÂNCIA DO PRINCÍPIO DA BOA FÉ OBJETIVA NA NEGOCIAÇÃO COLETIVA

O processo negocial de formação de uma nova ordem jurídica supranacional parte do pressuposto da predominância do trabalho livre, que deve promover o aparecimento de um novo modelo de sociabilidade, que privilegie o direito à existência e ao trabalho na categoria de direito humano fundamental¹⁰.

A negociação coletiva é modalidade de autocomposição de conflitos advinda do entendimento entre os interlocutores sociais. A Constituição da República, no artigo 8º, inciso VI, considera obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas¹¹.

Mas a boa fé objetiva, cujo *status* é de princípio dentro do nosso ordenamento jurídico, embora fundamental para a eficácia da negociação coletiva, como direito fundamental, nas relações de trabalho, não é adequadamente utilizado no Brasil, apesar de existir previsão legal (Código Civil), pois a ausência da boa fé objetiva e de seus deveres anexos ficou evidente no caso da despedida coletiva promovida pela Embraer, quando faltaram a informação e a tentativa prévia de negociação entre a empresa e os trabalhadores e seus representantes, visando à possibilidade de outras saídas que não a despedida em massa de 4.200 trabalhadores, como a suspensão do contrato de trabalho para os trabalhadores participarem de curso ou programa de qualificação profissional com o recebimento de bolsa de qualificação, a redução da jornada de trabalho e salário e o gozo de férias coletivas, entre outras medidas.

Para Célia Slawinski, a boa fé objetiva deve ser compreendida como uma regra de conduta, ou seja, um dever de agir de acordo com determinados padrões socialmente recomendados, de correção, lisura, honestidade, para não frustrar a confiança legítima da outra parte¹².

A decisão da Seção de Dissídio Coletivo do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, consubstanciada nos autos do processo de dissídio coletivo jurídico sob o n. 00309200900015004-DC, surgiu como paradigma, no sentido de que a despedida em massa promovida pela Em-

braer foi abusiva por ausência da negociação prévia entre a empresa e os trabalhadores e seus representantes, implicando a obrigação de repará-los, significou a consagração da importância da boa fé objetiva e seus deveres anexos na negociação coletiva e também na negociação entre empresa e representantes dos trabalhadores, quando estiverem em discussão interesses coletivos ou individuais homogêneos dos trabalhadores. Esta decisão possibilita a indagação se subsiste no Brasil o direito potestativo do empregador nas despedidas em massa.

Referida decisão, ainda permitiu que a Seção de Dissídio Coletivo do Tribunal Superior do Trabalho, nos autos do processo TST-ES-207660/2009-000-00-00-7, tendo como relator o ministro Maurício Godinho Delgado, em julgamento do recurso ordinário interposto da decisão regional, que as futuras despedidas coletivas deverão compreender negociação prévia entre as empresas e representantes dos trabalhadores, sob pena de reparação indenizatória, numa afirmação da exigência da boa fé objetiva e de seus deveres anexos na negociação coletiva.

Na realidade, as partes acima suscitadas deveriam ter optado pela solução via Extrajudicialização dos Conflitos de Trabalho, no qual tivessem optado pela negociação coletiva primando pelos princípios da autonomia coletiva e da economia processual.

Neste sentido, Fábio Túlio Barroso¹³ ressalta que os conflitos de trabalho, sobretudo os do plano coletivo, encontram na negociação coletiva seu mecanismo natural e adequado de composição na negociação coletiva, Direito do Trabalho fundamental de generalizado reconhecimento internacional e constitucional.

Assim para o autor acima citado, os grupos profissionais devem exercer a autonomia coletiva se encarregando de resolver os conflitos que surgem nas suas relações, sem que isso suponha, em absoluto, a quebra do princípio de exclusividade jurisdicional do Estado, pois os procedimentos de autocomposição dos conflitos coletivos devem ser estabelecidos pelas mesmas partes, como consequência do princípio da autonomia, devendo as soluções surgirem de pactuações das partes.

Superar esta realidade a partir de uma ampla revolução democrática do direito e da justiça centrado nos sistemas jurídico e judicial brasileiro, nos desafia a pensar sobre tal revolução como exigência de uma época marcada não apenas pelo crescente protagonismo social e político do atual sistema judicial, como também por uma coletividade de cidadãos, em especial as classes populares, cada vez mais consciente das desigualdades e violações de direitos fundamentais de que são vítimas¹⁴.

10. ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. Princípios de direito do trabalho e seus fundamentos teórico filosóficos. São Paulo. LTr, 2005.p.115.

11. BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2009.p.1254.

12. SLAWINSKI, Célia. Contornos Dogmáticos e a Eficácia da Boa-Fé Objetiva- O princípio da Boa -Fé no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Rio de Janeiro, Lúmen: Júris,

2002.p.14/15.

13. BARROSO, Fábio Túlio. Extrajudicialização dos conflitos de trabalho. São Paulo: LTr, 2010.p. 16.

14. SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma revolução democrática da justiça. São Paulo: Cortez Editora, 2008.p.81.

Saber se o sindicalismo está fadado à extinção ou se o que se observa é apenas uma nova face deste fenômeno, que precisa se adaptar às novas condições e a nova realidade mundial das Entidades Transnacionais (ETNs). Essa questão discutida de forma multidisciplinar foi, por este trabalho, levantada.

Contudo, é certo que, a resposta a tal questão, com o relativismo inerente às ciências humanas, depende, além da análise objetiva das tendências atuais, da carga ideológica que cada um se propõe a discuti-la e que a autora pretende aprofundar no doutorado.

4. A IMPORTÂNCIA DOS MOVIMENTO CONTRA-HEGEMÔNICOS NO CONTEXTO DE UMA SOCIEDADE MULTIFACETADA.

Em todas as etapas da formação operária até a consolidação da sociedade industrial, em termos de relações coletivas ou sindicais, a questão social sobre a condição do trabalhador esteve vinculada às injustiças praticadas contra os mesmos no interior das organizações produtivas;

As principais correntes teóricas e ideológicas das doutrinas sindicais foram elaboradas em função dos trabalhadores e seus conflitos nas fábricas – como atores e cenários privilegiados – onde se deram as batalhas pela humanização do trabalho ou pelo nascimento de outro homem-livre do poder econômico e do poder político – ou para tomada do próprio poder, através de uma luta simultaneamente econômica e política¹⁵.

Mas este modelo teórico-prático da doutrina sindical está completamente desconectado das aspirações e perspectivas da sociedade de trabalho pós-industrial¹⁶;

Pois esse sindicato verticalizado, que se preocupa com as reivindicações dos trabalhadores formais e concentrado no interior das organizações privadas ou públicas está na contra mão das aspirações da Sociedade Pós-industrial. Por isso, exige-se dos sindicatos maior horizontalidade, ou seja, compromisso com a sociedade do trabalho como um todo (que abriga empregados de curta ou longa duração de tempo integral e de tempo parcial; pertencentes a outras modalidades de contratação-terceirizados, terceirizados, informais, autônomos, as novas e múltiplas formas de rendas e de sociedades atípicas, não vinculadas às sociedades capitalistas tradicionais e, inclusive, os excluídos.

Ou seja, nesse momento verifica-se que mundialmente, estão surgindo movimentos contra a globalização excludente, são os denominados movimentos emancipa-

tórios ou contra-hegemônicos.

Citamos como exemplo as experiência de Seattle, onde milhares de ativistas ecologistas, anarquistas, trabalhadores sindicalizados, humanistas, estudantes compareceram na terceira conferência da Organização Mundial de Comércio, no dia 30 de novembro de 199 para protestar por vários dias e o mais que foi mais inusitado, por diferentes motivos e perspectivas políticas.

Os membros de ONGs e humanistas se manifestavam contra o avanço das políticas neoliberais, os ambientalistas se contrapunham com o objetivo de impedir as negociações da OMC, na perspectiva dos sindicalistas, era imprescindível lutar pela manutenção dos direitos trabalhistas e os anarquistas encontraram na reunião da OMC a oportunidade para demonstrar o repúdio ao capitalismo global, tanto pelas questões sociais como pelas questões ambientais¹⁷.

Nesse mesmo sentido, Eneida Melo¹⁸ ressalta **que o desenvolvimento econômico e social de uma sociedade deve ter como fundamento elementos condutores da democracia**, sendo indispensável a presença ativa e a integração dos vários segmentos sociais, a fim de alcançar a justiça, a liberdade, a dignidade da pessoa humana, a segurança, a paz e a igualdade de oportunidades.

A sintonia dos sindicatos com esse novo modelo de organização implantado na sociedade consiste no domínio do discurso contemporâneo e de práticas comunicativas compatíveis com a velocidade e a sofisticação das mudanças empreendidas na pós-modernidade. O ponto de partida para o surgimento de um novo perfil seria quebrar a verticalidade discursiva e organizacional, cujo modelo foi implantado no período da sociedade industrial. Portanto, encontra-se distante do novo contexto histórico justalinhista, em virtude de uma sociedade, cujo modelo econômico é transnacional e movimenta negociações planetárias com respaldo na revolução tecnológica.

O sindicalismo é uma expressão da cidadania, já que o sindicato pode proporcionar mudanças nos padrões sociais e econômicos dos trabalhadores dentro da sociedade, pois as garantias do homem e da comunidade são tanto mais eficazes quando decorrem de grupos organizados. Configurando assim, o desenvolvimento do pluralismo jurídico e político no interior do Estado democrático de direito.

Mas diante desse novo cenário mundial, os sindicatos devem urgentemente se adaptarem a nova realidade proporcionando a participação de todo e qualquer trabalhador, bem como firmar parcerias com membros

15. ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. Direito do trabalho e pós-modernidade: fundamentos para uma teoria geral. São Paulo. LTr, 2005. p.312.

16. ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. Princípios de direito do trabalho e seus fundamentos teórico filosóficos. São Paulo. LTr, 2005. p.160.

17. ESTEVES, Juliana Teixeira. A Seguridade Social no contexto de uma renda uni-

versal garantida: os fundamentos político-jurídicos para uma ética universal na governabilidade do mundo. 2010. 237 f. Tese (Doutorado em Direito) UFPE, Recife, 2010. p. 166-167.

18. ARAÚJO, Eneida Melo Correia de. As Relações de trabalho: uma perspectiva democrática. São Paulo: LTr, 2003. p. 302.

e representantes de ONGs, humanistas, consumidores, ambientalistas, como vem ocorrendo nos Fóruns Sociais Mundiais, a fim de efetivamente assegurar uma sociedade democrática e pluralista.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O cenário do sindicalismo, na sociedade pós-moderna foi definitivamente alterado, sendo imprescindível que o estudo teórico do sindicalismo, negociação coletiva, internacionalismo operário e outros institutos do Direito Coletivo do Trabalho esteja atento a essa nova pauta hermenêutica, diante do direito da integração e do surgimento dos movimentos contra-hegemônicos mundiais.

Estas foram algumas considerações vislumbradas pela autora do presente artigo, tendo em vista os debates atuais sobre o referido tema.

6. REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. Direito do trabalho e pós-modernidade: fundamentos para uma teoria geral. São Paulo. LTr, 2005.
- _____ . Princípios de direito do trabalho e seus fundamentos teórico filosóficos. São Paulo. LTr, 2008.
- ARAÚJO, Eneida Melo Correia de. As Relações de trabalho: uma perspectiva democrática. São Paulo: LTr, 2003.
- BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. São Paulo: LTR, 2009.
- BARROSO, Fábio Túlio. Extrajudicialização dos conflitos de trabalho. São Paulo: LTr, 2010.
- CASELLA, Paulo Borba & VIEGAS LIQUIDATO, Vera Lúcia(coord.)-Direito da Integração-São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- ESTEVES, Juliana Teixeira. A Seguridade Social no contexto de uma renda universal garantida: os fundamentos político- jurídicos para uma ética universal na governabilidade do mundo. Tese (Doutorado em Direito) UFPE, Recife, 2010.
- FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. Paradigmas Inconclusos: Os Contratos entre a Autonomia Privada , a Regulação Estatal e a Globalização dos Mercados. Coimbra Editora, 2007.
- SANTOS, Boaventura de Sousa(org.) Trabalhar o mundo: os caminhos do novo internacionalismo operário. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.
- _____ . Para uma revolução democrática da justiça. São Paulo: Cortez Editora, 2008.
- SOARES FILHO, José. A Negociação Coletiva de Trabalho no Âmbito do Mercosul: Uma visão crítico- prospectiva. Recife; Editora Nossa Livraria, 2008.
- SLAWINSKI, Célia. Contornos Dogmáticos e a Eficácia da Boa-Fé Objetiva- O princípio da Boa -Fé no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Rio de Janeiro, Lúmen: Júris, 2002.

ENSAIO INTRODUTÓRIO SOBRE A TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL FAMILIAR

“O direito de família (...) não está num pedestal inalcançável pelos princípios da responsabilidade civil.”¹

Roberto Paulino de Albuquerque Júnior

Doutor e mestre em direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor adjunto de direito civil da Faculdade de Direito do Recife. Professor assistente de direito civil da Universidade Católica de Pernambuco. Professor da Faculdade Marista do Recife. Advogado.

SUMÁRIO

Palavras iniciais; 1. O problema inicial: a existência de uma responsabilidade civil familiar e sua relativa autonomia; 1.1 A reparação do dano é compatível com a repersonalização das relações familiares? 1.2 A impossibilidade de inserção da responsabilidade familiar na bipartição tradicional da responsabilidade; 2. A redução das situações isoladas de responsabilidade familiar a uma teoria comum: possibilidade e utilidade; 3. A formulação clássica da responsabilidade civil, seu anacronismo e sua inutilidade para a responsabilidade familiar; 4. Esboço de uma teoria da responsabilidade civil familiar a partir da responsabilidade civil contemporânea; Conclusões; Referências bibliográficas.

PALAVRAS INICIAIS

Os casos recentes de reparação de dano em decorrência da dissolução conjugal e de abandono afetivo

vêm forçando o intérprete a se deparar com uma espécie de responsabilidade civil até então atípica ou incomum, a responsabilidade civil em relações de família.

Esta aproximação se perfaz não sem traumas ou justificado receio, visto que é trazida à evidência no momento de maior consolidação de um direito de família voltado à tutela dos interesses existenciais e dotado de prevenções explícitas contra a valoração econômica do *status familiae*.

Diante deste aparente paradoxo, o presente trabalho se propõe a analisar a existência de uma teoria da responsabilidade civil familiar, examinando sua viabilidade e suas linhas gerais, com a finalidade de sistematizar uma exposição introdutória a respeito de tal campo do direito privado.

1. O PROBLEMA INICIAL: A EXISTÊNCIA DE UMA RESPONSABILIDADE CIVIL FAMILIAR E SUA RELATIVA AUTONOMIA

1.1. A REPARAÇÃO DO DANO É COMPATÍVEL COM A REPERSONALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES FAMILIARES?

Não se pode discutir a existência de uma responsabilidade civil familiar sem antes examinar um problema que lhe é intrínseco. Trata-se, como sugerido acima, da questão da compatibilidade entre uma teoria do ressarcimento do dano nas relações familiares e a repersonalização que constitui a mais marcante característica do direito de família contemporâneo.

Incorporando uma metodologia constitucionalizada do direito civil, o direito de família abandona o viés patrimonializante próprio do direito civil clássico liberal e passa a valorar as relações familiares segundo seu prioritário aspecto existencial, pondo em segundo plano o caráter econômico nelas eventual-

1. SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. Responsabilidade civil dos cônjuges. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). A família na travessia do

milênio: Anais do II Congresso de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 123.

mente envolvido².

Neste sentido,

A restauração da primazia da pessoa nas relações de família, na garantia de realização da sua afetividade e de sua dignidade, é a condição primeira de adequação à realidade. (...) A realização pessoal da afetividade e da dignidade humana, no ambiente de convivência e solidariedade, é a função básica da família da nossa época. Suas antigas funções econômica, política, religiosa e procracional feneceram, desapareceram ou desempenham papel secundário³.

Trata-se de um câmbio radical de perspectiva, segundo o qual se atribui à pessoa uma posição central no ordenamento, independentemente da titularidade de interesses patrimoniais⁴; “uma clara inversão valorativa e deste modo uma nítida opção de se privilegiar o ser em detrimento do ter (...) a repersonalização ofuscando a hierarquia patrimonial”⁵.

Parafraseando Paulo Lôbo, no direito civil contemporâneo os interesses existenciais passam a constituir o “pressuposto nuclear de todos os direitos privados”⁶, devendo portanto receber prioridade de tutela perante o ordenamento jurídico.

Se mesmo em matéria de propriedade os interesses existenciais devem prevalecer quando em conflito com os patrimoniais⁷, em direito de família essa diretriz assume importância ainda maior, uma vez que o conteúdo

de patrimonialidade ínsito a um direito real ou de crédito encontra-se ausente. No direito das coisas ou das obrigações, trata-se de estabelecer um diálogo entre o econômico e o existencial, com a ressalva de que o último deve prevalecer quando confrontado; no direito de família, o desafio é evitar que o interesse econômico se infiltre em situações existenciais, como outrora.

Por tal razão, é extremamente natural e salutar que o movimento de reconhecimento da reparabilidade do dano familiar chame a atenção da doutrina e desperte preocupação quanto à possibilidade de um retrocesso na hierarquia dos valores tutelados no direito civil⁸.

Apesar desta preocupação legítima, a responsabilidade civil vem ganhando espaço no direito de família sob o razoável argumento de que a vedação da pretensão de ressarcimento conduziria ao absurdo de privilegiar o ofensor em detrimento da vítima. Se o exercício do poder familiar é impositivo⁹ e o genitor se furta a ele voluntariamente, abandonando o menor nos momentos mais essenciais de construção de sua personalidade, não há como vedar *a priori* a discussão sobre o dano moral; se o respeito à integridade psicofísica de outrem é imperativo, como rejeitar liminarmente a ação de reparação proposta por um indivíduo que a teve violada por seu cônjuge?

Não se trata de valorar economicamente situações existenciais, atribuindo-lhes um preço intrínseco, mas sim de buscar a tutela dos direitos de personalidade das vítimas com os meios que temos à disposição para tanto, dentre os quais a reparação por dano moral¹⁰.

2. Sobre o movimento de constitucionalização do direito civil e os princípios constitucionais do direito civil vide ALPA, Guido. Trattato di diritto civile. Milano: Giuffrè, tomo I, 2000, pp. 493-519 e 583-625. No Brasil, por todos, vide as exposições clássicas de LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 36, nº 141, jan./mar. 1999, pp. 101-104; MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial. São Paulo, n. 65, jul./set. 1993, pp. 21-32; TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. Temas de direito civil. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 1-22.

3. LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v. 6, n. 24, jun./jul., 2004, p. 152-155.

4. MUSSO, Bruno Spagna. Lezioni di diritto civile. Napoli: Scriptaweb, 2005, p. 8.

5. ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Adoção à brasileira e a verdade do registro civil. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IOB-Thompson, 2006, p. 349.

6. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Op. cit., p. 145.

7. Vide, v.g., CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas: uma análise do ensino do direito de propriedade. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 171.

8. Alguns autores têm manifestado expressamente este receito. Consulte-se, por exemplo, ANGELUCCI, Cleber Affonso. Abandono afetivo: considerações para a constituição da dignidade da pessoa humana. Revista CEJ. Brasília, n. 33, abr./jun. 2006, p. 51; PEREIRA, Sergio Gischkow. Dano moral e direito de família: o perigo de monetarizar as relações familiares. ADV/COAD, jan. 2002, p. 45.

9. Atualmente, pelo menos, proclamando a doutrina o “direito fundamental da criança a crescer e se desenvolver na presença dos pais” (ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. As perspectivas e o exercício da guarda compartilhada consensual e litigiosa. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v. 7, n. 31, ago./set. 2005, p. 24). No direito francês do século XIX, entretanto, a mãe podia se furta ao exercício do poder familiar se o genitor viesse a faltar, e isso sem que fosse necessária qualquer motivação:

“la mère est autorisée à la refuser purement et simplement” (AUBRY, C.; RAU, C. Cours de droit civil français. 4 ed. Paris: Librairie Générale de Jurisprudence Marchal et Billard, tomo I, 1869, p. 400), o que demonstra exemplarmente a evolução da matéria na transição do paradigma liberal para o contemporâneo.

10. “Se ocorrer uma lesão a um direito de personalidade ou qualquer ofensa à dignidade humana, não se pode permitir que o lesado não obtenha reparação ou compensação, sob pena de ocorrer um desequilíbrio na ordem jurídica” (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Responsabilidade civil e ofensa à dignidade humana. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v. 7, n. 32, out./nov. 2005, p. 142). A tese de que os danos morais são decorrência da violação de direitos de personalidade e não existem fora deste campo foi sustentada pioneiramente por LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direitos da personalidade. Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Padma, n. 6, 2001, p. 80. Naturalmente o reconhecimento da possibilidade de reparação do dano não exclui a tutela inibitória e a necessária tutela promocional dos direitos de personalidade, sobretudo quando visualizados sob a perspectiva monista de um direito geral de personalidade, mais ampla e versátil (neste sentido, MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. Direito, Estado e Sociedade. Rio de Janeiro, v. 9, n. 29, jul./dez. 2006, p. 246). Não exclui, ademais, medidas de urgência voltadas à proteção dos indivíduos postos em situação de risco, como as previstas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pela Lei Maria da Penha. No direito italiano, tais provimentos de urgência estão bem desenvolvidos, como se vê em TRAMONTANO, Luigi. Lineamenti di diritto civile. Camerino: Halley, 2006, p. 127-129; MASCIÀ, Alberto. Famiglia di fatto: riconoscimento e tutela. Camerino: Halley, 2006, p. 265. Especificamente sobre a medida de afastamento tem-se que “il giudice, mediante provvedimento di carattere provvisorio, può imporre a colui che ha tenuto la condotta pregiudizievole, l’allontanamento dalla casa familiare, nonché il pagamento di un assegno periodico a favore dei familiari che, a causa di tale allontanamento, restano sprovvisti di mezzi adeguati di sostentamento.” (TRAMONTANO, Luigi. Op. cit., p. 128).

Admitir o contrário nos levaria, conseqüentemente, a fragilizar a eficácia da proteção da personalidade, bem como a indiretamente ressuscitar os argumentos hoje já sepultados que eram utilizados em prol da tese da irreparabilidade do dano moral¹¹.

Por tais razões, a doutrina vem se estabelecendo no sentido de admitir as demandas indenizatórias quando há causação de dano em decorrência da violação de interesses legítimos em relações de família¹², tendência presente também nos sistemas da *common law*¹³.

É correto concluir, portanto, que

*la sanción resarcitoria corresponde a todo su-
puesto em que se ocasione a otro um daño injusto, in-
dependientemente de que ello ocurra em el ámbito de
los derechos patrimoniales o del derecho de familia. No
se trata de proyectar la sanción mas allá de su órbita
natural, sino de hacerla funcionar dentro del derecho
de daños donde tiene cabida como efecto resarcitorio
necesario de la lesión a un interés jurídicamente prote-
gido, sea éste material o moral.*

1.2. A IMPOSSIBILIDADE DE INSERÇÃO DA RESPONSABILIDADE FAMILIAR NA BIPARTIÇÃO TRADICIONAL DA RESPONSABILIDADE

Admitida a possibilidade de reparação do dano causado em relação de família, torna-se necessário precisar seu enquadramento no campo da responsabilidade civil.

A doutrina tem bipartido as hipóteses de responsabilidade civil, tradicionalmente, em duas espécies distintas, contratual e extracontratual, conforme o direito violado danosamente tenha origem em relação contratual pré-existente entre as partes ou tenha natureza de direito absoluto¹⁵. Neste sentido,

*mentre nella responsabilità contrattuale Il danno ri-
sarcibile è valutato esclusivamente in relazione all'aspettativa
della prestazione rimasta insoddisfatta, nella responsabilità
extracontrattuale Il danno non si riferisce ad aspettative in-
soddisfatte verso un soggetto determinato (creditore), ma
solo alla generica aspettativa di non subire danni nella pro-
pria sfera giuridica ad opera di terzi (...)*¹⁶

Mais preciso, no entanto, é falar-se em responsabilidade negocial e extranegocial, dado que o negócio jurídico abrange um feixe mais amplo de situações que o contrato¹⁷.

Embora se registre uma tendência para a aproximação dos regimes, divergências de regramento ainda persistem, justificando a distinção¹⁸. Por isso, determinar a natureza da responsabilidade familiar é um passo importante para delinear o seu tratamento jurídico.

Há quem sustente as duas possibilidades. Para uns, teríamos responsabilidade extranegocial¹⁹; para outros, especificamente quanto aos danos causados entre cônjuges, a responsabilidade seria negocial, tendo em vista a atual prevalência da qualificação do casamento como um contrato de direito de família²⁰.

Parece, contudo, que o mais adequado é entender que a responsabilidade civil familiar não se enquadra exatamente em nenhuma das duas hipóteses. Nesta perspectiva, deve-se considerá-la como um terceiro gênero de responsabilidade, uma vez que existem deveres pré-existentes entre as partes que são violados pelo fato danoso, mas estes deveres não têm origem negocial²¹.

Ademais, a reparação de dano deve respeitar os princípios próprios do direito de família²², tendo em conta, reiterar-se, a fundamental diretriz da repersonalização.

Por essas razões, não se pode pretender adequada a utilização pura e simples de critérios indenizatórios

11. SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. Op. cit., p. 138; RESENDE, Nara Rúbia Alves de. Da possibilidade de ressarcimento dos danos decorrentes da dissolução da sociedade conjugal. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v. 5, n. 21, dez./jan. 2004, p. 7.

12. Neste sentido, entre outros: LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito civil: famílias. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 285; DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 114-115 e 408.

13. Vide, v.g., STASKY, William P. Family law. 5 ed. Albany: West Thomson Learning, 2002, p. 504-518; embora pessoalmente contrário à tese, Francis Burdick registrava, em obra escrita em 1905, entendimentos favoráveis à possibilidade do filho processar o genitor que abusasse da autoridade parental: "there is some authority for the proposition that the cruel parent may be sued in a tort action by the injured child" (BURDICK, Francis. The law of torts: a concise treatise on the civil liability at common law. Washington: Beard Books, 2000, p. 129).

14. ALSINA, Jorge Bustamante. Daños y perjuicios: responsabilidad civil derivada del divorcio. In URIARTE, Jorge A. (coord.). Enciclopedia de derecho de familia. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1991.

15. Assim, por exemplo, ESPÍNOLA, Eduardo. Sistema de direito civil brasileiro. 4 ed. Rio de Janeiro: Conquista, 1961, vol. II, p. 314.

16. RIVIELLO, Lucia. Danni patrimoniali. In VIOLA, Luigi (org). Tractatus dei danni: la responsabilità civile ed il danno. Camerino: Halley, 2007, p. 300.

17. É a terminologia utilizada por MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de Direito Privado. 3 ed. Rio de Janeiro, Borsoi, vol. LIV, 1972, p. 3.

18. GONÇALVES, Luiz da Cunha. Tratado de direito civil. São Paulo: Max Limonad, vol. XII, tomo II, 1957, pp. 927-930.

19. Entre outros, RESENDE, Nara Rúbia Alves de. Op. cit., p. 16.

20. Assim entende SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. Op. cit., p. 134.

21. Neste sentido, BAPTISTA, Silvio Neves. Teoria geral do dano. São Paulo: Atlas, 2003, p. 117. Contrariamente, entendendo que a responsabilidade civil entre companheiros pode se adaptar perfeitamente à sistemática da responsabilidade comum, CRISPINO, Nicolau Eládio. Responsabilidade civil dos conviventes. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (coord). A família na travessia do milênio: Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 118.

22. Sobre os princípios do direito de família, confira-se, entre outros, PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Uma principiologia para o direito de família. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IOB-Thompson, 2006, p.848-851; LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito civil: famílias, cit., pp. 34-55. Voltaremos ao tema mais adiante.

desenvolvidos para tutelar situações patrimoniais, ou mesmo aspectos da personalidade que não envolvam diretamente o *status* familiar.

Impõe-se, assim, a tarefa de organizar uma teoria própria da responsabilidade civil familiar, tendo em vista o acertado alerta de que “ao aparecimento de novos danos, causados por circunstâncias ou inventos novos, deve corresponder nova regra jurídica”²³.

2. A REDUÇÃO DAS SITUAÇÕES ISOLADAS DE RESPONSABILIDADE FAMILIAR A UMA TEORIA COMUM: POSSIBILIDADE E UTILIDADE

Estabelecida a responsabilidade familiar como gênero próprio de responsabilidade civil, interessa tentar determinar o seu campo de abrangência, vale dizer, quais as situações danosas que devem ser por ela solucionadas.

Atualmente, dois exemplos são paradigmáticos e têm chamado a atenção da doutrina: o dano moral em meio à ruptura conjugal e o dano moral por abandono afetivo do filho.

O dano moral entre cônjuges²⁴ já foi identificado como o resultado do descumprimento culposos dos deveres específicos do matrimônio²⁵ e mesmo como uma decorrência do rompimento de um relacionamento²⁶.

Estas leituras iniciais precisam, todavia, de uma readequação, de modo a não se tornarem conflitantes com a disciplina contemporânea do direito de família.

É inadmissível a tese de que o simples exercício regular do direito de não manter um relacionamento conjugal possa ser fonte de dano para o outro parceiro. Deve-se recordar que “(...) a liberdade de casar convive com o espelho invertido da mesma liberdade, a de não permanecer casado”²⁷.

Por outro lado, é igualmente importante assinalar que o papel dos deveres conjugais tem sido repensado em decorrência desta necessidade de respeitar o princípio da liberdade. Neste sentido,

O princípio da liberdade, necessariamente coligado ao princípio da igualdade, nas relações familiares, diz respeito não apenas à criação ou extinção das sociedades conjugais, mas também à sua permanente constituição e

*reinvenção. Tendo a família se desligado de suas funções tradicionais, não faz sentido que ao Estado interesse regular deveres que afetam profundamente a liberdade, a intimidade e a privacidade dos cônjuges. (...) Os únicos deveres comuns tanto aos cônjuges quanto aos companheiros que não violam a privacidade e a vida privada deles, nem interferem em sua comunhão de vida, são o dever de mútua assistência e o dever de sustento, guarda e educação dos filhos. Esses são deveres exigíveis e refletem interesse público relevante*²⁸.

Logo, a simples violação de deveres conjugais não gera responsabilidade civil²⁹.

Entretanto, o fato de que os cônjuges devem ter sua liberdade assegurada não afasta a possibilidade de dano indenizável quando de situações realmente graves que por vezes estão envolvidas no processo de separação, como a violência psicofísica³⁰.

Não haveria sentido, enfim, em dar ao cônjuge autorização para agredir os direitos de personalidade do outro. Quando essa agressão gera o dano injusto, a pretensão de reparação estará presente, dada a conduta abusiva e inaceitável do agressor, sob pena, repita-se, de conferir-lhe um salvo-conduto que nunca seria dado a um terceiro alheio à relação conjugal³¹.

Quanto ao abandono afetivo, este parte da noção de “direito ao pai”³², direito do filho a crescer na presença de seus genitores com assistência integral.

O poder familiar constitui um munus cujo exercício não é livre, mas sim plenamente cogente, de modo que o indivíduo a ele vinculado está juridicamente obrigado desempenhar todos os encargos a ele inerentes³³.

O descumprimento dos deveres decorrentes do poder familiar por parte do genitor ausente é ato ilícito³⁴. Dele decorre um dano substancial, uma vez que o filho se vê privado da convivência e assistência necessárias durante o período de formação da sua personalidade, em que estas são inquestionavelmente essenciais. Tem-se que

(...) o aspecto relevante é que as disposições legais visam a garantir a convivência familiar, entendida como a forma mais abrangente de garantir ao menor o direito de conviver com seus genitores, receber carinho, afeto, atenção, educação, cuidados com a saúde, formação psíquica,

23. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Op. cit., p. 80-81.

24. “Dano entre cônjuges”, no sentido do texto, abrange elipticamente dano entre conviventes ou companheiros homoafetivos.

25. SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. Op. cit., p. 133.

26. “Tendo-se em conta que toda espécie de dano deve ser indenizada, não podemos desprezar esta profícua fonte de danos que é a ruptura do casamento em si considerada.” (CARVALHO NETO, Inácio de. Reparação civil na separação judicial culposa. In HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito e responsabilidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 88).

27. FACHIN, Luiz Edson. Elementos críticos do direito de família. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 169.

28. LÔBO, Paulo Luiz Netto. As vicissitudes da igualdade e dos deveres conjugais no direito brasileiro. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v. 6,

n. 26, out./nov. 2004, pp. 10-11.

29. Neste sentido, DIAS, Maria Berenice. Op. cit., pp. 114-115.

30. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Op. cit., p. 148.

31. A tese tem sido acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça: “O sistema jurídico brasileiro admite, na separação e no divórcio, a indenização por dano moral.” (STJ, REsp 37.051/SP, julg. 17/04/01)

32. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Se eu soubesse que ele era meu pai. Direito civil: estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.71.

33. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do poder familiar. In DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords). Direito de família e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 144.

34. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Op. cit., p. 153.

*moral e ética – enfim, toda a assistência necessária ao desenvolvimento da personalidade como forma de resguardo de sua dignidade*³⁵.

O dano moral decorre, portanto, da infringência ao direito do menor à convivência familiar, que lhe causa prejuízo substancialíssimo e por vezes gera reflexos permanentes³⁶.

Essas duas hipóteses são hoje as mais comuns e têm estimulado o debate a respeito da responsabilidade familiar. Mas com certeza não exauram todas as suas possibilidades.

Basta pensar, por exemplo, no genitor que, embora presente, pratica abuso sexual ou comete violência física contra o filho. Ou na possibilidade de prática de abusos contra idosos por parte de seus descendentes. Ou, ainda, no relevante problema da síndrome da alienação parental, que causa dano gravíssimo pelo qual deve ser responsabilizado o genitor alienante³⁷.

Por fim, vale observar que, muito embora a responsabilidade familiar tenha aplicação mais freqüente em casos de reparação por dano moral, é perfeitamente possível a propositura de ações de indenização por dano material decorrente de relações de família³⁸, desde que o interesse lesado seja legítimo e não haja uma inversão de prioridades entre a posição jurídica econômica e algum interesse existencial.

Todas as situações descritas estão inseridas no âmbito da responsabilidade civil familiar, e estão por se enquadrarem naquela que pode ser enunciada como a regra geral de sua inserção: ocorrência de um dano injusto envolvendo indivíduos que estão ligados entre si por vínculo de direito de família.

Presentes estes requisitos, afasta-se o sistema comum e a pretensão de ressarcimento será examinada com base na teoria da responsabilidade familiar. A descrição das linhas básicas desta teoria é o que cabe tentar empreender agora.

3. A FORMULAÇÃO CLÁSSICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL, SEU ANACRONISMO E

SUA INUTILIDADE PARA A RESPONSABILIDADE FAMILIAR

A teoria clássica da responsabilidade civil está perfeitamente integrada ao direito civil liberal e seus pressupostos teóricos. Reflete, portanto, a tendência individualista e voluntarista do direito do século XIX³⁹, de modo a identificar essencialmente a reparação do dano como o resultado de um ato reprovável de vontade do agente lesante – daí a cabal importância da culpa em sua formulação, por exemplo⁴⁰.

A dogmática da reparação do dano foi estruturada a partir deste referencial, desenvolvendo um método cada vez mais hipertrofiado, plasmado no raciocínio subsuntivo para a solução dos problemas concretos de responsabilização.

Com efeito, nenhum campo do direito foi tão aferrado ao modelo lógico-formal da subsunção quanto a responsabilidade civil.

Por esta razão, a operação de subsunção do fato lesivo à norma de previsão da responsabilidade foi detalhada ao máximo, ocupando-se a doutrina em desenvolver extensamente cada um dos elementos do suporte fático da responsabilidade civil, de modo a obter um sistema o mais possível preciso em sua pretensão de cientificismo.

Sobre o raciocínio tradicional da responsabilidade civil, vale conferir a elegante exposição de Oliveira Ascenção⁴¹:

Toda norma jurídica se cinge num antecedente e num conseqüente. Na norma sobre responsabilidade civil o antecedente são os pressupostos da responsabilidade civil; portanto, a previsão do que se deve verificar para que a norma se aplique. O conseqüente é a obrigação de indenizar. No que respeita aos pressupostos, encontramos três: o dano; o fato típico; o nexo de imputação.

Perceba-se, assim, que a discussão corrente da teoria clássica da responsabilidade civil, aquela que versa

35. SILVA, Cláudia Maria da. Descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v. 6, n. 25, ago./set. 2004, p. 138. No mesmo sentido, confira-se CANEZIN, Claudete Carvalho. Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono paterno-filial. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v. 8, n. 36, jun./jul. 2006, p. 78; SCHUH, Lizete Peixoto Xavier. Responsabilidade civil por abandono afetivo: a valoração do elo perdido ou não consentido. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v. 8, n. 35, abr./mai. 2006, p. 59 e 68; PEREIRA, Rodrigo da Cunha; SILVA, Cláudia Maria da. Nem só de pão vive o homem. Sociedade e Estado. Brasília, v. 21, n. 3, set./dez. 2006, p. 675. Sobre o papel da filiação como elemento essencial na formação da personalidade, permita-se remeter a ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino. A filiação socioafetiva no direito brasileiro e a impossibilidade de sua desconstituição posterior. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v. 8, n. 39, dez./jan. 2007, pp. 52-78.

36. DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 407. Na jurisprudência encontra-se, entre outros, paradigmático julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, posteriormente reforma-

do pelo STJ: "DANOS MORAIS – RELAÇÃO PATERNO-FILIAL – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE. A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana." (TJMG, AC 408.550-5, julg. 01/04/04)

37. Sobre o fenômeno em questão, consulte-se DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 409.

38. RESENDE, Nara Rúbia Alves de. Op. cit., p. 20.

39. Sobre o voluntarismo da ciência jurídica oitocentista, confira-se, por todos, BONNECASE, Julien. Introducción al estudio del derecho. 2 ed. Bogotá: Themis, 2000, trad. Jorge Guerrero, pp. 69-71.

40. Uma boa análise crítica sobre a formação deste modelo tradicional, desde o direito o romano até o Código de Napoleão, pode ser colhida em MEJÍA, Andrés Cruz. La responsabilidad civil en el Código Napoleón. Las bases de su estructura dogmática. Revista de derecho privado. México: Unam, a. 4, n. 11, mai./ago. 2005, pp. 20-45.

41. ASCENÇÃO, José de Oliveira. Responsabilidade civil e relações de vizinhança. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 74, v. 595, mai. 1985, p. 22.

sobre os pressupostos ou elementos constitutivos do dever de indenizar⁴², demonstra o apego à estratégia de subsunção e uma tentativa de continuamente aperfeiçoá-la, para que pudesse alcançar evolução técnica e solucionar os novos problemas então em surgimento.

No Brasil, os estudos acerca dos pressupostos receberam significativa contribuição de Pontes de Miranda, que os dissecou extensa e metodicamente, apartando-os de alguns preconceitos técnicos então vigentes⁴³.

Partindo da obra de Pontes, Silvio Neves Baptista descreveu o retrato mais preciso do suporte fático da responsabilidade civil entre nós. Podemos sintetizar sua exposição nos pontos seguintes⁴⁴: (1) o dano é fato jurídico conseqüente⁴⁵; (2) nesta condição, decorre de um fato jurídico antecedente, o qual na conformidade da norma que prescreve o dever de reparação pode ser fato jurídico *stricto sensu* ilícito, ato-fato ilícito, ato ilícito, ato-fato lícito, ato lícito; (3) entre o fato jurídico antecedente e o fato jurídico conseqüente deve haver relação de causa e efeito; (4) o sujeito chamado a responder pelo dano deve ser imputável, ou seja, deve ter aptidão para responder pelo dever de ressarcimento; (5) eventualmente, se a norma que prescreve o dever de reparação o exigir, será avaliada a culpa do agente, ou seja, se desejou o resultado danoso ou agiu de forma descuidada, por imprudência, imperícia ou negligência; (6) afasta-se o dever de indenizar se for constatada a presença de uma causa excludente de responsabilidade, que pode consistir em excludente de causalidade (fato da vítima, fato de terceiro, caso fortuito, força maior), excludente de ilicitude (cumprimento do dever legal, exercício regular de direito, legítima defesa, anuência da vítima, cláusula de não-indenizar) ou em excludente de imputabilidade (menoridade e alienação mental grave), estas últimas com a importante ressalva do parágrafo único do art. 928 do Código Civil.

Herdeiros de um manancial teórico tão rico, de uso amplamente disseminado entre os profissionais do direito e fartamente assentado em jurisprudência de décadas, nada mais natural que os autores que desbravaram o tema da responsabilidade familiar tenham automaticamente lan-

çado mão da estratégia subsuntiva e chamado ao debate os tradicionais pressupostos, para delimitar o procedimento de reparação do dano nas relações de família.

Transportou-se então a fórmula consagrada: presentes o ato comissivo ou omissivo, o dano, o nexo causal entre ambos e a culpa, o dever de indenizar estaria formado⁴⁶.

A solução não pode, porém, ser aplaudida, pois consiste em tentar solucionar os complexos desafios de um problema jurídico recente – a reparação de dano decorrente de relações familiares – através da aplicação de uma teoria que hoje se sabe portadora de flagrantes contradições internas e apoiada na superada metodologia oitocentista da subsunção.

Falou-se nas flagrantes contradições internas da teoria tradicional da responsabilidade civil. Trata-se de um fenômeno hoje marcante em tal campo do direito privado, que Anderson Schreiber denomina a erosão dos filtros da reparação, ou seja, a perda de importância da prova da culpa e do nexo causal, que constituíam na teoria clássica as principais barreiras à obtenção da reparação do dano⁴⁷.

A derrocada da culpa como fundamento básico da responsabilidade descreve um bem conhecido caminho⁴⁸, desde as mais diversas formas de presunção até a responsabilidade objetiva típica⁴⁹, chegando-se no Brasil à cláusula geral de responsabilidade sem culpa do art. 927 do Código Civil⁵⁰.

O gradual abandono da culpa como elemento relevante para o suporte fático da responsabilidade já foi, portanto, bem absorvido pela doutrina. Ocorre que o pressuposto seguinte do nexo causal também está em crise.

De fato, a idéia de causa e efeito, ou melhor, de que só se deve reparar o dano decorrente do ato lesivo, aparentemente é bastante simples e tendia a fornecer um critério essencialmente justo para a reparação do dano após esta se apartar em boa medida da avaliação da culpa. No entanto esta simplicidade é, como se sabe, meramente aparente, a começar pela multiplicidade de teorias desenvolvidas para explicar a abrangência da relação causal⁵¹.

42. A REFERÊNCIAS decorrente do debate a respeito dos pressupostos da responsabilidade civil é extremamente volumosa. Pode-se indicar, para uma visão geral, os textos clássicos de MAZEAUD, Henri et alii. Lecciones de derecho civil. Buenos Aires: EJE, parte II, vol. II, 1978, trad. Alcalá-Zamora y Castillo, pp. 1-444 e MESSINEO, Francesco. Manual de derecho civil y comercial. Buenos Aires: EJE, tomo VI, 1979, trad. Sentís-Melendo, pp. 474-571.

43. Por exemplo, o de que somente de atos ilícitos poderia nascer o dever de indenizar: “a responsabilidade, essa, pode ser sem que haja ilicitude do fato ou do ato que causou o dano” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado das ações. Campinas: Bookseller, tomo I, 1998, pp. 28-29).

44. BAPTISTA, Silvio Neves. Op. cit., especialmente pp. 50-57, 65-68 e 126-129.

45. A idéia de que o dano constitui um fato jurídico per se não é devida a Pontes, tendo sido sustentada originalmente por Neves Baptista e consistindo na tese central da obra citada.

46. Neste sentido RESENDE, Nara Rúbia Alves de. Op. cit., p. 22.

47. SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007, p. 11.

48. Remete-se à clássica exposição de DIAS, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. I, 1983, p. 35 et seq. Para uma análise mais atual, confira-se SCHREIBER, Anderson. Op. cit., pp. 12-48.

49. Passando pela mutação do próprio conceito de culpa na responsabilidade subjetiva, que passa a remeter muito mais a um standard de conduta que a um elemento subjetivo de intenção do agente – MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 304.

50. Que Maria Celina Bodin de Moraes entende estar destinada a se expandir para abranger todo e qualquer dano injusto, independentemente do risco, com apoio no fundamento constitucional da solidariedade (MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil, cit., pp. 251-252).

51. Sobre as diversas teorias do nexo de causalidade, entre tantos outros, confira-se: BAR, Christian Von. The common european law of torts. Oxford: Oxford University Press, vol. II, 2000, pp. 433-494; SILVA, Wilson Melo da. Responsabilidade sem culpa. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1974, pp. 112-133; ALVIM, Agostinho. Da inexecução das obrigações e suas consequências. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1972, pp. 339-374.

Das inúmeras teorias aos processos de flexibilização e presunção da aferição do nexo de causalidade⁵², o resultado é que também este pressuposto sofreu radical ataque por parte da doutrina e da jurisprudência, inflamando a crise da sistemática tradicional da responsabilidade civil. Por tal razão,

A ampla margem de discricionariedade na aferição da causalidade jurídica não apenas produz decisões incoerentes, mas também resulta, por toda parte, em certa insegurança no que concerne às próprias responsabilidades. Pior: a liberdade com que o Poder Judiciário trata a questão do nexo causal estimula pedidos de reparação, fundados mais na desgraça da vítima, que em uma possibilidade jurídica de imputação dos infortúnios ao sujeito que se considera responsável. (...) Enquanto não se procede à necessária revisão da inteira dogmática da responsabilidade civil, vive-se um momento de evidente perplexidade com a corrosão das bases do instituto. Não resta dúvida de que o nexo causal não conseguiu substituir a culpa como barreira de contenção ao ressarcimento de danos. E mais: à semelhança do que ocorreu com a prova da culpa, a prova do nexo causal parece tendente a sofrer, no seu papel de filtragem da reparação, uma erosão cada vez mais visível⁵³.

Como se já não fosse suficiente o franco desgaste da culpa e do nexo causal, o intérprete ainda se vê perplexo com o impressionante alargamento do próprio dano, hoje uma categoria aberta que incorpora cada vez mais hipóteses de concretização, sobretudo no campo extrapatrimonial, em que os chamados novos danos vêm permitindo justificar o ressarcimento em situações anteriormente inimagináveis⁵⁴.

No Brasil⁵⁵, aponta-se julgados em que foi reconhecido dano decorrente das dificuldades sofridas por um segurado para consertar seu carro; dano por diagnóstico equivocado de exame médico, bem como por ter sido o resultado comunicado sem a necessária sensibilidade; dano por disparo indevido de alarme antifurto; dano por rompimento imotivado de noivado às vésperas do casa-

mento; dano decorrente de fratura provocada por “desvio de conduta” em disputa de bola em jogo de futebol⁵⁶; dano por atribuição a político do epíteto de “mentecapto do século” em emissora de rádio.

Na Europa⁵⁷, o rol inclui dano à capacidade laboral; dano sexual; dano hedonístico; dano por nascimento de filho indesejado; dano por emissão de ruído e abalo à serenidade pessoal; dano de férias arruinadas⁵⁸; dano por *mobbing*⁵⁹; dano de *mass media*; dano por processo lento; dano por furto de moto nova, comprada com o primeiro salário do proprietário; dano por nascimento com deficiência física; dano por atribuição equivocada de posição científica alheia, entre outros, e, nos Estados Unidos, dano por envio não solicitado de fax publicitário e dano emocional decorrente de fracasso esportivo⁶⁰.

Não é preciso muito esforço para perceber, deste modo, que o dado social imediato é o fenômeno da expansão do dano a interesses anteriormente estranhos à sua esfera, em um movimento analógico àquele que foi vivido no final do século XIX e início do século XX, quando a industrialização trouxe uma expansão quantitativa dos danos sofridos, acompanhada pela dificuldade de ressarcimento dos mesmos frente à prova da culpa.

Naquele momento histórico, a responsabilidade civil tradicional conseguiu reinventar-se por meio da ablação da culpa como elemento regular de seu suporte fático, através da responsabilidade objetiva, solucionando o problema da expansão então verificada. Hoje, porém, o dano extrapatrimonial ganha enorme volume, pressiona por um sistema de reparação mais eficaz e a teoria clássica se mostra exaurida pelo fenômeno da erosão dos filtros e aparentemente incapaz de uma renovação sobre as mesmas bases.

Do panorama exposto se aduz que o método subsuntivo clássico da reparação de dano foi implodido por dentro, a partir de suas próprias contradições e insuficiências frente às novas demandas com que passou a se defrontar. Esvaziado o conteúdo do suporte fático, a sistemática tradicional não dá conta do problema da indenização nos termos em que hoje é posto. Para viabilizar

52. Processos de flexibilização expressos, por exemplo, na relativização das excludentes de causalidade e no uso da teoria da causalidade alternativa, do nexo flexível e da responsabilidade pelo resultado mais grave – neste sentido, SCHREIBER, Anderson. Op. cit., p. 61-74.

53. SCHREIBER, Anderson. Op. cit., pp. 74-75.

54. A ponto de gerar uma crescente preocupação com o problema dos chamados “danos bagatelares” – neste sentido, SCHREIBER, Anderson. Op. cit., p. 118-119 e 120-121. Sobre a matéria, vale a consulta ao ensaio de MARCHESINI, Carlo. I danni microesistenziali e bagattellari. Camerino: Halley, 2007, especialmente pp. 51-102, para a formulação teórica do dano bagatelar, e 107-176, para uma rica casuística de danos bagatelares em espécie.

55. A enumeração foi extraída de MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais, cit., pp. 167-174.

56. Uma interessante análise do problema no dano na atividade esportiva pode ser encontrada no breve estudo de CIMMINO, Maria. Rischio e colpa nella responsabilità sportiva. Napoli: Liguori Editori, 2006.

57. Exemplos colhidos em SCHREIBER, Anderson. Op. cit., pp. 87-93.

58. Sobre o “dano de férias arruinadas”, vale conferir a prática abordagem de GALLI, Augusto; MONTI, Barbara. Il danno da vacanza rovinata. Milano: FAG, 2006.

59. Sobre o *mobbing* e o dano dele decorrente consulte-se STAIANO, Rocchina. Dequalificazione professionale e *mobbing*: profili applicativi. Camerino: Halley, 2006.

60. No mesmo sentido: “Ecco che il ‘danno esistenziale’ si manifesta in concreto nel discredito personale (in termine di lesione della reputazione e dell’ onore) conseguente ad un protesto illegittimamente sollevato; nel ‘danno da vacanza rovinata’; nel disturbo arrecato da immissioni rumorose, quando il superamento dei limiti di tollerabilità fissati dalla legge determini una lesione della ‘serenità familiare’; ancora, il danno esistenziale è richiamato in materia di sconvolgimento delle condizioni di vita a causa di disastri e sinistri. Altro settore in cui la giurisprudenza ha ritenuto di rinvenire tale figura di danno è quello delle relazioni lavorative, della violazione dei doveri coniugali, dell’ingiusta detenzione, e l’elencazione potrebbe continuare oltremodo.” (MONFORTE, Simona. Danni non patrimoniali e danni biologico. Milano: Editrice le fonti, 2006, pp. 35-36).

uma teoria coerente da responsabilidade familiar, é preciso portanto abandonar a velha metodologia e ver o que o direito contemporâneo nos oferece em substituição.

4. ESBOÇO DE UMA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL FAMILIAR A PARTIR DA RESPONSABILIDADE CIVIL CONTEMPORÂNEA

Foi visto que a teoria clássica da responsabilidade civil ergueu-se sobre um paradigma teórico voluntarista, baseado na idéia de reprovabilidade da conduta danosa e de reparação como sanção a este comportamento reprovável; da mesma forma, concluiu-se que o método inerente a esta teoria clássica é o da subsunção, hoje julgado ultrapassado.

O primeiro desafio de uma teoria contemporânea da responsabilidade civil que se possa prestar a fundamentar a responsabilidade familiar, é, exatamente, efetuar a mudança de eixo norteador do sistema de reparação de danos. Por esta razão a doutrina mais atual tem propugnado a necessidade de fundamentar primordialmente a responsabilidade não na punição do agente violador, mas sim na proteção da vítima⁶¹.

Como lembra Monforte, é claro que a forma ideal de tutela da pessoa é a preventiva; entretanto, uma visão realista do direito não pode prescindir de um “modelo rimediante”, que reconheça ao indivíduo lesado o acesso à tutela ressarcitória⁶². Daí que, sem prejuízo dos meios promocionais e preventivos, o sistema jurídico deva oferecer uma tutela de ressarcimento voltada em primeiro plano a proteger aquele cuja personalidade ou patrimônio foi danificado.

É muito difícil, entretanto, alcançar novos objetivos lançando mão de instrumentos antigos. Daí que, para atingir a efetividade de uma tutela prioritariamente voltada para a defesa da vítima, é necessário também repensar o uso do método subsuntivo, algo a que a teoria geral do direito tem se dedicado há já um considerável tempo.

A superação da subsunção é uma conseqüência do declínio do positivismo tradicional, que caracteriza o direito do Estado liberal e perde força na transição para o Estado constitucional⁶³.

Na teoria pós-positivista do direito, o centro básico

de análise da ciência jurídica é transferido da legislação para o julgamento, de modo a permitir uma análise casuística e criativa: “el intérprete del derecho y el juez ocupan el lugar que antes ocupaba el legislador”⁶⁴.

Neste contexto perde sentido o procedimento automatizante de aplicação da norma, em que os fatos são confrontados com a previsão hipotética positivada e, caso haja estrita coincidência, produzem-se os efeitos; caso contrário, efeito algum será produzido⁶⁵.

Sem prejuízo do uso residual da subsunção para os chamados casos fáceis, cuja baixa complexidade pode ser solucionada através das regras⁶⁶, o método típico de raciocínio jurídico pós-positivista é a ponderação, desenvolvida para a aplicação direta dos princípios e das cláusulas gerais. De modo que se

*pressupone que en los casos difíciles se da siempre una contraposición entre principios o valores (entendiendo por valores la dimensión justificativa de las normas contempladas como razones para la acción) que ha de resolverse mediante una operación de ponderación en la que se sopesan las diversas exigencias para alcanzar un punto de equilibrio mínimo u óptimo*⁶⁷.

Daí a oportuna observação segundo a qual

*La dottrina dovrebbe in particolare dedicare maggiore attenzione al superamento di un'ermeneutica, fondata sul sillogismo e sulla sussunzione che presuppone una tecnica legislativa non più attuale, un appiattimento delle fonti legislative che la gerarchia delle fonti smentisce e un tipo de individuazione delle norme del tutto utopistico*⁶⁸.

Embora tenha ganho fôlego nos debates sobre a colisão de princípios constitucionais e sua composição, é certo que

*a ponderação vem sendo, gradativamente, invocada em conflitos ente princípios, cláusulas gerais, enunciados normativos abertos, e quaisquer outras espécies normativas que, sendo da mesma hierarquia, antiguidade e especialidade (ex: as normas constitucionais), incidam sobre os mesmos pressupostos fáticos presentes em certo caso concreto, impondo soluções distintas (...)*⁶⁹

61. Neste sentido, MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil, cit., p. 238.

62. MONFORTE, Simona. Op. cit., pp. 28-29.

63. ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil: ley, derechos, justicia. 5 ed. Marid: Trotta, 2003, trad. Marina Gascón, p. 33 e 110-111.

64. CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. Doxa. Alicante: Universidad de Alicante, nº 21, 1998, p. 215.

65. A aplicação das regras obedece ao procedimento do “tudo ou nada”, pois elas incidem ou não conforme materializado ou não seu suporte fático; a seu turno, os princípios têm dimensão de importância relativa, a ser ponderada no caso concreto, atribuindo-se peso

relativo e presponderância concreta a cada uma das normas principiológicas envolvidas no caso focado (DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. Barcelona: Ariel, 1997, trad. Marta Guastavino, pp. 75-78).

66. Sem prejuízo do próprio sentido das regras estar conformado pelos princípios, sobretudo os constitucionais.

67. ATIENZA, Manuel. Los límites de la interpretación constitucional: de nuevo sobre los casos trágicos. Isonomía. México, nº 6, 1997, p. 15.

68. PERLINGIERI, Pietro. Fonti normative e interpretazione. AAVV. Il diritto privato futuro. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1993, p. 84.

69. SCHREIBER, Anderson. Op. cit., p. 143.

Este uso da técnica de ponderação para a solução dos casos concretos de reparação de dano se solidifica na medida em que a norma atributiva do dever de indenizar, que era tida pela doutrina tradicional como uma regra jurídica em sentido estrito, cada vez mais é enunciada como uma cláusula geral de responsabilidade civil⁷⁰.

Se existe uma cláusula geral de responsabilidade civil, sua aplicação não poderá mais se dar através da estratégia subsuntiva do “tudo ou nada”, requerendo sejam ponderados os interesses em conflito, para delimitar qual deverá prevalecer e merecer a tutela do sistema jurídico.

Nada disso é a rigor novidade, dado que os civilistas vêm se aproximando gradativamente deste procedimento desde os anos 70, mas é preciso extremo cuidado para evitar que o julgamento realizado nestes moldes seja desprovido de uma fundamentação controlável.⁷¹

A reparação não pode “ocorrer ao nível do senso comum” e por isso reclama critérios técnicos precisos para sua concessão⁷².

Bem razoável, como expressão de busca por este critério, é a proposta de Anderson Schreiber⁷³, para o qual a justificação racional da ponderação a respeito da aplicação da cláusula geral pode seguir o seguinte roteiro: (1) examina-se se o interesse lesado é abstratamente merecedor de tutela⁷⁴; (2) se o for, examina-se se o interesse lesivo é abstratamente merecedor de tutela; (3) sendo ambos merecedores de tutela, procura-se regra legal de prevalência entre os interesses⁷⁵; (4) por fim, se não há regra legal de prevalência, efetua-se a ponderação dos interesses conflitantes, de modo a avaliar se o grau de realização do interesse lesivo justifica o grau de afetação concreta do interesse lesado.

Esta técnica deve presidir o exame dos casos de reparação de dano em relação familiar. Se o esquema subsuntivo clássico não se mostra preciso o suficiente para resolver os problemas de responsabilidade familiar, é a pon-

deração que se deve recorrer, concretizando-se a eficácia da cláusula geral de responsabilidade.

Daí afirmar-se, em estudo sobre o abandono afetivo, que

*Dano moral será, em conseqüência, somente a violação a algum destes aspectos ou substratos que compõem, e conformam, a dignidade humana, isto é, a ofensa à liberdade, à igualdade, à solidariedade (familiar ou social) e à integridade psicofísica de uma pessoa humana. Neste caso seria preciso ponderá-lo, através do exame dos interesses em conflito, em relação a seu fundamento, isto é, a própria dignidade humana*⁷⁶.

Está posto, portanto, o método adequado para a composição do conflito familiar em caso de dano injusto. Resta apenas precisar qual seria a especificidade da aplicação destes critérios à responsabilidade familiar.

O ponto nuclear está justamente em que, na reparação de dano em relações de família, estão em jogo interesses substancialmente distintos daqueles com que se trata na responsabilidade civil comum.

Reitere-se⁷⁷: a repersonalização é um fenômeno comum a todo o direito privado, mas no direito de família assume contornos peculiares, pois não se trata de contrabalançar interesses patrimoniais com os prevalentes interesses existenciais⁷⁸, mas sim de evitar a inserção de conteúdo patrimonial em situações jurídicas puramente existenciais.

Por tal razão, cabe ao intérprete a consciência de que a reparação de dano é um fenômeno alheio à estrutura das relações de família e deve ser aplicada sempre com moderação. Apenas quando a lesão à personalidade⁷⁹ não puder ser reparada por outra via é que deve a condenação em pecúnia ser utilizada, evitando-se a patrimonialização da relação familiar. Perceba-se que em outras áreas da responsabilidade civil, como a contratual, a reparação de dano ocorre

70. Neste sentido, MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil, cit., p.240-241; PERA, Aureliana. L'Ingiustizia del danno come clausola generale. VIOLA, Luigi (org). Tractatus dei danni: il danno ingiusto, responsabilità precontrattuale e responsabilità speciali. Camerino: Halley, vol II, 2007, 33-34.

71. A constatação e o alerta são de SCHREIBER, Anderson. Op. cit., pp. 147-149.

72. MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil, cit., p. 244.

73. SCHREIBER, Anderson. Op. cit., pp. 156-162. Os exemplos citados adiante são extraídos do mesmo autor, na mesma obra e local.

74. Na primeira etapa, se o ordenamento não dá suporte nem mesmo em tese ao interesse violado, não há dano; na segunda, se o interesse lesivo nem em tese é juridicamente admissível, o dano está presente. Exemplo de corte na primeira etapa: ladrão que pleiteia reparação do dano pelo furto do objeto furtado; exemplo de corte na segunda etapa, indivíduo que causa dano em decorrência de homicídio.

75. Por exemplo, o art. 20 do Código Civil, que estabelece a possibilidade de proibição da divulgação da imagem de um indivíduo, salvo se necessária à administração da justiça. Ambos os interesses são merecedores de tutela em abstrato (direito à imagem e administração da justiça), mas o art. 20 prevê que, estabelecido o conflito, o primeiro cederá ante o segundo. Alerta-se que a procura pela regra de prevalência não exclui a análise de

sua validade, inclusive no plano constitucional.

76. MORAES, Maria Celina Bodin de. Deveres parentais e responsabilidade civil. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v. 7, n. 31, ago./set. 2005, pp. 52-53. A autora abraça a tese de que o dano moral é conseqüência da violação da dignidade humana. É preferível, neste particular, a tese perflhada por Paulo Lôbo segundo a qual o dano decorre da infringência de um direito de personalidade, tese esta que parece trazer parâmetros mais concretos para a avaliação do que a referência ao princípio constitucional em questão, naturalmente mais vago e atualmente superutilizado. Deve ser ressalvado, porém, que um modelo de direitos de personalidade típicos não é o mais adequado no sistema jurídico contemporâneo, sendo preferível a descrição de um direito geral de personalidade (vide nota 11, acima). Ademais, é preciso que o dano moral seja desvinculado das concepções subjetivistas que o identificavam com a dor, angústia ou humilhação sofridas pela vítima, de modo a reconhecer que estes sentimentos podem (ou não) decorrer do dano, mas com ele não se confundem (SCHREIBER, Anderson. Op. cit., pp. 123-126; MORAES, Maria Celina. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais, pp. 188-192).

77. Ver tópico 1.1.

78. Como ocorre, por exemplo, no direito das coisas

79. Ou excepcionalmente ao patrimônio.

de forma mais natural, já que a indenização está ligada à frustração de um interesse também patrimonial.

Por outro lado, como já afirmado anteriormente⁸⁰, a responsabilidade civil familiar tem de ser examinada à luz dos princípios do direito de família.

Se esta proposição é verdadeira ainda quando se adota o raciocínio clássico da subsunção, no juízo de ponderação ela ganha ainda mais importância, pois a seleção de merecimento de tutela dos interesses contrapostos deverá respeitar os valores típicos de família. Deverá, assim, ser tomado em conta o peso concreto da liberdade, da afetividade, da solidariedade, do melhor interesse da criança⁸¹.

Imaginemos um caso concreto de uma demanda indenizatória em que a mulher pretenda reparação de dano moral em virtude do adultério notório de seu marido. Dada a reavaliação do caráter cogente dos deveres conjugais, não se pode mais dizer que exista regra de prevalência entre os interesses postos em conflito⁸². A solução só poderá ser extraída através de uma cuidadosa ponderação entre o princípio da liberdade, com toda a conotação específica que ganha no direito de família, e o direito à privacidade que decorre do direito geral de personalidade da vítima. Em situações de responsabilidade comum, o comportamento injurioso público (por exemplo, de um sócio que se retira de uma empresa efetuando acusações na imprensa) certamente seria avaliado sem necessidade de tanta cautela.

Esta breve exposição basta para afirmar que a teoria da responsabilidade familiar, além de abranger um campo próprio da responsabilidade civil, tem exigências aplicativas próprias.

Se não é possível afastar a reparação de dano do direito de família, sob pena de prejudicar a vítima em benefício do agente lesante, é necessário fazer com que a determinação da responsabilidade seja auferida de acordo com critérios extremamente rigorosos, de um rigor que não tem sentido nas relações, por exemplo, entre consumidor e fornecedor.

Deve-se realizar a ponderação, assim, com estrita atenção aos princípios próprios da matéria familiar, procurando-se afastar os riscos de repatrimonialização, avaliando caso a caso os interesses mercedores de tutela e se houve dano injusto a ser suportado por um dos familiares em benefício do lesado⁸³.

Por fim, reitere-se ainda que o tratamento próprio da responsabilidade familiar traz a vantagem de fornecer um método eficaz para solucionar problemas que têm raízes comuns e vêm sendo estudados de forma isolada, como são o dano moral entre cônjuges e o abandono afe-

tivo, bem como de possibilitar a fácil recepção de situações danosas diversas e ainda pouco estudadas, como o dano familiar suportado por idosos, o dano por abuso sexual e o dano decorrente da síndrome da alienação parental⁸⁴.

5. CONCLUSÕES

A reparação do dano nas relações de família é um fenômeno hoje inafastável, constituindo um terceiro gênero de responsabilidade civil que não pode ser ignorado, pois não se enquadra exatamente quer na responsabilidade negocial, quer na extranegocial.

A construção de uma teoria da reparação de dano nas relações de família unifica as situações atualmente recepcionadas pela prática, permite a admissão de outras hipóteses hoje pouco referidas e, sobretudo, afasta a utilização equivocada da sistemática comum, que foi construída para tutelar interesses econômicos e por isso não serve à promoção da personalidade humana nas relações de família, em que toda uma principiologia própria deve ser respeitada.

Por outro lado, não há sentido em buscar uma tutela eficaz para todo esse novo flanco de danos familiares em meio à responsabilidade civil tradicional, dado o seu voluntarismo e seu apego ao método lógico-formal da subsunção.

A teoria da responsabilidade familiar deve ser o resultado, assim, da fusão da responsabilidade civil contemporânea, baseada na técnica de ponderação dos interesses lesado e lesivo, com as características próprias do direito de família, notadamente a sua exigência de personalização e os seus princípios autônomos.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Adoção à brasileira e a verdade do registro civil. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IOB-Thompson, 2006.
- _____. As perspectivas e o exercício da guarda compartilhada consensual e litigiosa. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v. 7, n. 31, ago./set. 2005.
- ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino. A filiação socioafetiva no direito brasileiro e a impossibilidade de sua desconstituição posterior. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v. 8, n. 39, dez./jan. 2007.
- ALPA, Guido. Trattato di diritto civile. Milano: Giuffrè, tomo I, 2000.
- ALSINA, Jorge Bustamante. Daños y perjuicios: responsabilidad civil derivada del divorcio. In URIARTE, Jorge A. (coord.). Enciclopedia de derecho de familia. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1991.
- ALVIM, Agostinho. Da inexecução das obrigações e suas consequências. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

80. Ver tópico 1.2.

81. Bodin de Moraes aponta a relação a tensão entre o princípio da solidariedade e o princípio da liberdade (MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil, cit., p.247-248).

82. Ver tópico 1.2.

83. Perceba-se que, diante da necessidade de ponderação concreta do dano e da

seleção dos interesses mercedores de tutela, bem como da dissociação do dano moral dos sentimentos de dor, vexame, constrangimento ou humilhação, deve ser abandonada a teoria do dano in re ipsa, ou seja, a efetiva lesão à personalidade que constitui o dano moral deve ser provada, não podendo ser presumida (SCHREIBER, Anderson. Op. cit., pp. 192-193).

84. Ver tópico 2.

- ANGELUCI, Cleber Affonso. Abandono afetivo: considerações para a constituição da dignidade da pessoa humana. Revista CEJ. Brasília, n. 33, abr./jun. 2006.
- ASCENÇÃO, José de Oliveira. Responsabilidade civil e relações de vizinhança. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 74, v. 595, mai. 1985.
- ATIENZA, Manuel. Los limites de la interpretación constitucional: de nuevo sobre los casos trágicos. Isonomía. México, nº 6, 1997, p. 15.
- AUBRY, C.; RAU, C. Cours de droit civil français. 4 ed. Paris: Librairie Générale de Jurisprudence Marchal et Billard, tomo I, 1869.
- BAPTISTA, Silvio Neves. Teoria geral do dano. São Paulo: Atlas, 2003
- BAR, Christian Von. The common european law of torts. Oxford: Oxford University Press, vol. II, 2000.
- BONNECASE, Julien. Introducción al estudio del derecho. 2 ed. Bogotá: Themis, 2000, trad. Jorge Guerrero.
- BURDICK, Francis. The law of torts: a concise treatise on the civil liability at common law. Washington: Beard Books, 2000.
- CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. Doxa. Alicante: Universidad de Alicante, nº 21, 1998.
- CANEZIN, Claudete Carvalho. Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono paterno-filial. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v. 8, n. 36, jun./jul. 2006.
- CARVALHO NETO, Inácio de. Reparação civil na separação judicial culposa. In HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito e responsabilidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- CIMMINO, Maria. Rischio e colpa nella responsabilità sportiva. Napoli: Liguori Editori, 2006.
- CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas: uma análise do ensino do direito de propriedade. Rio de Janeiro: Renovar, 2002 p. 171.
- CRISPINO, Nicolau Eládio. Responsabilidade civil dos conviventes. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (coord). A família na travessia do milênio: Anais do II Congresso de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- DIAS, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. I, 1983.
- DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. Barcelona: Ariel, 1997, trad. Marta Guastavino.
- ESPÍNOLA, Eduardo. Sistema de direito civil brasileiro. 4 ed. Rio de Janeiro: Conquista, vol. II, 1961.
- FACHIN, Luiz Edson. Elementos críticos do direito de família. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- GALLI, Augusto; MONTI, Barbara. Il danno da vacanza rovinata. Milano: FAG, 2006.
- GONÇALVES, Luiz da Cunha. Tratado de direito civil. São Paulo: Max Limonad, vol. XII, tomo II, 1957.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Se eu soubesse que ele era meu pai. Direito civil: estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.71.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v. 6, n. 24, jun./jul., 2004.
- _____. As vicissitudes da igualdade e dos deveres conjugais no direito brasileiro. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v. 6, n. 26, out./nov. 2004.
- _____. Constitucionalização do direito civil. Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 36, nº 141, jan./mar. 1999.
- _____. Danos morais e direitos da personalidade. Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Padma, n. 6, 2001.
- _____. Direito civil: famílias. São Paulo: Saraiva, 2008.
- _____. Do poder familiar. In DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords). Direito de família e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- MARCHESINI, Carlo. I danni microesistenziali e bagattellari. Camerino: Halley, 2007.
- MAZEAUD, Henri et alii. Lecciones de derecho civil. Buenos Aires: EJE, parte II, vol. II, 1978, trad. Alcalá-Zamora y Castillo.
- MEJÍA, Andrés Cruz. La responsabilidad civil en el Código Napoleón. Las bases de su estructura dogmática. Revista de derecho privado. México: Unam, a. 4, n. 11, mai./ago. 2005, pp. 20-45.
- MESSINEO, Francesco. Manual de derecho civil y comercial. Buenos Aires: EJE, tomo VI, 1979, trad. Sentís-Melendo.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado das ações. Campinas: Bookseller, tomo I, 1998.
- _____. Tratado de Direito Privado. 3 ed. Rio de Janeiro, Borsoi, vol. LIV, 1972.
- MONFORTE, Simona. Danni non patrimoniali e danni biologico. Milano: Editrice le fonti, 2006.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial. São Paulo, n. 65, jul./set. 1993.
- _____. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. Direito, Estado e Sociedade. Rio de Janeiro, v. 9, n. 29, jul./dez. 2006.
- _____. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- _____. Deveres parentais e responsabilidade civil. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v. 7, n. 31, ago./set. 2005
- MUSSO, Bruno Spagna. Lezioni di diritto civile. Napoli: Scriptaweb, 2005.
- PERA, Aureliana. L'ingiustizia del danno come clausola generale. VIOLA, Luigi (org). Tractatus dei danni: il danno ingiusto, responsabilità precontrattuale e responsabilità speciali. Camerino: Halley, vol II, 2007.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Uma principiologia para o direito de família. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IOB-Thompson, 2006
- _____. SILVA, Cláudia Maria da. Nem só de pão vive o homem. Sociedade e Estado. Brasília, v. 21, n. 3, set./dez. 2006.
- PEREIRA, Sergio Gischkow. Dano moral e direito de família: o perigo de monetarizar as relações familiares. ADV/COAD, jan. 2002, p. 45.
- PERLINGIERI, Pietro. Fonti normative e interpretazione. AAVV. Il diritto privato futuro. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1993.
- RESENDE, Nara Rúbia Alves de. Da possibilidade de ressarcimento dos danos decorrentes da dissolução da sociedade conjugal. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v. 5, n. 21, dez./jan. 2004.
- RIVIELLO, Lucia. Danni patrimoniali. In VIOLA, Luigi (org). Tractatus dei danni: la responsabilità civile ed il danno. Camerino: Halley, 2007.
- SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. Responsabilidade civil dos cônjuges. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). A família na travessia do milênio: Anais do II Congresso de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007.
- SCHUH, Lizete Peixoto Xavier. Responsabilidade civil por abandono afetivo: a valoração do elo perdido ou não consentido. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v. 8, n. 35, abr./mai. 2006.
- SILVA, Cláudia Maria da. Descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v. 6, n. 25, ago./set. 2004.
- SILVA, Wilson Melo da. Responsabilidade sem culpa. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1974.
- STAIANO, Rocchina. Dequalificazione professionale e mobbing: profili applicativi. Camerino: Halley, 2006.
- STATSKY, William P. Family law. 5 ed. Albany: West Thomson Learning, 2002.
- TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Responsabilidade civil e ofensa à dignidade humana. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v. 7, n. 32, out./nov. 2005.
- TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. Temas de direito civil. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 1-22.
- TRAMONTANO, Luigi. Lineamenti di diritto civile. Camerino: Halley, 2006.
- MASCIA, Alberto. Famiglia di fatto: riconoscimento e tutela. Camerino: Halley, 2006.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. El Derecho Dúctil: Ley, Derechos, Justicia. 5 ed. Marid: Trotta, 2003, trad. Marina Gascón.

CUMPRIMENTO DEFEITUOSO: CONCEITO, PRESSUPOSTOS E COMPARATIVO COM A VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO

**Lavínia Cavalcanti
Lima Cunha**

Mestre em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Advogada, Mediadora e Professora de Direito Civil da Universidade Federal de Alagoas, onde leciona Direito das Obrigações, Direito do Consumidor, Mediação e Metodologia e exerce as funções de Vice-Coordenadora da Graduação do curso de Direito, Coordenadora de Estágios Curriculares e membro da Comissão de Auto-avaliação institucional. Atuou como professora da Pós-Graduação da EMATRA/AL (Direito Civil) e convidada da ESMAL (Conciliação e Mediação). Possui uma série de publicações nacionais e estrangeiras.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Conceito. 3. Comparativo com a violação positiva do contrato. 4. Pressupostos. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

RESUMO

O cumprimento defeituoso é caracterizado pelo cumprimento da prestação com defeitos, não correspondendo integralmente ao conteúdo obrigacional. Ele se localiza no âmbito do inadimplemento, como uma terceira categoria e é de grande importância e ocorrência na prática obrigacional, visto que pode decorrer da violação de inúmeros tipos de deveres: deveres de prestação típicos,

secundários e acessórios de conduta. Apesar de grande confusão no âmbito doutrinário, não se confunde com a violação positiva do contrato. O importante é o preenchimento de seus três requisitos: cumprimento da prestação, defeito na prestação e substancialidade do defeito.

Palavras-chave: Inadimplemento obrigacional, cumprimento defeituoso e violação positiva do contrato.

1. INTRODUÇÃO

O *leitmotiv* deste trabalho foi a constatação de que, tradicionalmente, a maioria dos sistemas jurídicos apenas prevê duas espécies de incumprimento no corpo de seus Códigos Civis: o incumprimento definitivo (inadimplemento absoluto) e a mora (inadimplemento relativo), inexistindo explicação legal expressa para as situações de cumprimento defeituoso da obrigação, apesar de serem extremamente comuns. O Código Civil brasileiro (CC Br) não fugiu à regra, na medida em que não menciona nem o disciplina expressamente, seja no título relativo ao inadimplemento das obrigações, seja no título relativo ao adimplemento¹ ou em qualquer outro. Desse modo, uma análise superficial e precipitada do CC Br poderia sugerir que o cumprimento defeituoso não se trata de figura aceita pelo ordenamento jurídico brasileiro. Ledo engano.

O termo cumprimento defeituoso é utilizado expressamente pelo art. 799 do Código Civil português (CC Pt), mas não encontramos expressão similar no CC Br. Apesar de não mencionado expressa, sistemática ou autonomamente no corpo do CC, alguns exemplos de cumprimento defeituoso estão presentes e são tratados em diferentes locais do mesmo e em algumas outras legislações relevantes, como ocorre com a Lei nº 8.666/93 e o CDC, fazendo com que a matéria exista no ordenamento jurídico de modo espaçado, assistemático e, por vezes, confuso.

A falta do devido tratamento no CC, talvez propositada, deixou para a doutrina a tarefa de construção de

1. O adimplemento e o inadimplemento das obrigações encontravam-se equivocadamente insertos nos efeitos das obrigações pelo CC de 1916. Felizmente, o CC de

2002 fez alterações legislativas, atribuindo ao adimplemento e ao inadimplemento títulos próprios.

toda a teoria do cumprimento defeituoso. O que poderia ter sido considerado um fator positivo, terminou por representar uma brutal omissão da doutrina seja pela falta de orientação mínima do legislador ou, até mesmo, pela suposta clareza e logicidade do conceito de inadimplemento e, inclusive, de mora, que fez com que os juristas perdessem o interesse na temática².

De todo modo, quando o cumprimento defeituoso é objeto de estudo no ordenamento jurídico brasileiro, é comum a defesa de que sua existência é restrita à inobservância dos deveres acessórios de conduta ou do princípio da boa-fé objetiva, mais especialmente, à quebra da confiança, inexistindo tratamento mais detalhado da matéria³.

O exame da matéria está restrito ao ordenamento jurídico brasileiro, ainda que seja imprescindível um comparativo com o direito português e, eventualmente, ingressarmos em outros sistemas jurídicos para dilatar a visão do assunto.

2. CONCEITO

Toda tentativa de conceituação é difícil, no entanto, quando diante de figuras assaz próximas, essa dificuldade é multiplicada, vez que a linha que separa o cumprimento defeituoso de figuras como a mora e algumas invalidades dos negócios jurídicos é quase imperceptível. Para além desse problema, faz-se grande miscelânea entre o cumprimento defeituoso e “o amplo e mal delimitado instituto”⁴ da violação positiva do crédito.

A tarefa de conceituação do cumprimento imperfeito também é agravada diante de sua característica abrangente, posto que nele se enquadram situações excluídas das hipóteses de mora e descumprimento definitivo, conseqüentemente, engloba figuras que, a princípio, não possuem quase nada em comum. O cumprimento defeituoso engloba as hipóteses de vícios redibitórios, evicção, venda *ad mensuram*, vícios do produto e dos serviços nas relações de consumo, violação dos deveres acessórios de conduta e inúmeras outras situações em contratos específicos, como os de locação, de mandato e empreitada.

Ocorre o cumprimento imperfeito, por exemplo, quando o vendedor entrega ao comprador os cavalos avençados, no entanto, por se encontrarem doentes, con-

taminam outros cavalos de propriedade do comprador, gerando-lhe prejuízos; também ocorre quando o mandatário, incumbido contratualmente de locar um estabelecimento comercial para o mandante, realiza o contrato de locação com terceiro nos termos do contrato de mandato realizado, salvo com relação aos juros de mora, que estipula de modo mais oneroso ao mandante.

Apesar de sua conceituação ser difícil, o cumprimento defeituoso possui grande importância na rotina obrigacional. Segundo Menezes Cordeiro, ao cumprimento defeituoso estariam “subjacentes algumas das questões mais controversas e actuais do moderno Direito das Obrigações”⁵.

Cumprimento defeituoso é espécie de inadimplemento e pode ser definido, em linhas gerais, como o inadimplemento caracterizado pelo cumprimento da prestação com defeito, não correspondendo integral ou exatamente ao conteúdo obrigacional⁶.

3. COMPARATIVO COM A VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO

A violação positiva do contrato (ou do direito) surgiu na Alemanha, fruto inicialmente das reflexões de Staub acerca de uma lacuna no então recém-aprovado Código Civil alemão⁷. Staub detectou que o BGB apenas tratava das hipóteses de incumprimento e de mora, ambas essencialmente relacionadas a uma violação negativa do contrato, ou seja, relacionadas ao «não cumprimento» através de uma omissão.

No inadimplemento, a obrigação não era cumprida e não tinha mais como o ser, enquanto na mora não era cumprida no tempo certo, mas ainda havia possibilidade de ser adimplida. No entanto, havia inúmeras hipóteses que não se enquadravam quer em uma, quer em outra figura, pois eram caracterizadas pela presença de uma ação (conduta positiva), mas esta, *per si*, não representava o adimplemento, caracterizando, em verdade, uma violação obrigacional. Deu-se, assim, o nome de violação positiva do contrato, na tentativa de diferenciá-la das violações negativas, nomeadamente o incumprimento e a mora.

Um exemplo bastante conhecido e mencionado por Staub para demonstrar a existência da violação positiva do direito é o da cervejaria que fornece semanalmente a cerveja a uma estalagem, mas algumas vezes entregou

2. Em sentido semelhante, Jorge Cesa Ferreira da Silva, Inadimplemento das obrigações: comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil. Mora; Perdas e danos; Juros legais; Cláusula penal; Arras ou sinal. São Paulo, 2006, p. 30.

3. Michele Giorgianni e Pedro Romano Martinez também constatarem idêntica situação na doutrina italiana e na portuguesa, respectivamente in L' inadimplemento. Corso de Diritto Civile. Milão, 1995, p. 40 e Cumprimento defeituoso: em especial na compra e venda e na empreitada. Coimbra, 2001, p. 28.

4. Pedro Romano Martinez, Cumprimento defeituoso: em especial na compra e venda e na empreitada. Coimbra, 2001, p. 28.

5. Violação positiva do contrato. Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 31 de Janeiro de 1980. Lisboa: Ordem dos Advogados Portugueses, 1980, p. 128. No mesmo

sentido, Pedro Romano Martinez assevera que o cumprimento defeituoso “constitui problema de aplicação corrente”, Cumprimento...cit., p. 26.

6. No mesmo sentido, Pedro Romano Martinez, Cumprimento...cit., p. 31 e 129; Marcos Jorge Catalan, Descumprimento contratual: modalidades, conseqüências e hipóteses de exclusão do dever de indenizar. Curitiba, 2005, p. 161; João Baptista Machado, Pressupostos da resolução por incumprimento, in Obra Dispersa. Braga, 1991, p. 168, onde acrescenta que o programa obrigacional também resultaria do princípio geral da correção e boa-fé.

7. Para Menezes Cordeiro, a violação positiva do contrato “tem sido considerada uma descoberta frutuosa da doutrina posterior à publicação do BGB”, Da boa-fé no direito civil. Coimbra, 2007, p. 595.

cerveja de pior qualidade, gerando a perda de freguesia da estalagem.

De acordo com Menezes Cordeiro, a complexidade intra-obrigacional no nascimento e na evolução da violação positiva do direito teria obedecido “mais a imperativos de oportunidade teórica do que a verdadeiras necessidades sistemáticas, postas por fenômenos jurídicos reais”⁸, apesar de reconhecer que ela acabaria por se tornar uma peça chave do Direito das obrigações atuais.

A violação positiva do contrato é bastante criticada por deter um âmbito residual, de tal modo que será violação do contrato tudo aquilo que não seja incumprimento definitivo nem mora⁹, para além de que se questionava a existência da própria lacuna defendida por Staub.

Menezes Cordeiro afirma que o problema da violação positiva do contrato gera ainda hoje¹⁰ uma polémica crescente, centrada em três pontos: “- o seu âmbito; - o seu fundamento e o seu regime; - as suas relações com as previsões específicas de cumprimento defeituoso”¹¹.

De fato, a maior parte da doutrina brasileira defende a existência da violação positiva do direito, no entanto, como sinónimo de cumprimento defeituoso (imperfeito ou ruim), sem perfazer qualquer diferenciação entre este e a violação positiva do direito¹². Outrossim, como sinónimo de cumprimento defeituoso, essa figura foi acolhida pela doutrina e jurisprudência alemã e, posteriormente, de outros países, inclusive Portugal e Brasil¹³. Uma das opiniões mais relevantes que defendem sua distinção do cumprimento defeituoso é a de Pedro Romano Martinez, que apenas admite a existência da violação positiva do direito no ordenamento jurídico português como sinónimo de cumprimento defeituoso, ressaltando, contudo, que a expressão é enganadora, visto que a conduta que a gera nem sempre é positiva, como se daria nos casos de falta de segurança¹⁴.

A questão a se discutir nesta seção, então, envolve a relação da violação positiva do crédito com o cumprimento defeituoso, em especial analisar se seriam realidades distintas ou sinónimas. Desse modo, necessário se faz o confronto das situações descritas por Staub¹⁵ como de violação positiva para analisar a presença da mesma no

ordenamento jurídico brasileiro.

A primeira das situações relatadas por Staub refere-se à violação de deveres de omissão, como o de não alienar determinado item em local especificado. Se a pessoa que se obrigou a não vender o item passa a vendê-lo no local determinado, estaria violando positivamente o contrato. Tais deveres estão essencialmente ligados às obrigações de não fazer.

Esse tipo de obrigação possui um conteúdo negativo, que objetiva a omissão de uma das partes, de tal forma que, nesse tipo de obrigação, o cumprimento é exatamente representado pela não realização de determinada conduta, enquanto o descumprimento possui conteúdo positivo, ou seja, é representado por uma ação, um fazer. Um exemplo típico de obrigação de não fazer é o de artistas (ou personalidades de *reality shows*) que se obrigam a não conceder entrevista a emissora diversa da que transmite o programa. A obrigação de não fazer nesse caso, então, é o artista não conceder entrevista a outra emissora de televisão. Outro exemplo consta em algumas convenções de condomínio fechado que estipulam a obrigação de seus moradores não construírem muros.

Essa gama de situações, porém, não possui qualquer especialidade ou dificuldade de categorização no direito brasileiro e encontra-se inserida no próprio âmbito do descumprimento definitivo, o que conduz à conclusão de que, quanto aos deveres de omissão, a violação positiva não existe no ordenamento jurídico brasileiro ou, ainda, no português¹⁶.

Cabe examinar, então, se existiria o cumprimento defeituoso de tais obrigações, ou ainda, a possibilidade de uma realização parcial. No entanto, na obrigação de não fazer, a omissão existe ou não existe; não há meio-termo, nem omissão parcial.

Assim, se o artista do exemplo acima concede entrevista à própria emissora de televisão com a qual contratou, está a cumprir o contrato, pois não concedeu entrevista à emissora diversa. Contudo, se o artista aceita ser entrevistado por emissora diversa, deixa ele de se omitir totalmente e descumpra a obrigação de não fazer que tinha se comprometido.

8. Da Boa fé...cit., p. 594/595.

9. Lembram dessa crítica Menezes Cordeiro, Da boa-fé...cit., p. 597 e Jorge Cesa Ferreira da Silva, in Inadimplemento...cit. p. 43.

10. Apenas para situar o leitor, seu escrito data de 1980.

11. Violação...cit., p. 141. Em escrito posterior, porém, Menezes Cordeiro defende posicionamento contrário ao afirmar que “deve considerar-se como integrando hipóteses de violação positiva do contrato, os casos de cumprimento defeituoso da prestação principal, de incumprimento ou impossibilitação de prestações secundárias e de violação de deveres acessórios”, in Da boa-fé...cit., p. 602.

12. Vide Sérgio Savi, Inadimplemento das Obrigações, Mora e Perdas e Danos, in Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro, 2005, p. 467 e Marcos Jorge Catalan, Descumprimento contratual: modalidades, conseqüências e hipóteses de exclusão do dever de indenizar. Curitiba, 2005, p. 161.

13. Nesse sentido, vide Jorge Cesa Ferreira da Silva, Inadimplemento...cit., p. 44. De-

fendem-na em âmbito português Menezes Cordeiro, Violação...cit. e Antunes Varela, Das Obrigações em Geral. Vol. II. E em âmbito brasileiro: Paulo Lôbo, Teoria...cit. e Jorge Cesa Ferreira da Silva, Inadimplemento...cit., p. 44, que destaca, porém, a necessidade de “aclimatação” da figura.

Em sentido contrário, Pedro Romano Martinez defende que a violação positiva do direito não tem tido aceitação fora da Alemanha e, ainda nesta, já se defende que a mesma não tem a dimensão inicial, Cumprimento...cit., p. 60.

14. Cumprimento...cit., p. 66.

15. Segundo Pedro Romano Martinez, os exemplos de Staub podem-se resumir a sete situações distintas em que a violação positiva do direito teria aplicação, Cumprimento...cit., p. 61. São essas sete situações que nos limitaremos a analisar.

16. Nesse sentido, Pedro Romano Martinez, Cumprimento...cit., p. 61 e Menezes Cordeiro, Da boa-fé...cit., p. 597.

Não há possibilidade de prestar «mal» ou com defeito esse tipo de obrigação: ou ela é prestada integralmente ou não é. Portanto, do mesmo modo que inexistente violação positiva de deveres de omissão no ordenamento jurídico brasileiro, também inexistente a figura do cumprimento defeituoso relacionado a esses deveres¹⁷.

O segundo conjunto de situações descritas por Staub diz respeito à violação de deveres de cuidado e de proteção, como ocorre quando um comerciante vende um artigo elétrico sem avisar o comprador acerca da existência de um componente explosivo, vindo o mesmo a explodir e gerar danos para o adquirente. Segundo Pedro Romano Martinez, “é nestes chamados danos subseqüentes (*Begleitschaden*) que a figura da violação positiva do contrato tem tido, na Alemanha, um vasto campo de aplicação”¹⁸, o que se faz compreensível na medida em que a responsabilidade extracontratual não é muito abrangente na Alemanha. De acordo com Menezes Cordeiro, “a natureza fragmentária do Direito delitual alemão deixa numerosas hipóteses sem cobertura”¹⁹.

Contudo, o mesmo não ocorre no Brasil, visto que nesse sistema jurídico estabeleceu-se inicialmente uma regra geral de responsabilidade extracontratual, onde a ninguém é permitido causar dano a outrem (*neminem laedere*). Quem o causa é, então, responsável pelo seu ressarcimento. O ordenamento jurídico português possui a mesma solução, pelo que se infere do art. 483º do CC Pt.

Desse modo, o comerciante que vendeu o artigo elétrico sem alertar o adquirente da presença de explosivos e esse teve sua loja danificada em virtude da explosão do item adquirido, vai ser responsável pelos danos que o adquirente suportou, seja pela responsabilidade contratual, se for o caso, seja pela responsabilidade extracontratual, pois cometeu ato ilícito (omitiu-se voluntária e negligentemente e violou o direito que o adquirente possuía de lhe não serem causados danos) e causou dano, a princípio, apenas material (art. 927, CC Br). Assim, não há essa situação de violação positiva do contrato no ordenamento jurídico brasileiro, visto que o regime jurídico aplicável será o da responsabilidade contratual ou o da extracontratual, a depender da situação concreta.

O terceiro grupo de situações mencionadas por Staub refere-se à violação de deveres acessórios de conduta²⁰, a exemplo do dever de informação, como ocorreria se uma empresa fornecesse informações incorretas acerca da solvência de um cliente a uma firma concorrente.

Diferentemente do CC Pt (art. 485º), o CC Br não traz um regime geral no tratamento da matéria. O único

momento que estipula um dever de informação é quando trata do contrato de transporte de coisas no seu art. 745, entretanto, essa já se trata de uma responsabilidade contratual, portanto, diversa da hipótese explanada.

No exemplo fornecido não seria necessária a defesa da existência da violação positiva do direito no ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que se poderia facilmente enquadrar o caso descrito na regra geral da responsabilidade extracontratual, qual seja, a de que ninguém pode causar dano a outrem ou, ainda, enquadrá-lo como um ato de concorrência desleal, mais especificamente como uma tentativa de prejudicar os negócios alheios (art. 290, CPI Br), o que contraria os usos honestos (regra geral) e que não deixa de aplicar o regime da responsabilidade extracontratual.

Igualmente, no direito português, aplicar-se-ia a mesma fórmula. Inicialmente aplicar-se-ia o art. 485º ou, ainda, se necessário, a aplicação do art. 260 do Código de Propriedade Industrial português, na tentativa de enquadrar a situação como um ato de concorrência desleal, por um dos seus nove subtipos ou pela utilização da regra geral dos usos honestos, constante em seu *caput*.

Por todo o exposto, percebe-se que as violações positivas do crédito, quanto aos deveres laterais, também não possuem razão de ser no espaço jurídico brasileiro, posto que, se não configurarem hipóteses de cumprimento defeituoso, são facilmente enquadráveis na responsabilidade extracontratual.

O quarto grupo de exemplos de Staub seria a violação a apenas um dever de entrega em um contrato de fornecimento continuado de produtos, como ocorreria se em um mês a cervejaria entregasse ao comerciante uma cerveja de pior qualidade. Para Pedro Romano Martinez, essas seriam situações típicas de incumprimento no direito português²¹. No direito brasileiro, por sua vez, poder-se-ia estar diante de uma situação de incumprimento definitivo, ou ainda de mora, a depender da utilidade da prestação ao credor. Daí, conclui-se que esse grupo de violações positivas do crédito também não existe no direito brasileiro (assim como no português).

Outra gama de situações estabelecida diz respeito às declarações antecipadas de não cumprimento da prestação. Segundo Pedro Romano Martinez, essas declarações, por si, não representam qualquer violação ao contrato e se o devedor não efectuar a prestação devida no momento em que esta se vence, estar-se-ia diante de um incumprimento²².

Esse problema, porém, não possui uma solução

17. Parece seguir entendimento semelhante, mas apenas relativo à mora, Arruda Alvim, *Direito Privado*. São Paulo, 2002, p. 163.

18. *Cumprimento...cit.*, p. 61.

19. *Da boa-fé...cit.*, p. 599

20. Um tratamento mais específico dos deveres acessórios de conduta pode ser encon-

trado em nosso *Cumprimento defeituoso no ordenamento jurídico brasileiro*. Dissertação de Mestrado. Lisboa, 2008.

21. *Cumprimento...cit.*, p. 63.

22. *Cumprimento...cit.*, p. 63.

tão linear, visto que uma parte que recebe uma declaração de que a outra parte não cumprirá sua obrigação contratual pode realizar providências para suprir eventual descumprimento que lhe gere prejuízos. Por exemplo, se uma floricultura contrata com um produtor de flores a entrega de mil flores de determinada espécie para um dia especificado, haja vista a necessidade de utilização em uma festa e, uma semana antes da data acordada, o produtor de flores envia-lhe uma declaração de que não irá mais entregar as flores que se haviam convencionado, não poderá a floricultura considerar o contrato incumprido apenas se as flores não forem entregues no dia da festa, nem esperar para contratar outro produtor que realize a entrega das flores apenas depois do não cumprimento da obrigação. Essas hipóteses violam, sim, o contrato, mas essa violação não representa uma violação positiva, nem um cumprimento defeituoso, visto que nenhuma ação visando ao cumprimento da obrigação fora adotada, razão pela qual se trata mesmo de incumprimento definitivo, mas antecipado do contrato.

Ainda é mencionado por Staub um sexto grupo de situações, relacionadas com a culpa *post pactum finitum*, res- peitantes à violação de deveres laterais que subsistem após a realização da prestação principal, como a obrigação de não divulgar segredo para concorrente, mesmo após o término da relação de trabalho. Após o cumprimento da obrigação principal, por exemplo, o fornecedor do produto ou serviço detém o dever de informação de acordo com o que prescreve o art. 10, §1º, do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Por esse dispositivo, o fornecedor de produtos e serviços que, após a introdução dos mesmos no mercado de consumo, tiver conhecimento da periculosidade que apresentem, deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários, que deverão ser veiculados na imprensa, rádio e televisão (§2º, art. 10, CDC).

Se a proibição à determinada conduta positiva ou negativa estiver expressa no contrato e se realizar, será considerado um cumprimento defeituoso, ainda que a prestação principal tenha sido adimplida, aplicando-se o regime da responsabilidade contratual, por violação expressa do contrato. Por outro lado, havendo omissão contratual, aplicar-se-á a responsabilidade extracontratual, por caracterização de ato ilícito, nos termos do art. 187 do CC Br.

Por fim, o último grupo de exemplos diz respeito especificamente às hipóteses de cumprimento defeituoso propriamente dito. Como dito anteriormente, o surgimento da violação positiva do direito na Alemanha se faz compreensível na medida em que a responsabilidade extracontratual não é muito abrangente. Contudo, o mesmo não ocorre nem no Brasil nem em Portugal, visto que, nesses sistemas jurídicos, estabeleceu-se inicialmente uma regra geral de responsabilidade extracontratual, onde a ninguém é permitido causar dano a outrem (*neminem laedere*).

As situações não abrangidas pela responsabilidade contratual encontram guarida na responsabilidade extracontratual. Assim sendo, inexistem situações que não se enquadram nesses dois conceitos, postos pelo próprio CC Br, como ocorre na Alemanha. É por isso que não se justifica a criação no Brasil de uma figura autônoma que abarque as hipóteses que não se enquadram na responsabilidade extracontratual ou na contratual, pois todas as hipóteses que justificaram a criação da violação positiva do crédito na Alemanha já estão presentes no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive o cumprimento defeituoso.

Destarte, adotar a posição de heterogeneidade da violação positiva do direito nos moldes em que foi criada seria, também, defender a existência de uma terceira espécie de responsabilidade, diversa da extracontratual e da contratual. Seria, igualmente, apoiar a existência de uma quarta espécie de inadimplemento, diversa do incumprimento, da mora e do cumprimento defeituoso, quando de fato a violação positiva não possui conceito, características e elementos necessários para se autonomizar dessa forma no ordenamento jurídico brasileiro.

Isso conduz, então, a duas conclusões: 1. não admitir a existência da violação positiva do direito nos moldes criados por Staub ou 2. admiti-la, dando-lhe conceito reduzido às hipóteses de cumprimento defeituoso, ou seja, defendendo a identidade dos conceitos. Nenhuma das conclusões interfere na existência do cumprimento defeituoso como categoria autônoma de inadimplemento, portanto, tratar-se-á, apenas, de uma opção. Optamos pela segunda conclusão, por entender que os termos violação positiva do direito e cumprimento defeituoso partem do mesmo pressuposto de que houve uma ação dirigida à realização da prestação, contudo, imperfeita, que não representa: i. nem o inadimplemento do contrato; ii. nem seu incumprimento; iii. nem a mora.

4. PRESSUPOSTOS

4.1. CUMPRIMENTO

O primeiro pressuposto do cumprimento defeituoso é exatamente o cumprimento da prestação. Eis que, se nenhuma ação dirigida à realização da prestação houver, não há que se falar em cumprimento defeituoso. Se a obrigação era de entregar um bolo e o bolo não foi entregue, estaremos diante de outra espécie de inadimplemento, diversa do cumprimento defeituoso. Para que haja o cumprimento defeituoso, então, há de existir uma conduta que represente um ato completo conducente à execução da obrigação.

O cumprimento da obrigação, por outro lado, não pode ser exato, ou seja, não pode corresponder exatamente ao que se havia estipulado, pois corresponderia ao inadimplemento da obrigação, acarretando a satisfação do credor e a extinção da dívida. Desse modo, se restar estipulado que se deve entregar um bolo de chocolate de

três andares com cobertura de caramelo e o bolo entregue possuía as mesmas características convencionadas e não possuía qualquer vício, a obrigação foi adimplida e há de ser extinta.

Contudo, não é tão fácil identificar a fronteira entre uma obrigação cumprida e uma obrigação cumprida defeituosamente, até mesmo porque, entre uma e outra, ainda existe uma terceira figura, que parece muito com o cumprimento defeituoso, mas se encontra no âmbito do adimplemento. É o adimplemento substancial, que se trata de uma espécie de adimplemento, mas se distingue por não corresponder totalmente ao quadro obrigacional. Entretanto, no adimplemento substancial, a parte descumprida não é substancial, contrariamente ao cumprimento defeituoso²³.

Eis que, para saber se a hipótese fática concreta representa um cumprimento defeituoso, a primeira indagação é se houve cumprimento ou não da obrigação, ou seja, se alguma conduta por parte do devedor foi direcionada à realização da prestação. Sendo a conclusão positiva, caberá analisar se esse cumprimento representa o adimplemento, o adimplemento substancial ou o cumprimento defeituoso. Notem que todas essas figuras possuem como primeiro pressuposto o cumprimento da obrigação. No entanto, estão localizadas em âmbitos diversos e geram conseqüências assaz díspares. Enquanto o adimplemento e o adimplemento substancial estão abrangidos no âmbito do adimplemento, não gerando responsabilidade alguma para o devedor, o cumprimento defeituoso encontra-se inserido no inadimplemento e acarreta a responsabilidade do mesmo.

Uma vez preenchido o primeiro pressuposto, resta analisar se a prestação é defeituosa e, posteriormente, a gravidade do defeito para podermos restar seguros de que não se trata nem de adimplemento total nem substancial da obrigação.

4.2. DEFEITO

O significado jurídico de defeito, além de comple-

xo, pode variar muito. A complexidade jurídica da terminologia é facilmente identificada quando da constatação da inexistência de definição do simples termo «defeito» em dicionários jurídicos de relevo²⁴.

No CC Br, o art. 441 (e ss.) estabelece que os termos «vício» e «defeito» são sinônimos, na medida em que, ao tratar dos vícios redibitórios, estipula que a coisa recebida pode ser enfeitada “por vícios ou defeitos ocultos”.

No CDC, por outro lado, defeito não é sinônimo de vício e apenas compreende as situações que comprometem a segurança do produto ou serviço, gerando danos. Tanto que a responsabilidade gerada por um defeito denomina-se “responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço”, enquanto a denominada “responsabilidade por vício do produto ou do serviço” apenas abrange as situações que não estão relacionadas à falta de segurança ou à ocorrência de danos²⁵. Ambas responsabilidades diferenciam-se quanto ao responsável, quanto aos prazos prescricionais e decadenciais e quanto às conseqüências que geram²⁶. Corroborando a diferenciação, o legislador estipulou no §1º do art. 12 do CDC que o produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera.

Pedro Romano Martinez conecta a noção de defeito ao atributo da qualidade²⁷. Numa noção ampla, seria o desvio da qualidade devida e, dentro dessa, numa noção objetiva de desvio de qualidade normal de coisas daquele tipo. Ele próprio reconhece, todavia, que a noção objetiva é limitada, razão pela qual necessário o desenvolvimento do sentido subjetivo de defeito, que seria aquele onde a coisa não possui as qualidades que o credor poderia dela legitimamente esperar, ainda que “o devedor nada tenha prometido”²⁸. Seria, inclusive, essa a noção que incidiria nos contratos de compra e venda e de empreitada.

Se por qualidade se abrange tudo (qualidade *stricto sensu*, quantidade e não correspondência em sentido amplo), ligar defeito à qualidade possui o aspecto positivo de que restaria difícil refutar algo que não se enquadre nessa noção ampla de qualidade.

23. Maiores esclarecimentos, vide nosso Cumprimento...cit.

24. A exemplo dos elaborados por Ana Prata e por Rodrigues Nunes, Dicionário Jurídico. Coimbra, 1997, p. 323/324 e Dicionário Jurídico RG – Fênix. São Paulo, 1997, p. 130, respectivamente.

25. Nesse sentido, José Geraldo Brito Filomeno define defeito como “anomalias constatadas em produtos e serviços que não apenas os tornem inadequados aos fins a que se destinam, como também causados danos aos seus consumidores, ou então representam risco à vida, saúde ou segurança dos efetivos ou potenciais consumidores”, Manual de Direitos do Consumidor, São Paulo, 2005, p. 173. Já o vício seria a anomalia que torna a coisa ou o serviço inadequado ao fim a que se destina.

26. Na responsabilidade pelo fato do produto ou serviço, quem responde é o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador, sendo que o comerciante só responde, nos termos do art. 13 do CDC: i. se o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados; ii. se o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador e iii. se ele não conservar adequadamente os produtos perecíveis. O prazo é prescricional de cinco anos e abrange todos

os danos que o consumidor (ou o equiparado a consumidor) tiver.

Já na responsabilidade por vício do produto ou serviço quem responde são todos os fornecedores do produto ou do serviço viciado, inclusive o comerciante, nos termos do art. 3º do CDC. O prazo é decadencial de trinta dias para os produtos não duráveis e de noventa dias para os produtos duráveis, segundo o que dispõe o art. 26 do CDC. As conseqüências estão listadas no art. 18, *caput* e §1º e gera a obrigação de o consumidor inicialmente requerer a substituição das partes viciadas e, apenas e tão-somente, se as partes viciadas não forem substituídas no prazo de trinta dias é que o consumidor poderá, à sua escolha, requerer a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso; a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos ou o abatimento proporcional do preço.

Ambas as espécies de responsabilidade civil do CDC são objetivas, ou seja, independem da existência de culpa.

27. Cumprimento...cit., p.163.

28. Cumprimento...cit., p. 165.

Concomitantemente, esse também termina sendo o seu aspecto negativo, na medida em que fica extremamente obscuro explicar um termo vago, como o é o defeito, com outro ainda mais vago, como o é a qualidade, e que não o define. A noção de defeito ligada à qualidade, então, termina por gerar alguns problemas, a nosso ver, insuperáveis.

O primeiro diz respeito ao próprio conceito de qualidade e ao que, efetivamente, ela está relacionada: se à coisa ou à prestação. Além do mais, se a noção de qualidade é restrita somente à coisa, ligar o defeito apenas à qualidade seria limitar em demasia sua noção, haja vista que pode existir defeito na prestação sem que ocorra qualquer ligação com a qualidade, como no caso do mandatário que, ao cumprir seus poderes de negociar uma dívida para o mandante, estipula um índice ou uma taxa de juros mais onerosa. Tal também ocorreria na hipótese de violação de alguns deveres acessórios de conduta, como o de proteção.

Em sentido amplo, defeito corresponde a uma falta no esquema obrigacional. Corresponde a uma desconformidade entre o ser e o dever ser. O defeito trata-se, então, de uma não correspondência entre o que deveria ser prestado através de lei ou de convenção e o que se obteve. Pode incidir tanto na prestação quanto na coisa ou no serviço.

4.3. SUBSTANCIALIDADE DO DEFEITO (PRINCÍPIO DA SUBSTANCIALIDADE)

Não é qualquer divergência que caracteriza o defeito. A não correspondência há de ser substancial, ou seja, relevante juridicamente. Essa é, inclusive, a grande diferença entre o adimplemento substancial e o cumprimento defeituoso. Naquele, a parte descumprida não é substancial; no cumprimento defeituoso, por outro lado, ela é substancial.

Após a verificação da existência de um defeito, o próximo passo é descobrir se ele é juridicamente substancial. Não se pode defender a gravidade do defeito na falta de duas lantejoulas na parte inferior de um vestido coberto delas ou ainda do não pagamento de um centavo em uma dívida de quinhentos reais. Apesar de nessas duas hipóteses os dois primeiros pressupostos encontrarem-se presentes, inexistente gravidade no defeito, razão pela qual não há que se falar em cumprimento defeituoso, mas em adimplemento substancial.

Fática ou economicamente, a inexistência das lantejoulas ou do centavo até poderia existir, mas juridicamente ela não representa uma violação razoavelmente substancial no quadro obrigacional. Trata-se da aplicação do aforismo *de minimis non curat praetor*, ou seja, o Juiz

(pretor) não cuida de coisas pequenas, mínimas ou sem importância. Esse aforismo se traduz no que denominamos de princípio da substancialidade no âmbito cível. Esse princípio se aplica a todo o âmbito obrigacional e representa a necessidade de verificação da relevância de um defeito como forma de delimitar a diferença entre o adimplemento (substancial) e o inadimplemento (em especial o cumprimento defeituoso).

Para ser considerado inadimplemento (*lato sensu*), então, o defeito tem que ser importante; grave. Do contrário, apesar da existência de um defeito, ele não merecerá a tutela do ordenamento jurídico, por ser desprezível e não violar gravemente o quadro obrigacional. Seguindo o princípio da substancialidade, assim, apenas aqueles defeitos que violam de modo razoavelmente considerável o quadro obrigacional preencheriam esse requisito.

A verificação da substancialidade do defeito deve ser feita de modo objetivo e não subjetivo. De acordo com João Baptista Machado, a objetividade constitui a relevância “do interesse afectado pelo incumprimento *objetivamente*, com base em elementos susceptíveis de serem valorados por qualquer outra pessoa (designadamente pelo próprio devedor ou pelo juiz), e não segundo o juízo valorativo arbitrário do próprio credor”²⁹.

Seguindo entendimento de João Baptista Machado, acreditamos que o primeiro aspecto para medir a gravidade do incumprimento seria a extensão da inexecução – que tanto pode ser total ou parcial, definitiva ou temporária. O segundo aspecto seria a importância da obrigação violada, que “pode aferir-se, já pelo significado ou posição dessa obrigação no quadro contratual tomado em abstracto, já pelo seu valor no mesmo quadro, tomado em concreto”³⁰, o que permitiria que o incumprimento abrangesse tanto a obrigação principal quanto uma obrigação acessória e, inclusive, deveres acessórios de conduta. Entretanto, considerado o quadro contratual «em concreto», a gravidade da obrigação infringida há de ser pautada por alusão ao interesse do credor, no caso do ordenamento jurídico português ou da utilidade da prestação, no caso do ordenamento jurídico brasileiro.

5. CONCLUSÃO

O cumprimento defeituoso é caracterizado pelo cumprimento da prestação, só que com defeitos ou inexacto, não correspondendo integralmente ao conteúdo obrigacional. Ele se localiza no âmbito do inadimplemento, ao lado do incumprimento definitivo e da mora, como uma terceira categoria.

A maior parte da doutrina brasileira e portuguesa defende a existência da violação positiva do cré-

29. Pressupostos...cit., p. 137.

30. Pressupostos...cit., p. 131

dito, no entanto, como sinônimo de cumprimento defeituoso (imperfeito ou ruim), sem perfazer qualquer diferenciação deste com a violação positiva do crédito. De fato, a violação positiva do crédito, analisada de acordo com sua origem, é bastante diversa do cumprimento defeituoso, na medida em que, para Staub, este seria apenas uma das situações que corroboravam a existência da violação positiva do crédito, mas não representavam sinônimos. No entanto, atualmente, a violação positiva do crédito só se encontra presente no ordenamento jurídico brasileiro como sinônimo de cumprimento defeituoso.

O primeiro pressuposto do cumprimento defeituoso é exatamente o cumprimento da prestação. Eis que, se nenhuma ação dirigida à realização da prestação houver, não há que se falar em cumprimento defeituoso. O segundo pressuposto é o defeito na prestação, ou seja, uma não correspondência entre o que se estipulou e o que se obteve, podendo incidir tanto na prestação quanto na coisa ou no serviço. Mas não é qualquer discrepância que caracterizará o cumprimento defeituoso; ela há de ser substancial, ou seja, relevante juridicamente. A verificação da substancialidade do defeito deve ser feita de modo objetivo e não subjetivo.

6. REFERÊNCIAS

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Extinção dos contratos por incumprimento do devedor. 2ª ed. – Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2004.
- ALVIM, Arruda. Direito Privado. Vol. 1. In: Coleção Estudos e Parcerias II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- ANTUNES VARELA, João de Matos. Das obrigações em geral. Vol II – 7ª ed. – Coimbra: Almedina, 1997.
- ASSIS, Araken de. Resolução do contrato por inadimplemento. 4ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- CATALAN, Marcos Jorge. Descumprimento contratual: modalidades, conseqüências e hipóteses de exclusão do dever de indenizar. Curitiba: Juruá, 2005.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. Manual de Direitos do Consumidor. 8ª ed. – São Paulo: Atlas, 2005.
- GAGLIANO, Pablo Stolze & PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de Direito Civil: Obrigações (abrangendo os Códigos Civis de 1916 e 2002). Vol. II. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- GIORGIANNI, Michele. L'inadempimento. Corso de Diritto Civile. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1995.
- GOMES, Orlando. Obrigações. Atualizador: Edvaldo Brito. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito das Obrigações. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.
- _____. Teoria Geral das Obrigações. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MACHADO, João Baptista. Pressupostos da resolução por incumprimento, in *Obra Dispersa*. Vol. I. Braga: Scientia Iuridica, 1991, pp. 125 a 193.
- MARTINEZ, Pedro Romano. Cumprimento defeituoso: em especial na compra e venda e na empreitada. Coimbra: Almedina, 2001.
- MENEZES CORDEIRO, Antonio. Violação positiva do contrato. Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 31 de Janeiro de 1980. Lisboa: Ordem dos Advogados Portugueses, 1980.
- _____. Da boa-fé no direito civil. Coimbra: Almedina, 2007.
- MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado: parte especial. Tomo XXVI – 3ª ed. – Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971.
- NUNES, Rodrigues. Dicionário jurídico RG – Fênix. 5ª ed. São Paulo: RG Editores Associados, 1997.
- PRATA, Ana. Dicionário Jurídico. Coimbra: Almedina, 1997.
- RIZZARDO, Arnaldo. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- SAVI, Sérgio. Inadimplemento das Obrigações, Mora e Perdas e Danos, in *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. TEPEDINO, Gustavo (cood). Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 457-488.
- SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. A boa-fé e a violação positiva do contrato. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- _____. Inadimplemento das obrigações: comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil. Mora; Perdas e danos; Juros legais; Cláusula penal; Arras ou sinal. In: REALE, Miguel & MARTINS-COSTA, Judith (coord). Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale. Vol. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

A NOVA REDAÇÃO DO ARTIGO 830 DA CLT E SEU REFLEXO NA REGULARIZAÇÃO PROCESSUAL DA PARTE.

Flavio Pires

Coordenador do Setor Trabalhista da Siqueira Castro Advogados em Pernambuco.

Não é novidade para os escritórios que advogam para grandes grupos corporativos, cujo passivo trabalhista é de grande monta, depararem-se com a seguinte indagação dos respectivos jurídicos internos: **“É necessária a autenticação dos atos constitutivos e dos instrumentos de mandato? O valor pago para estas autenticações oneram muito o orçamento do jurídico!”**. A resposta para tal indagação, consoante entendimento da doutrina e dos recentes julgados, obrigatoriamente deveria ser sim! Outra resposta não caberia aos operadores de direito quanto ao tema, considerando o teor da redação originária do artigo 830 da CLT e maciça jurisprudência dos Tribunais Regionais do Trabalho e do Tribunal Superior do Trabalho. Não são poucas as decisões que denunciam a irregularidade na representação processual da empresa e/ou de seu patrocínio para declarar revelias, confissões ou sequer conhecer de recursos tempestivamente interpostos pelo vício da juntada de cópias não autenticadas.

É correto dizer que referido vício se diagnosticado na primeira instância é absolutamente sanável nos termos do art. 13 do CPC e inteligência do inciso II da Súmula 383 do C. TST. Contudo, tratando-se de vício identificado na fase recursal não será mais possível sua correção ao entendimento de que não se pode considerar o ato recursal como urgente. A referida Súmula 383 do C. TST em seu inciso I é categórica na vedação expressa para regularização na segunda instância.

Vejam os que diz a Súmula nº. 383 do C. TST:

I - É inadmissível, em instância recursal, o oferecimento tardio de procuração, nos termos do art. 37 do CPC, ainda que mediante protesto por posterior juntada, já que a interposição de recurso não pode ser reputada

ato urgente. (ex-OJ nº 311 - DJ 11.08.2003).

II - Inadmissível na fase recursal a regularização da representação processual, na forma do art. 13 do CPC, cuja aplicação se restringe ao Juízo de 1º grau. (ex-OJ nº 149 - Inserida em 27.11.1998). (grifos nossos)

Neste momento, cabe destacar, ainda que a título de discussão, que a referida súmula poderá ser cancelada pelo TST a qualquer momento considerando a inserção do parágrafo quarto ao artigo 515 do CPC pela Lei nº 11276/2006 que admite a regularização de nulidade sanável para prosseguimento do julgamento recursal, o que poderá analogicamente ser aplicada na justiça do trabalho.

Contudo, ultrapassada a questão da possível regularização na esfera recursal, nos parece que esta celeuma há muito instituída na Justiça do Trabalho e que trás grandes prejuízos pecuniários (custo com autenticações) e processuais (revelia, irregularidade de representação e ato inexistente) as partes está com seus dias contados. Através da recente Lei nº. 11.925/2009, publicado em abril de 2009, foi alterada a redação originária do acima referido artigo 830 da CLT. Vigente desde julho de 2009 a nova redação permite que o próprio advogado da parte declare autêntico o documento oferecido em cópia, sob sua responsabilidade pessoal. Vejam os que diz a nova redação do citado artigo:

Art. 830. O documento em cópia oferecido para prova poderá ser declarado autêntico pelo próprio advogado, sob sua responsabilidade pessoal.

Parágrafo único. Impugnada a autenticidade da cópia, a parte que a produziu será intimada para apresentar cópias devidamente autenticadas ou o original, cabendo ao serventuário competente proceder à conferência e certificar a conformidade entre esses documentos. (grifos nossos)

A questão que nos parece relevante é saber se os documentos de representação processual da parte reclamada (procuração, atos constitutivos e substabelecimento) poderão ser enquadrados como documentos para fins de prova na forma prevista no artigo acima transcrito! Parece-nos que sim! Explico:

Inúmeros são os julgados que declaram a irregularidade de representação da parte por força exatamente da redação originária do artigo 830 da CLT, que dizia o seguinte: ***“O documento oferecido para prova só será aceito se estiver no original ou em certidão autêntica, ou quando conferida a respectiva pública-forma ou cópia perante o Juiz ou tribunal”***. Em contrapartida, pela mesma interpretação, nos parece óbvio que a nova redação do citado artigo confere ao advogado o poder de declarar na peça de contestação a autenticidade dos documentos de representação processual da empresa, sob pena de sua responsabilidade pessoal, ficando desobrigada a parte de juntar aos autos as vias originais ou as cópias autenticadas. Impugnados os documentos, como ocorre com outro qualquer, deverá o juiz intimar a parte para apresentar as vias originais ou as cópias autenticadas, conforme prevê o parágrafo único do artigo 830 da CLT.

Com efeito, para dar maior efetividade a esta prática seria prudente que no próprio instrumento de mandato o outorgante discriminasse especificadamente ao seu mandatário o poder de declarar autêntico qualquer documento juntado aos autos.

Em suma, embora não se tenha ainda um posicionamento pacificado pelo Tribunal Superior do Trabalho ou jurisprudências variadas quanto a este tema específico, nos parece que um problema que atormenta o jurídico interno de grandes empresas, assíduas “clientes” da Justiça do Trabalho, desaparece com a nova redação do artigo 830 da CLT.

A CONCRETIZAÇÃO DA BOA-FÉ NO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

Francisco Arthur de Siqueira Muniz

Advogado, Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, Bacharel pela mesma IES, tendo cursado parte dos créditos da Graduação na Universidade de Coimbra. Ex-Pesquisador Bolsista pelo CNPq.

SUMÁRIO

Introdução. 1. As diferentes acepções da boa-fé. 2. A tópica e o princípio da boa-fé nas relações obrigacionais. 3. A concretização da cláusula geral da boa-fé no direito das obrigações. 4. Conclusões. Referências

INTRODUÇÃO

Fácil observar que a relação obrigacional é concebida e se desenvolve em função do objetivo que lhe confere razão de ser: o cumprimento. Durante todo o procedimento de satisfação das finalidades a que são instituídas as obrigações, certos princípios gerais condicionam o procedimento e se constituem nos alicerces ou linhas fundamentais do direito das obrigações¹. Entre eles, observa-se o princípio da boa-fé.

A boa-fé constitui-se um dos lastros inseridos nas codificações do século passado. No Brasil, ainda na Exposição de Motivos do projeto da novel codificação civil, Miguel Reale consignava a importância de o legislador inculcar no sistema soluções que se arvoreem em “conceitos integradores da compreensão ética, tal como a boa-fé”². A boa fé concretiza-se, portanto, em regras impostas às tra-

tativas negociais que as partes devem observar no cumprimento do vínculo sinalagmático e que complementam o regime legal das obrigações através de uma valoração a ser efetuada pelo julgador³.

Com vistas à justiça concreta do conteúdo dos contratos, ou seja, com o equilíbrio entre os sinalagmas, o novel Código Civil estabelece diversos mecanismos de preservação da harmonia entre as relações obrigacionais, de modo a impor a restauração do equilíbrio quando restar alterada a posição dos contratantes ou o contexto em que deve ser prestada a obrigação firmada. Subjaz ao procedimento regulatório dos liames obrigacionais realizado pelo magistrado a aplicação da cláusula geral da boa-fé no direito civil para mitigar o princípio da autonomia contratual outrora absoluto, pois, nos dizeres de Antunes Varela,

*mais que o respeito farisaico da fórmula na qual a obrigação ficou condensada, interessa a colaboração leal na satisfação da necessidade a que a obrigação se encontra adstrita. Por isso ele se deve ater, não só à letra, mas principalmente ao espírito da relação obrigacional*⁴.

Instituir um dever geral de agir em de acordo com o princípio da boa-fé constituiu-se importante transformação na práxis do ordenamento jurídico contemporâneo. No contexto do liberalismo político-econômico que permearam as idéias burguesas da Revolução Francesa, a liberdade de contratar e o exercício de direitos subjetivos era absoluto. O individualismo, ao lado da legalidade exegética iluminista e da separação de poderes, formava a base do sistema jurídico vigente⁵, dava uma ampla margem de liberdade àquele que conseguia uma posição de vantagem, tivesse ela origem no contrato ou na lei. A vetusta legislação assegurava ao titular de um direito a faculdade de exercê-lo irrestritamente: sua *voluntas* no exercício dos direitos subjetivos inerentes à relação obrigacional assumida era o único limite.

Dieter Medicus⁶, ao discorrer sobre a evolução histórica do conceito, lembra que a boa-fé origina-se na *bona fides* do direito romano e no Século III A.C. serviu –

1. COSTA, Mário Júlio de Almeida. Direito das obrigações. 7. Ed. – Coimbra: Almedina, 1998, p. 92

2. REALE, Miguel. O projeto de Código Civil – situação atual e seus problemas fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 84

3. LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. Direito das obrigações, Vol I: Introdução; da constituição das obrigações. 2. Ed. – Coimbra: Almedina, 2002, p. 53

4. VARELA, João de Matos Antunes. Das obrigações em geral, Vol. I. 7. Ed. – Coimbra:

Almedina, 1997, p. 12

5. ADEODATO, João Maurício. Teoria dos direitos subjetivos e o problema da positivação dos direitos humanos como fundamento da legalidade constitucional. In ADEODATO, João Maurício; BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco Queiroz (orgs.). Princípio da Legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 85-86

6. MEDICUS, Dieter. Tratado de las relaciones obligacionales, Vol. I. Edição espanhola de Angel Martínez Sarrión. Barcelona: Bosch, 1995, p. 74

pela primeira vez, de fundamento a negócios jurídicos que, apesar de não encontrarem regulamentação nas leis, ao exemplo dos contratos de arrendamento, sociedade e mandato, eram obrigações a que as partes tinham o dever de fidelidade. Distinguiam-se, pois, as obrigações oriundas do direito estrito ou regulamentado pelas leis (*iudicia stricti iuris*), que já prescreviam os critérios de julgamento, daquelas provenientes da *stipulatio* de uma certa res, estas determinadas pela *iudicia bonae fidei*.

Na Idade Média, a fórmula *Treu und Glauben* constituiu a seara da boa-fé nas relações obrigacionais oriundas do mundo germânico, com significações distintas das que marcam o direito romano. Ao invés de traduzir a fidelidade ao pacto, que era uma das acepções da *fides* romana, a cultura germânica introduziu ao instituto as ideias de lealdade (*Treu* ou *Treue*) e crença (*Glauben* ou *Glaube*), as quais se reportam a atitudes humanas objetivamente consideradas e avaliadas, que devem ser entendidas à luz do contexto histórico vigente, permeado pelas tradições cavaleirescas e dos juramentos de honra medievais⁷.

Na contemporaneidade, o Código Civil alemão (BGB) elevou o princípio da boa-fé de modo a subordinar todas as relações obrigacionais aos ditames que se inferem do conceito, derrubando a ideia romana de existência de relações obrigacionais de direito estrito. A noção atual do instituto em nosso país deve-se em grande parte à experiência alemã, que serviu de inspiração ao regramento consolidado pelo novo Código Civil brasileiro. É no desenvolvimento das relações obrigacionais no âmbito contratual que os alemães promoveram a concretização da boa-fé. Estabeleceram-se inúmeros deveres – a partir das construções doutrinárias e jurisprudenciais – a serem observados no transcurso da relação contratual: dever de esclarecimento, de lealdade, de proteção, etc.

A exteriorização dos deveres obrigacionais consubstanciados nos contratos, portanto, ultrapassam o expressamente disposto no papel. Devem ser garantidas as expectativas legitimamente criadas na contraparte, a qual confiou que determinados interesses seus seriam satisfeitos na conclusão do contrato. Nesse sentido, o civilista lusitano Antonio Menezes Cordeiro, aludindo ao *animus* do legislador alemão, sobressaiu “a boa-fé como factor de fortalecimento e de materialização do contrato, ou seja: a boa-fé como necessidade de cumprimento efectivo dos deveres contratuais assumidos, por oposição a cumprimentos formais que não tenham em conta o seu conteúdo verdadeiro”⁸.

Em Portugal, a normatização e definição do conteúdo da boa-fé foram ainda mais além do que o antigo

BGB. O direito civil português positivou uma série de construções desenvolvidas na doutrina e na jurisprudência alemã, que não contavam com previsão geral. Exemplificam a aplicação do princípio da boa-fé no ordenamento lusitano os artigos do Código Civil que tratam da *culpa in contraendo* (art. 227 do CC), da integração dos negócios (art. 239 do CC), do instituto do abuso do direito (art. 334 do CC), da modificação ou resolução do contrato por alteração das circunstâncias (art. 437/1 do CC) e da complexidade das obrigações (art. 762/2 do CC)⁹.

No Brasil, o Código Civil de 1916 não positivou nenhum dispositivo que consagrasse a boa-fé objetiva. Em várias passagens, encontram-se remissões à boa-fé subjetiva, sem que, no entanto, se pudesse retirar do ordenamento jurídico, qualquer adstrição dos contratantes a deveres de conduta no cumprimento das obrigações. A boa-fé encontrava-se, pois, limitada às hipóteses de ignorância escusável no direito de família e no tratamento da proteção possessória¹⁰.

Foi a influência dos novos códigos europeus na doutrina e jurisprudência nacional que introduziu o princípio da boa-fé objetiva na *práxis* do direito brasileiro, apenas positivada em nosso ordenamento após a vigência do Código de Defesa do Consumidor.

O intuito do legislador de delinear no Código de Defesa do Consumidor o princípio da boa-fé objetiva permeia toda a codificação consumerista. A proteção da confiança está inserida nos arts. 30 e 35 do CDC, que tratam do caráter vinculante do fornecedor à publicidade divulgada, a limitação à autonomia contratual através da vedação das cláusulas abusivas pelo art. 51 do CDC, o dever e informação, previsto no art. 31, são exemplos da positivação do princípio da boa-fé no direito brasileiro. Não se pode olvidar que, no âmbito da tutela do direito do consumidor, a proteção que se infere do princípio da boa-fé é mais incisiva do que nas relações estritamente civis, dada a situação de desequilíbrio entre consumidor e fornecedor.

A institucionalização de regras procedimentais que não se encontram delineadas no ordenamento e que devem ser atendidas independentemente de qualquer previsão contratual, é característica de um ordenamento jurídico que superou o normativismo positivista e enxerga no mister do jurista uma atitude que vai além da extração de um suposto sentido intrínseco ao dispositivo legal. Cláusulas gerais desprovidas de conteúdos aprioristicamente delineados pelo legislador, ao exemplo do princípio da boa-fé, permitem a abertura do sistema aos conceitos éticos. A malícia ou a intenção de prejudicar no caso concreto são afastadas pela integração das relações

7. MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópicos no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999, p. 124

8. CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. Da boa-fé no direito civil. Coimbra: Livraria Almedina, 1997, p. 330

9. DUARTE, Ronnie Preuss. A cláusula geral da boa-fé no novo código civil. In Questões controvertidas no novo código civil – Vol. 2. São Paulo: Editora Método, 2004, p. 408.

10. MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 267.

à boa-fé. Das negociações preliminares à execução das avenças e mesmo após o cumprimento das prestações firmadas, remanesce um vínculo obrigacional e deveres recíprocos. Protege-se a confiança que resulta das relações sinalagmáticas, para além dos deveres contratualmente previstos e dos positivados.

A inserção de conceitos juridicamente indeterminados no ordenamento é também uma exigência da complexidade, ante a impossibilidade de o direito pós-moderno prescrever todas as situações juridicamente relevantes, à semelhança da fórmula encontrada no direito romano para as situações não reguladas pelo direito estrito. O princípio da boa-fé constitui, pois, vetor de oxigenação do ordenamento e fator manutenção da “vigência social”¹¹ do sistema, dada sua adaptabilidade ao contexto histórico em que é aplicado, decorrente da inexistência de um sentido pré-estabelecido para o seu conteúdo.

Por ser a boa-fé no Código Civil brasileiro de 2002 um conceito jurídico indeterminado, ante a ausência de definição de seus contornos com objetividade, “não se apresenta pronto para imediata e formal execução, ‘self-executing’”¹². É a insegurança jurídica que pode trazer a transformação desse dever geral de conduta e integração das relações obrigacionais em um mero *topos* legitimador das decisões o que traz ao lume a importância do estudo das características da boa-fé para a sua concretização normativa¹³.

1. AS DIFERENTES ACEPÇÕES DA BOA-FÉ

O ordenamento jurídico acolhe a cláusula geral de boa-fé sob diferentes prismas e lhe atribui efeitos distintos, constituindo-se em um conceito polissêmico que é traduzido nas vertentes objetiva e subjetiva do princípio. A boa-fé subjetiva é definida como o estado de justificada convicção de se ter um comportamento conforme os ditames do ordenamento e que, à medida que interfere na esfera jurídica alheia, pode confirmar ou tornar ilegítima a aquisição de um direito ou posição jurídica. O conceito leva em consideração, por conseguinte, a ignorância de um vício que macula determinado fato jurídico, ao exemplo do devedor que paga ao credor putativo ignorando estar pagando errado (art. 309 do CC)¹⁴. A boa-fé subjetiva consegue convalidar efeitos de atos juridicamente nulos, como o casamento putativo. Para Torquato Castro Junior, “o suporte fático que gera essa eficácia excepcional compreende o ato defeituoso, que entra como ato-fato, ou como fato em sentido estrito, bem como a boa-fé”¹⁵.

A boa-fé objetiva, por outro lado, constitui-se na instituição de regras de conduta, segundo critérios fixados por fontes do direito distintas da lei, especialmente pela doutrina e jurisprudência. O Código Civil de 2002 (arts. 113, 187 e 422) relaciona a boa fé objetiva não só à interpretação do contrato, mas também ao interesse social de segurança das relações jurídicas, uma vez que as partes deverão agir com lealdade, honestidade e confiança recíprocas, de modo a esclarecer os fatos e o conteúdo das cláusulas e procurar o equilíbrio das prestações, evitando o enriquecimento ilícito¹⁶.

A nota distintiva entre os conceitos caracteriza, pois, a acepção objetiva como o princípio da boa-fé e a vertente subjetiva como o estado ou situação de boa-fé¹⁷. Há de se ressaltar, outrossim, que o contrário da boa-fé objetiva não é a má-fé, mas a ausência de boa-fé¹⁸, ao passo que o oposto da boa-fé subjetiva seria a má-fé. De mais a mais, a presença de um estado psicológico de boa-fé, não necessariamente caracteriza a observância do princípio da boa-fé objetiva. Nesse sentido, leciona Cláudio Godoy:

*alguém pode perfeitamente ignorar o indevido de sua conduta, portanto obrando de boa-fé (subjetiva) e, ainda assim, ostentar comportamento despido da boa-fé objetiva, que significa um padrão de conduta leal, pressuposto da tutela da legítima expectativa daquela com quem se contrata. Daí dizer-se que pode alguém estar agindo de boa-fé (subjetiva), mas não segundo a boa-fé (objetiva)*¹⁹.

Delineadas as diferentes acepções da boa-fé e minudenciadas as distinções entre o princípio da boa-fé objetiva e o estado de boa-fé subjetiva, faz-se necessário trazer ao lume o iter percorrido até a concretização da cláusula geral da boa-fé nas relações obrigacionais concretas, evidenciando o papel do raciocínio típico neste mister.

2. A TÓPICA E O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ NAS RELAÇÕES OBRIGACIONAIS:

A inexistência de um conteúdo expresso na lei acerca do âmbito de incidência da cláusula geral da boa-fé não implica dizer que o princípio é mutável e amoldado ao caso conforme a vontade do intérprete, muito menos que se confunde com a equidade, onde a solução preceituada varia de acordo com a situação delineada nos autos e com os preceitos morais do julgador. A objetividade da boa-fé é uma necessidade da

11. LATORRE, Angel. *Introducción al Derecho*. Barcelona: Ariel Derecho, 2003, p. 70

12. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Op cit.*, p. 100

13. Sobre a concretização normativa, vide: MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*, vol 1. 2. ed. – São Paulo: RT, 2009, p. 305

14. NICOLAU, Gustavo Rene. implicações práticas da boa-fé objetiva. In *Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007, p. 115

15. CASTRO JR., Torquato. *A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexis-*

tente. São Paulo: Noeses, 2009, p. 141

16. DINIZ, Maria Helena. *Direito civil brasileiro*, 3º Vol.: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 21. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2005, p. 41-42

17. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Op cit.*, p. 97

18. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações*. 3. Ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 60

19. GODOY, Cláudio. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 104

segurança jurídica, que não fica à mercê da noção de justiça do magistrado ao aplicar o instituto.

Cabe à doutrina e à jurisprudência a fixação do conteúdo material das normas que versem acerca da boa-fé objetiva, ante a sua positivação como um conceito jurídico indeterminado. Ainda assim, o magistrado ou operador do direito não está autorizado a modificar os critérios de aplicação da norma e de decisão conforme o caso. A generalidade dos deveres decorrentes do princípio e sua aplicação isonômica são provenientes da própria teleologia da norma, que visa a garantir a justiça material, não o casuismo jurídico.

Apesar de não estar legalmente definida a boa-fé, não será moldada para suprir os anseios de uma pseudo-fundamentação, um lugar-comum que legitime qualquer ato decisório, perigo a que alertou Menezes Cordeiro ao afirmar em sua tese sobre o assunto que “as cláusulas gerais deixam nas mãos do intérprete-aplicador um poder considerável, perturbando a repartição de poderes entre parlamento e tribunais e constituindo um factor suplementar de insegurança”²⁰. No mesmo sentido, Ronnie Preuss Duarte lembra o entendimento do civilista português Pedro Pais de Vasconcelos sobre dificuldade de se concretizar as cláusulas gerais do direito: “O juízo de boa-fé é sempre profundamente moral e a sua realização enfrenta as mesmas dificuldades de concretização de todos os juízos éticos. O seu critério material é um dado extrajurídico. Constitui uma das janelas do sistema”²¹.

Uma vez que a fundamentação que remeta à boa-fé não tem, de per se, um critério de decisão²², pois as normas jurídicas não são proposições teóricas que, por si mesmas, descrevam realidades²³, a operatividade do princípio da boa-fé decorre de sua aplicabilidade em três vetores funcionais: cânone interpretativo-integrativo, norma de criação de deveres jurídicos e de limitação ao exercício de direitos subjetivos, bem como dever da pessoa em oposição à autonomia como direito do indivíduo²⁴. Em auxílio da concretização das funções atribuídas à cláusula geral da boa-fé, afasta-se o raciocínio puramente lógico-dedutivo e o método axiomático, conjugando-os com o raciocínio tópico, técnica de pensamento orientada por problemas como ponto de partida para o raciocínio, que foi revigorada no pensamento contemporâneo pela obra de Theodor Viehweg²⁵.

A interpretação de cláusulas gerais não se resume, por conseguinte, à subsunção do fato à norma, uma

vez que a norma é destituída de sentido *a priori*. Não se trata, pois, apenas de enquadrar o princípio da boa-fé ao caso, conforme preceitua a lógica kelseniana, mas sim de, sob o ponto de vista do problema concretamente considerado, verificar o que se configura como dever de proceder segundo a boa-fé. A “aplicação” da norma envolve, pois, a problematização semântica do caso, interpretá-lo ativamente²⁶. A atitude tópica é lastrada na aplicação dos *topoi*, noções consensuais acerca de determinadas matérias, que se constituem conhecimentos verificados empiricamente. É a partir dos problemas que surgem os *topoi* ou lugares comuns do direito, que auxiliam o interprete a concretizar as normas, especialmente aquelas cujo significado não é definido pelo ordenamento jurídico, ao exemplo do princípio da boa-fé.

3. A CONCRETIZAÇÃO DA CLÁUSULA GERAL DA BOA-FÉ NO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES:

Apesar de, no desenvolvimento de sua teoria acerca da concretização normativa, Friedrich Müller criticar a racionalidade tópica, a qual considera a norma apenas como mais um *topos* dentre outros²⁷ igualmente aplicáveis para chegar-se à solução do problema, o filósofo não nega que a “tópica e a metódica estruturante dependem uma da outra na *práxis*, que decide sobre o sentido da ciência jurídica”²⁸. Diante de um texto normativo, a tarefa de concretizar a norma jurídica não prescinde, pois, a aplicação do raciocínio tópico à atividade jurisprudencial.

Na concretização da cláusula geral da boa-fé às relações obrigacionais, inúmeros *topoi* são utilizados pela jurisprudência brasileira, ao exemplo da proibição do *venire contra factum proprium*, do *tu quoque*, da caracterização da *supressio* e da *surrectio*, entre outras noções de comportamentos observados a partir da situação delineada no caso concreto. O cotejo dos problemas que chegam ao Judiciário às situações que configuram violação à boa-fé objetiva forma, pois o “catálogo de *topoi*”²⁹ da *práxis* do direito brasileiro, abaixo exemplificado pela jurisprudência do Tribunal de Justiça de Pernambuco e do Superior Tribunal de Justiça.

O dever objetivo de boa-fé é, pois, o princípio que se insere em todos os contratos, obrigando os contratantes a padrões específicos de comportamento. Importante registrar que tais deveres são mútuos entre as partes. Mesmo em relações de consumo, a boa-fé impõe, por exemplo, que um segurado informe corretamente à seguradora seu histórico

20. CORDEIRO, Antonio Menezes. Op. Cit., p. 1184

21. DUARTE, Ronnie Preuss Op. Cit., p. 411.

22. CORDEIRO, Antonio Menezes. Op. Cit., p. 42

23. AARNIO, Aulis. Lo Racional como Razonable – Un Tratado sobre la Justificación Jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 13

24. NEGREIROS, Teresa. Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé. São Paulo: Renovar, 1998, p. 224-260

25. VIEHWEG, Theodor. Tópica e jurisprudência. Brasília: Departamento de Imprensa

Nacional, 1979.

26. CASTRO JR., Torquato. Op. cit., p. 201

27. MÜLLER, Friedrich. O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes. 2. Ed. – São Paulo: RT, 2009, p. 93

28. MÜLLER, Friedrich. Teoria estruturante do direito, vol. I. 2. Ed. – São Paulo: RT, 2009, p. 82

29. ADEODATO, João Maurício. Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica. 4. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 152

clínico anterior à contratação do seguro de saúde, sob pena de violação de um dever acessório³⁰: a obrigação de fazer descrita no contrato firmado junto ao plano de saúde pressupõe, pois, o dever de informação do segurado ao tempo das tratativas negociais; da mesma forma, é uma violação à lealdade na consecução do contrato uma cláusula contratual que, apesar de permitir determinada intervenção cirúrgica, não cobre a utilização de determinada prótese indicada para o fim daquela intervenção³¹. Deixar de oferecer a prótese é uma violação ao princípio da boa-fé objetiva, por ser uma conduta contraditória à execução do contrato firmado, uma deslealdade com o intuito de prejudicar, ainda que encoberto pelo exercício de um aparente direito.

Também os deveres acessórios de lealdade obrigam as partes a evitar a adoção de condutas que possam tornar inútil ou menos valiosa a prestação a que se obrigou. É dizer: os contratantes devem adotar todas as medidas necessárias e possíveis para a satisfação plena da relação obrigacional, de modo que a outra parte receba tudo aquilo que poderia legitimamente esperar do cumprimento da obrigação, levando em consideração os fins econômicos e sociais preceituados pelo ordenamento.

A violação da boa-fé caracteriza-se, pois, pelo exercício de um direito sem benefício efetivo para o titular do direito, com prejuízos para terceiros, ou quando tenham sido olvidadas certas regras de conduta³². A violação também se dá quando não se mantém a relação de confiança legitimamente criada nas relações contratuais, o denominado *venire contra factum proprium*, ou seja, o agente não pode contradizer suas atitudes ou promessas previamente realizadas. O *venire contra factum proprium* é uma das vertentes da teoria dos atos próprios, ao lado da regra do *tu quoque*, traduzida como a violação de uma norma legal ou contratual, seguida de uma tentativa de se aproveitar do ilícito cometido em benefício próprio. Em ambos os casos, a coibição do abuso, da contraditoriedade e do aproveitamento da própria torpeza constituem a finalidade da incidência do princípio da boa-fé³³.

É também necessário lembrar que desencadear a exceção de contrato não cumprido por faltas insignificantes como forma de se eximir de seu dever contratual é uma violação à boa-fé objetiva, pois é forma de auferir vantagem indevida. Não é razoável, por exemplo, que um plano de saúde se abstenha de prover um realizado procedimento necessitado pelo segurado pelo simples atraso de uma mensalidade³⁴, sendo esta atitude reprimida pelo princípio da boa-fé objetiva. Da mesma forma, não se pode reclamar o que de imediato foi restituído (*dolo agit qui petit quod redditus est*)³⁵.

Além dos fenômenos acima descritos que fazem incidir a cláusula geral da boa-fé nas relações obrigacionais, encontra-se a situação denominada *supressio*. Com a *supressio*, sanciona-se a inércia do titular que exercita de forma abusiva e tardia o seu direito, ainda que dentro do prazo prescricional, quando criada a legítima expectativa de que o direito não mais seria exercido, ao mesmo tempo em que se cria uma situação de prejuízos inaceitáveis à parte contrária.

A *supressio* não se confunde, pois, com a prescrição do direito, que se caracteriza como uma objeção de ordem pública instituída contra o titular de um direito subjetivo não exercido no lapso temporal previamente fixado em alguma regra jurídica³⁶.

No caso da *supressio*, o prazo limite para a exigibilidade da obrigação é fixado apenas diante do caso concreto, onde será observado o momento exato em que a exigibilidade do direito subjetivo torna-se uma violação ao princípio da confiança que permeia a cláusula geral da boa-fé. Além de obedecer ao prazo prescricional, toda obrigação deve ser exigida no *kairos* adequado, sob pena de ser declarada inexigível, entendendo-se o *kairos* como um período específico para que seja exercido o direito subjetivo, uma conjuntura limitada temporalmente e que pode nunca mais existir para propiciar a exigibilidade da obrigação³⁷.

O STJ³⁸, ao integrar as relações obrigacionais aos

30. BRASIL, TJPE, 2ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 141751-0, rel. Des. Cândido José da Fonte Saraiva de Moraes. Data do julgamento: 27/02/2007.

31. BRASIL, TJPE, 2ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 140759-2, rel. Des. Cândido José da Fonte Saraiva de Moraes. Data do julgamento: 16/01/2007.

32. DUARTE, Ronnie Preuss. Op. Cit., p. 423

33. MARTINS-COSTA, Judith. Op. Cit., p. 464

34. BRASIL, TJPE, Al unânime, nº 122776-5, rel. Des. Bartolomeu Bueno. Data do julgamento: 27/10/2006.

35. MEDICUS, Dieter. Op cit., p. 77

36. MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado, vol. 6. São Paulo: RT, 1977, p. 100

37. Conceito adaptado da ideia de KIRSTE, Stephan. Constituição como início do direito positivo: a estrutura temporal das constituições. In Anuário dos cursos de pós-graduação em Direito, nº 13, 2003. Recife: UFPE, p. 126

38. Direito civil. Contrato de locação de veículos por prazo determinado. Notificação, pela locatária, de que não terá interesse na renovação do contrato, meses antes do término do prazo contratual. Devolução apenas parcial dos veículos após o final do prazo, sem oposição expressa da locadora. Continuidade da emissão de faturas, pela credora, no preço contratualmente estabelecido. Pretensão da locadora de receber as diferenças entre a tarifa contratada e a tarifa

de balcão para a locação dos automóveis que permaneceram na posse da locatária. Impossibilidade. Aplicação do princípio da boa-fé objetiva.

(...)

- Se o acórdão recorrido estabelece, contudo, que não houve qualquer manifestação do credor no sentido da sua intenção de exercer tal direito e, mais que isso, o credor comporta-se de maneira contraditória, emitindo faturas no valor original, cria-se, para o devedor, a expectativa da manutenção do preço contratualmente estabelecido.

- O princípio da boa-fé objetiva exerce três funções: (i) a de regra de interpretação; (ii) a de fonte de direitos e de deveres jurídicos; e (iii) a de limite ao exercício de direitos subjetivos. Pertencem a este terceiro grupo a teoria do adimplemento substancial das obrigações e a teoria dos atos próprios ('tu quoque'; vedação ao comportamento contraditório; 'surrectio'; 'supressio').

- O instituto da 'supressio' indica a possibilidade de se considerar suprimida uma obrigação contratual, na hipótese em que o não-exercício do direito correspondente, pelo credor, gere no devedor a justa expectativa de que esse não-exercício se prorrogará no tempo.

(...)

Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 953.389/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJe 15/03/2010)

ditames da boa-fé, aplicou em recente aresto a teoria da *supressio* para tornar incabível ação referente à obrigação de pagar quantia certa. O caso versa sobre um contrato de locação de veículos, cujo valor acordado seria inferior à tabela comum. Apesar de realizada notificação prévia do locador pelo locatário acerca de seu desinteresse na continuidade da relação ao fim do prazo contratado, apenas parte da frota foi devolvida, sem oposição do locador, que continuou a emitir faturas dos veículos remanescentes pelo mesmo valor.

O locador deixou transparecer em seus atos a confiança de que a obrigação avençada permaneceria inalterada, apesar das mudanças ocorridas na relação contratual. Ao cobrar posteriormente a diferença dos valores entre a tabela comum e a originalmente acordada, enquadrou-se em caso de *supressio*, pelo que foi declarada a inexigibilidade da cobrança, mesmo após o termo do pacto originalmente acordado e ainda que dentro do prazo prescricional da ação de cobrança.

Por seu turno, para a locatária que utilizou e pagou o serviço contratado pelo valor originalmente avençado, conforme as faturas emitidas pela própria locadora, configurou-se situação denominada *surrectio*, por ter adquirido a eficácia de um direito pela inércia e confiança formada pela atitude da contraparte.

Enquanto nos casos de *supressio* aplica-se o princípio da boa-fé para determinar a supressão da exigibilidade de um direito subjetivo em virtude do não exercício no kairos adequado, na *surrectio* ocorre a manutenção de uma posição jurídica exercida sem oposição durante determinado lapso temporal.

Igualmente inexigível é a obrigação cuja razão única seja causar lesão a terceiro, ante sua inutilidade para o titular do direito. A situação descrita era conhecida pelos romanos como *aemulatio*, considerada abuso de direito e contemporaneamente lastreada no art. 187 do Código Civil brasileiro³⁹.

Todos esses institutos correspondem, portanto, a concretizações, mediante o raciocínio tópico, dos deveres de atuar em conformidade com os ditames da boa-fé, de modo a possibilitar o adequado funcionamento do vínculo obrigacional, em termos de aproveitamento da prestação em sua plenitude, evitando a ocorrência de danos para as partes⁴⁰.

4. CONCLUSÕES

Para Ferraz Junior, “os ordenamentos jurídicos ou sistemas normativos jurídicos são constituídos primariamente por normas (repertório do sistema), que guardam

entre si relações de validade reguladas por regras de calibração (estrutura do sistema)”⁴¹, de modo a permitir o ajuste dinâmico do sistema sem desintegrá-lo, tal qual o termostato de uma geladeira. É graças a estas regras que a coesão do sistema se mantém, ao mesmo tempo em que permite a flexibilidade, rigidez, estabilidade e transformação do ordenamento jurídico. É com base nessa ideia que Torquato Castro Junior⁴² denomina cláusulas gerais como o princípio da boa-fé de “regras de calibração”, pensamento do qual comungamos inteiramente.

Aplicada no âmbito das relações sinalagmáticas, a boa-fé caracteriza-se como uma fórmula extrínseca ao liame obrigacional de limitação ao exercício de direitos subjetivos e flexibilização do princípio da autonomia privada, que carece de concretização pelo intérprete, dada a ausência de sentidos fixados previamente pelo legislador, tarefa relegada às demais fontes do direito. Nesse sentido, a concretização normativa do princípio da boa-fé passa pela atividade do intérprete da norma no sentido de atribuí-lo um sentido técnico, torná-lo menos fluido, para que não subsista apenas como referência ética e metajurídica, aplicando-o no mediante o raciocínio tópico no plano operacional.

REFERÊNCIAS

- AARNIO, Aulis. Lo Racional como Razonable – Un Tratado sobre la Justificación Jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ADEODATO, João Maurício. Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica. 4. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. Teoria dos direitos subjetivos e o problema da positividade dos direitos humanos como fundamento da legalidade constitucional. In ADEODATO, João Maurício; BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco Queiroz (orgs.). Princípio da Legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- BRASIL, STJ, REsp 953.389/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJe 15/03/2010
- _____, TJPE, 2º Câmara Cível, Apelação Cível nº 140759-2, rel. Des. Cândido José da Fonte Saraiva de Moraes. Data do julgamento: 16/01/2007.
- _____, _____, 2º Câmara Cível, Apelação Cível nº 141751-0, rel. Des. Cândido José da Fonte Saraiva de Moraes. Data do julgamento: 27/02/2007.
- _____, _____, AI unânime, nº 122776-5, rel. Des. Bartolomeu Bueno. Data do julgamento: 27/10/2006.
- CASTRO JR. A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente. São Paulo: Noeses, 2009.
- CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. Da boa-fé no

39. MARTINS, Pedro Baptista. O abuso de direito e o ato ilícito. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 18

40. LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. Op cit., p. 55

41. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 6. Ed. – São Paulo: Atlas, 2010, p. 159 e ss.

42. CASTRO JR., Torquato. Op. Cit., p. 139 e ss.

direito civil. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

- COSTA, Mário Júlio de Almeida. Direito das obrigações. 7. Ed. – Coimbra: Almedina, 1998.
- DINIZ, Maria Helena. Direito civil brasileiro, 3º Vol.: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 21. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2005.
- DUARTE, Ronnie Preuss. A cláusula geral da boa-fé no novo código civil. In Questões controvertidas no novo código civil – Vol. 2. São Paulo: Editora Método, 2004.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito das obrigações. 3. Ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 6. Ed. – São Paulo: Atlas, 2010.
- GODOY, Cláudio. Função social do contrato. São Paulo: Saraiva, 2004.
- KIRSTE, Stephan. Constituição como início do direito positivo: a estrutura temporal das constituições. In Anuário dos cursos de pós-graduação em Direito, nº 13, 2003. Recife: UFPE.
- LATORRE, Angel. Introducción al Derecho. Barcelona: Ariel Derecho, 2003.
- LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. Direito das obrigações, Vol I: Introdução; da constituição das obrigações. 2. Ed. – Coimbra: Almedina, 2002.
- MARTINS, Pedro Baptista. O abuso de direito e o ato ilícito. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999.
- MEDICUS, Dieter. Tratado de las relaciones obligacionales, Vol. I. Edição espanhola de Angel Martinez Sarrión. Barcelona: Bosch, 1995.
- MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado, vol. 6. São Paulo: RT, 1977.
- MÜLLER, Friedrich. O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes. 2. Ed. – São Paulo: RT, 2009.
- _____. Teoria estruturante do direito, vol. I. 2. Ed. – São Paulo: RT, 2009.
- NEGREIROS, Teresa. Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé. São Paulo: Renovar, 1998.
- NICOLAU, Gustavo Rene. implicações práticas da boa-fé objetiva. In HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (coords.). Direito contratual: temas atuais. São Paulo: Método, 2007.
- REALE, Miguel. O projeto de Código Civil – situação atual e seus problemas fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1986.
- VARELA, João de Matos Antunes. Das obrigações em geral, Vol. I. 7. Ed. – Coimbra: Almedina, 1997.
- VIEHWEG, Theodor. Tópica e jurisprudência. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

O PROCESSO DE ENSINO, DE APRENDIZAGEM E DE PESQUISA A SERVIÇO DA PRODUÇÃO ACADÊMICA E DO DESENVOLVIMENTO CIENTÍFICO DO DIREITO.

O legado do Professor Everaldo Gaspar Lopes de Andrade.

Inácio Feitosa

Advogado Trabalhista, Especialista em Direito do Trabalho pela ESMA-TRA da 6ª Região (1ª Turma), Mestre em Política Educacional pela UFPE, Doutorando em Direito do Trabalho pela Universidade Pública de Buenos Aires e Professor de Direito do Trabalho na FMN.

A produção acadêmica que vem sendo desenvolvida pelo professor Everaldo Gaspar, ao longo de mais de trinta anos de docência, impressiona os seus pares – juristas que convivem com ele na Academia Nacional de Direito do Trabalho e em outras prestigiadas instituições à que o mesmo pertence, e aos seus colegas de magistério radicados no Brasil, na América Latina e na Europa. Impressiona, sobretudo, os jovens pesquisadores que têm o privilégio de conviver com ele, de visitar a sua biblioteca, serem seus orientandos – na graduação, mestrado e doutorado – de receber, como eu, lições de vida.

De maneira paciente e tranquila, mas de forma determinada, vem, nos seus silêncios e sem alarde, edificando uma nova concepção teórico-filosófica para o Direito do Trabalho, ramo do conhecimento jurídico que abraçou.

A sua trajetória segue a tradição da Velha Faculdade de Direito do Recife – a Casa de Tobias Barreto - e acompanha o longo itinerário daqueles que foram os primeiros a sedimentarem um pensamento original para o Direito do Trabalho. Refiro-me a Joaquim Pimenta, Gentil Mendonça, José Guedes Correia Gondim Filho e Francisco Solano Magalhães. A partir desses quatro mestres, foi possível àquela faculdade formar várias outras gerações de juslaboralistas que vêm produzindo uma literatura original e imprescindível à formação do pensamento jurídico brasileiro¹.

Ao reunir um quadro importante de jovens pesquisadores o professor Everaldo Gaspar vem, juntos com eles, apresentando à comunidade científica dissertações, teses e livros que marcam um verdadeiro divisor de águas entre o velho e novo pensamento jurídico, ou melhor, um corte epistemológico entre os velhos e os novos fundamentos do Direito do Trabalho. Está sempre disposto a escrever prefácios e a recomendar a edição de obras escritas por esses jovens pesquisadores e de seus colegas de magistério.

Este seu perfil implica, antes de tudo, na sua predisposição em disponibilizar novos conhecimentos, bem como numa maneira de provocar debates e instigar àqueles que vivem a vida acadêmica, em buscar novos caminhos.

Como ele mesmo certa vez afirmou metaforicamente: dedicar-se à pesquisa e à abstração é como “um tatear por entre os mundos da vida vivida e da vida acadêmica, alumiando um quase nada”, mas que é preciso “espionar as es-

1. Atualmente, a Faculdade de Direito do Recife conta, neste ramo do conhecimento jurídico, com um corpo docente de altíssimo nível. Dentre esses juristas e doutrinadores que seguem, nas suas respectivas obras jurídicas, essa mesma linha crítica

do direito, é possível assinalar os livros e os artigos publicados pelos professores Eneida Melo, Sérgio Torres, Maurício Rands, Fábio Túlio Barroso e Hugo Cavalcanti de Melo Filho.

trelinhas que pairam na noite escura para descobrir a sua luminosidade, nas caladas da noite, para saber de sua claridão”.

Como diria Rudolf Von Jhering (JHERING: 1968), o direito, ao seguir o seu movimento histórico, apresenta-nos um quadro de lucubrações, de combates, de lutas e de penosos esforços.

Para ele,

O Espírito humano que exerce inconscientemente o seu trabalho de modelagem sobre a linguagem, não encontra resistência violenta, e a arte não tem outro inimigo a vencer senão o próprio passado – o gosto predominante. Mas o direito considerado como causa final, colocado em meio da engrenagem caótica dos fins, das aspirações, dos interesses humanos, deve incessantemente ansiar e esforçar-se por encontrar o melhor caminho e, desde que se lhe depare, deve terraplenar toda a resistência que lhe opuser barreiras. (1968, p. 31).

Depois de legar à comunidade jurídica vários livros e trabalhos, inclusive dois preciosos manuais², passou, na década de 90, a escrever a trilogia Direito do Trabalho Ensaios Filosóficos³. Na década seguinte, apresenta mais duas obras⁴ que marcam a virada gnosiológica, na medida em que problematiza e refuta fundamentos tradicionais do Direito do Trabalho e formula outros que estão centrados em uma nova pauta hermenêutica e novos fundamentos teórico-filosóficos.

Contou, na sua formação acadêmica, com três ilustres figuras, que iluminaram os seus passos, o seu itinerário: José Guedes Correia Gondim Filho, Wagner D. Giglio e Amauri Mascaro Nascimento. Foi aluno desses três grandes juristas. Do primeiro, na graduação, e se tornaria, depois, professor assistente do mestre Gondim, na Universidade Católica de Pernambuco. Foi também aluno dos dois últimos, em curso de pós-graduação. Desses três grandes pensadores, recebeu conselhos, orientações e incentivos. Vários livros escritos por Everaldo Gaspar receberam prefácios destes mestres.

Na primavera de 1985, o Professor Wagner D. Giglio (GIGLIO: 1985) já havia prognosticado a capacidade desse jurista alagoano radicado no Recife:

Irriquieta e gentil, curioso e meticuloso e capaz de abstrações. Gaspar Andrade tem uma inesgotável disposição para o trabalho, um invejável poder de empreendimento e um contagioso entusiasmo pela realização de novas aventu-

ras culturais. Seu interesse intelectual não conhece barreiras nem obstáculos: interessa-se pelo folclore, pelo teatro, pela literatura, pela música, pó todas as formas de manifestação cultura, em suma. E do sobrecarregado Everaldo Gaspar Lopes de Andrade, muito podem esperar os estudiosos do Direito do Trabalho, pois está primeira e excelente obra constitui apenas uma amostra do que – e disso temos plena convicção – será uma longa e profícua carreira na literatura jurídico-trabalhista. (1985, p. 8).

No ano passado, folheando, em sua casa, um livro escrito por Manuel María Zorrilla Ruiz⁵ - catedrático de Direito do Trabalho da Universidade de Deusto -, vi, ali, escrito, uma dedicatória:

A Everaldo Gaspar Lopes de Andrade, amigo muito querido e possuidor de todas as virtudes que concorrem a um esplêndido jurista e uma pessoa extraordinariamente boa e generosa.

Partindo do princípio segundo o qual toda ciência se apropria do seu objeto e que todo enunciado científico se mantém ou se descarta, a partir do binômio confirmação/refutabilidade, afirma ele que a teoria clássica elegeu o trabalho livre/subordinado com o objeto desse ramo do conhecimento jurídico. Para fazê-lo passou a afirmar que, antes, o trabalho era escravo/servil e, agora, é livre/subordinado.

Afirma o aludido professor que, antes, não havia apenas o trabalho escravo/servil, havia, entre aqueles dois, o trabalho propriamente livre. Depois, não se pode falar em trabalho ao mesmo tempo livre e subordinado, sem que se afronte a Lógica Maior de Aristóteles: “uma coisa não pode ser e deixar de ser, ao mesmo tempo e sob o mesmo aspecto”. Ou seja: o trabalho ou é livre ou é subordinado, já que as expressões não se unem, por serem ontologicamente incompatíveis.

Argumenta, ainda, baseado em uma bibliografia atualizada e multidisciplinar que, para a falsa construção desse objeto, a doutrina clássica passou a considerar o trabalho propriamente livre como sinônimo de preguiça e passível de punição pelas leis penais. A glorificação ou a evangelização desse tipo de trabalho – livre/subordinado – tornou-se uma exigência da Sociedade Moderna, que se desenvolveu no seio da Revolução Industrial e que foi disponibilizada para um modelo de desenvolvimento voltado para o racionalismo instrumental a serviço da nascente produção capitalista.

Questiona também as relações coletivas de traba-

2. ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: Saraiva, 1992; ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. Curso de Direito Sindical. São Paulo: LTr, 1991.

3. ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. Direito do Trabalho. Itinerários da dominação. São Paulo: LTr, 1994; ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. Direito do Trabalho. Ensaios Filosóficos. São Paulo: LTr, 1995; ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. Direito do Traba-

lho. Alternativas para uma sociedade em crise. São Paulo: LTr, 1997.

4. ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. Direito do Trabalho e Pós-modernidade. Fundamentos para uma Teoria Geral. São Paulo, LTr, 2005; ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. Princípios de Direito do Trabalho. Fundamentos Teórico-filosóficos. São Paulo: LTr, 2008.

5. YAGÜE, Francisco M. Lledó, RUIZ, M. Zorrilla. Teoría del Derecho. Bibao: Universidad de Deusto, 1974.

lho que, ao longo do tempo, desencadeou um modelo de sindicalismo reformista e que voltou as costas para a sua origem: congregar movimentos emancipatórios, contra-hegemônicos e de caráter universalista. Esta é a razão pela qual problematiza os argumentos da doutrina clássica, quando ela passa a descrever caracteres mais importantes e fundamentais do Direito Sindical, por não mais se encontrarem em consonância que a sua memória histórica: as raízes do próprio sindicalismo, a negociação coletiva como fonte não estatal de formação da norma e a greve enquanto processo emancipatório⁶.

A partir desses novos parâmetros, apresenta novos fundamentos para o Direito Individual do Trabalho, o Direito Sindical e, em resumo, para o próprio Direito do Trabalho como ramo autônomo do conhecimento jurídico.

Daí, em síntese, o seu conceito de Direito do Trabalho:

Ramo do Direito que se ocupa das organizações sindicais e da autonomia privada coletiva – com seu poder de produzir normas de convivência e resolver os conflitos individuais e coletivos de trabalho-, do reconhecimento e da proteção de todas as modalidades e alternativas de trabalho e renda compatíveis com a dignidade e o desenvolvimento da pessoa humana, tendo em conta a liberdade, a solidariedade e a justiça distributiva. (2005: p. 369).

A sua dedicação à causa do direito e da justiça e ao avanço do conhecimento jurídico é motivo de orgulho para todos aqueles que, como eu, têm o prazer e a felicidade de partilhar de sua convivência e dos seus ensinamentos.

Como afirmou a professora Fernanda Lira, ao prefiar uma de suas obras:

Nada assusta o autor. Os diálogos com a filosofia clássica ou a contemporânea, a diversidade do pensamento das fontes pesquisadas, a desconstrução do seu próprio pensamento anteriormente expressado, ou seque a vaidade de seus colegas de profissão, os quais, em nome do desenvolvimento da ciência e do ser humano, ele ousa enfrentar. (2008: p. 16).

Tem razão a aludida professora quando reconhece, dada a complexidade dos temas expostos, que cada aprendiz que teve a sorte de se ver desamparado da constatação de sua própria limitação, passado o choque inicial,

restará, no final de leitura, a alegria e o prazer da percepção que o mundo é vasto. E que não está perdido, pois ainda há quem o encare sem medo, e o decifre. Em nome da expansão do conhecimento e na defesa apaixonada

nada da dignidade humana. (2008: p. 16).

Já o professor alagoano Ricardo Tenório (TENÓRIO: 2008), ao comentar o último livro de Everaldo Gaspar, registrou este depoimento:

Alagoano, como Pontes de Miranda, nasceu e se criou na belíssima e pequenina cidade de Quebrangulo – terra de Graciliano Ramos e de onde saíram também os meus ancestrais. Cidade de casarios antigos, cortada por rios, montes e matas preservadas. Talvez resida aí a sua inclinação para as divagações jurídicas e filosóficas, a sua paixão pela arte, a sua veia poética.

Como todos aqueles que têm o privilégio de conhecer a sua vida, os seus estudos e a sua predisposição para as investigações científicas, conclui:

Se a sua teoria deve ou não ser aceita, pouco importa. O fato é que, a partir de agora, os juslaboralistas não de se debruçar sobre ela, uma vez que a ciência não vive de dogmas, mas de confirmação/refutabilidade. Ou melhor, terão de percorrer o mesmo caminho: problematizar, desconstruir e formular algo diferente”.

Termino essas breves impressões sobre a vida e obra desse jurista alagoano/pernambucano – ele é também cidadão pernambucano, título que lhe foi conferido pela Assembléia Legislativa deste Estado -, afirmando que, para fazer ciência, arte e cultura, é preciso ter como pressuposto, como a priori, a liberdade. Sem ela, a vontade para fazer ciência, arte e cultura já nasce viciada, comprometida⁷.

Em vários momentos de encontros acadêmicos e pessoais ouvi dele, em outras palavras, mas, como o mesmo conteúdo, as seguintes expressões: “Sei que nada me é pertencente, além do livre pensamento” (GOETHE: 1986).

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: Saraiva, 1992;
- _____. Curso de Direito Sindical. São Paulo: LTr, 1991.
- _____. Direito do Trabalho. Itinerários da dominação. São Paulo: LTr, 1994;
- _____. Direito do Trabalho. Ensaio Filosóficos. São Paulo: LTr, 1995;
- _____. Direito do Trabalho. Alter-

6. Procura ele, resumidamente, explicar os fundamentos de sua nova teoria, através de um artigo publicado em 2008. ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. A desconstrução do paradigma trabalho subordinado como objeto do Direito do Trabalho. São Paulo: Revista LTR, Vol. 72, n. 08, agosto de 2008, pp. 913-920.

7. Desde a época da repressão militar, Everaldo Gaspar participa ativamente da vida artística e cultural de Pernambuco. Em 2005, lança o CD Versos, Vialejos e Quebrangulas; em 2010, o CD Para ouvir, curtir e assuntar os cânticos silenciosos da lua cheia. Ambos no Teatro de Santa Isabel e que foram recebidos, com aplauso, pelos críticos locais e nacionais.]

nativas para uma sociedade em crise. São Paulo: LTr, 1997.

- _____ . Direito do Trabalho e Pós-modernidade. Fundamentos para uma Teoria Geral. São Paulo, LTr, 2005;
- _____ . Princípios de Direito do Trabalho. Fundamentos Teórico- filosóficos. São Paulo: LTr, 2008.
- _____ . A desconstrução do paradigma trabalho subordinado como objeto do Direito do Trabalho. São Paulo: Revista LTR, Vol. 72, n. 08, agosto de 2008, pp. 913-920.
- _____ . Versos, viajeiros e quebranguladas. Disco Independente. Recife: 2005.
- _____ . Para ouvir, curtir e assuntar os cânticos silenciosos da lua cheia. Disco/Funcultura. Recife: 2008.
- GIGLIO, Wagner. Prefácio. In: Direito Sindical em perguntas e respostas. São Paulo: LTr, 2005.
- GOETHE, J. M. Poemas. Coimbra: Centelha, 1986.
- JHERING, R. A Luta pelo Direito. Rio: Forense, 1968.
- LIRA, Fernanda Barreto. Prefácio. In: ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. Princípios de Direito do Trabalho. Fundamentos teórico-filosóficos. São Paulo: LTr, 2008.
- TENÓRIO. Orelha. In: ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. Princípios de Direito do Trabalho. Fundamentos teórico-filosóficos. São Paulo: LTr, 2008.
- YAGÜE, Francisco M. Lledó, RUIZ, M. Zorrilla. Teoría del Derecho. Bilbao: Universidad de Deusto, 1974.

TURMA RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS EM PERNAMBUCO

PROC. 0536491-21.2008.4.05.8300

Juiz Relator: FREDERICO AUGUSTO LEOPOLDINO KOEHLER

EMENTA

Administrativo. Advogado da união. Vantagem do art. 8º da lei 10.909/2004 (Vpni). Caráter geral e inerência ao exercício do cargo. Extensão aos demais integrantes da categoria até a data da implantação do regime remuneratório de subsídio em parcela única (29/06/2006). Recurso da união improvido.

Trata-se de recurso inominado interposto pela União, contra sentença que julgou parcialmente procedente o pedido, reconhecendo o direito da parte autora ao recebimento da VPNI prevista inicialmente na MP nº 2.209/2001 e mantida pela Lei nº 10.909/2004, apenas no período compreendido entre a data da posse dos demandantes até 29/06/2006, data da entrada em vigor da MP nº 305/2006.

Entendo que a sentença deve ser integralmente mantida. Explico.

Rejeito a preliminar de incompetência absoluta dos JEFs para a apreciação da causa em tela. Ao contrário do alegado pela recorrente, não se trata de pleito de anulação de ato administrativo federal, o que atrairia a incidência do art. 3º, §1º, inc. III, da Lei nº 10.259/2001. O pleito é de percepção da VPNI, e não de anulação do parecer apontado pela União.

Igualmente, rejeito a alegação sucessiva da recorrente de que o ônus da execução teria sido erroneamente atribuído à ré. Agiu corretamente o juízo a quo ao estipular que: “Deve a União Federal informar o valor pago aos membros da mesma categoria do autor – no período descrito - a título de VPNI, para fins de elaboração do cálculo das diferenças devidas”. Passo à análise do mérito propriamente dito.

Como bem narrado na própria sentença: “Em 06 de setembro de 2001 foi editada a MP 2.229-43, dispondo sobre a criação, reestruturação e organização de carreiras, cargos e funções comissionadas técnicas no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional. Visando garantir a irredutibilidade nominal dos vencimentos decorrente da nova sistemática, o art. 63 da aludida espécie normativa, atualmente com redação dada

pela Lei 10.549/01, garantiu, em caso de redução da remuneração em decorrência da sua aplicação, o pagamento da diferença a título de VPNI, vantagem esta que seria absorvida no futuro. Posteriormente, foi editada a Lei 10.909/04, prevendo o seu art. 8º que a aludida VPNI – a prevista no art. 63 da MP 2.229-43/01 - não seria mais absorvida pelo novo patamar remuneratório previsto na citada lei. A partir de então, portanto, por força da nova disposição legal, a verba foi transmutada de transitória para definitiva e, penso, de caráter individual para geral.”

A justificada insurgência dos autores reside no fato de que a VPNI foi mantida apenas para os membros da AGU que a recebiam por terem ingressado no cargo antes 06/09/2001, discriminando os advogados públicos da mesma classe/categoria ingressos posteriormente na carreira. Houve, assim, tratamento diferenciado para indivíduos em situação idêntica, violando-se o princípio da isonomia.

De fato, a Lei nº 10.909/04 dividiu a carreira dos advogados públicos federais em 03 categorias, sem qualquer subdivisão em cada uma delas. Assim, descabe o pagamento de remuneração diversa para os integrantes de uma mesma categoria. A data da posse não pode servir de discrimen para a remuneração mensal, uma vez que se trata de servidores enquadrados em um mesmo cargo e em idêntica categoria. A antiguidade não é prevista em lei como fato gerador, por si só, de vencimentos diversos para os advogados público federais.

Ademais, como esposado na sentença: “Ressalto que o entendimento previsto na Súmula n. 339 do STF não se aplica ao caso, em desfavor da parte autora, pois não se trata de conceder aumento salarial em função de comparação entre categorias distintas de servidores públicos,

mas de aplicação de vantagem geral para todos os membros de determinada carreira do serviço público”.

Por fim, registre-se que a percepção da VPNI pelos demandantes deve vigorar apenas no período compreendido entre a data da respectiva posse até 29/06/2006, data da entrada em vigor da MP nº 305/2006. Isso porque, com a edição da referida Medida Provisória, convertida na Lei nº 11.358/06, novamente alterou-se a estrutura remuneratória das carreiras da Advocacia Pública Federal, fixando-se a remuneração por meio de subsídio, fixado em parcela única, sendo vedado – a partir de então – o acréscimo de quaisquer parcelas a título de gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, inclusive, a VPNI. A questão do termo final de percepção da VPNI já se encontra inclusive pacífica pela TNU (v.g., o Incidente de Uniformização de Lei Federal no Processo nº 200570540000980, Data da decisão: 25/02/2008, DJU 17/04/2008, relator Juiz Federal Edilson Pereira Nobre Júnior).

Recurso inominado da União improvido. Sentença confirmada por seus próprios fundamentos.

Honorários advocatícios fixados na ordem de 10% (dez por cento) do valor da condenação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, decide a Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais de Pernambuco, por unanimidade, NEGAR PROVIMENTO ao recurso, nos termos da ementa supra.

Recife/PE, data da movimentação.

FREDERICO AUGUSTO LEOPOLDINO KOEHLER
Juiz Federal Relator

TRT - 1º TURMA

PROCESSO TRT Nº 01362-2008-020-06-00-5 (RO)

Órgão julgador: 1ª TURMA

Relator: JUIZ IBRAHIM ALVES FILHO

Recorrente: ARTUR JOSÉ BRAGA DE MENDONÇA

Recorrido: COMPANHIA BRASILEIRA DE TRENS URBANOS – CBTU

Advogados: ABEL LUIZ MARTINS DA HORA E FÁBIO PORTO ESTEVES

Procedência: 20ª VARA DO TRABALHO DE RECIFE – PE

EMENTA: DIREITO DO TRABALHO. PROCESSO TRABALHISTA. ASSÉDIO MORAL. VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA NÃO CARACTERIZADA. INCABIMENTO DE INDENIZAÇÃO.

A prescrição aplicável ao reenquadramento é a total, posto que decorre de ato único do empregador, alcançando o próprio direito de ação, e não apenas as parcelas, conforme entendimento adotado pelas Súmulas nos 275, inciso II, e 294, do Colendo Tribunal Superior do Trabalho. O início do prazo prescricional dá-se no instante em que vulnerado o direito do autor. Assim, considerando que o reenquadramento do Autor se deu em 2001, ou seja, há mais de 05 anos da propositura da ação que ocorreu em 08.04.2008, encontra-se a questão sob o cutelo prescricional, nos termos do art. 7º, inciso XXIX, da CF. Recurso ordinário improvido.

Com efeito, para que se configure o assédio moral é necessário que a violência psicológica seja de tal monta que possa causar a desestruturação psíquica da vítima em sua harmonia e integridade, bem como que os episódios que ensejaram o dano não sejam esporádicos, mas constantes. A ocorrência de aborrecimentos cotidianos no trabalho, insuscetíveis de causar o desequilíbrio psicológico denunciado não caracteriza a figura do assédio moral. Indenização incabível. Recurso autoral a que se nega provimento.

Recife, 22 de setembro de 2009.

IBRAHIM ALVES FILHO

Juiz Relator

CONTRATO DE CONSTITUIÇÃO DE SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO

ALBUQUERQUE PINTO ADVOGADOS, sociedade de advogados devidamente registrada na OAB, Seção do Estado de Pernambuco sob o nº 183, com escritório na cidade do Recife, Estado de Pernambuco, na Rua Antonio Lumack do Monte, 128, 9º Andar, Boa Viagem, CEP 51020-350, inscrita no CNPJ (MF) sob o nº 74.155.425/0001-06, neste ato representada por seus Diretores Francisco Maurício Rabelo de Albuquerque Silva e Antônio Mário de Abreu Pinto, advogados devidamente inscritos na OAB, Seção do Estado de Pernambuco sob os nºs, 5.992-D e 7.687-D e CPF sob os nºs 003.762.994-87 e 134.834.044-49, respectivamente, residentes e domiciliados em Recife, Estado de Pernambuco, a seguir denominada **SÓCIO OSTENSIVO** ou **OPERADOR** ou, ainda, **OSTENSIVO/OPERADOR** e, de outro lado:

_____ devidamente inscrito(a) na(s) OAB(s), Seção(ões) do(s) Estado(s) de _____, CNPJ/CPF nº _____, residente e domiciliado na rua (av.) _____, na cidade de _____, Estado de _____ doravante denominado **PARTICIPANTE** ou **CORRESPONDENTE** ou, ainda, **PARTICIPANTE/CORRESPONDENTE**,

celebram o presente Contrato de Constituição de Sociedade em Conta de Participação, doravante designada abreviadamente de SCP, nos termos dos Artigos 991 a 996 do Código Civil Brasileiro de conformidade com as cláusulas que seguem:

1. OBJETO

1.1. O objeto do presente contrato é a constituição de uma sociedade em conta de participação (SPC), formada, exclusivamente, entre o sócio OSTENSIVO e o sócio PARTICIPANTE, destinada a organizar o expediente e a estruturação de atividades advocatícias de forma compartilhada, através da qual o sócio PARTICIPANTE/CORRESPONDENTE prestará, sem exclusividade, os serviços advocatícios aos clientes indicados, unicamente, pelo sócio OSTENSIVO, em contraprestação dos quais o sócio PARTICIPANTE auferirá, exclusivamente, lucros ou participação nos resultados correspondentes e proporcionais aos seus trabalhos ou atividades, em relação ao total dos trabalhos ou atividades prestados.

1.2. Para consecução do objeto social, o sócio OSTEN-

SIVO indicará os trabalhos privativos que serão desenvolvidos pelo sócio PARTICIPANTE, de forma isolada ou conjuntamente com os advogados do primeiro ou por ele indicados.

1.3. Os trabalhos privativos serão desenvolvidos na forma exigida pelos Arts. 39 e 40 do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil.

2. DESPERSONALIZAÇÃO, CAPITAL, AUTONOMIA, DENOMINAÇÃO, SEDE

2.1. A sociedade é não personificada, não possui capital social próprio, nem possui autonomia patrimonial e não aparece juridicamente a terceiros, obrigando-se perante esses tão-somente o sócio OSTENSIVO/OPERADOR, e exclusivamente perante este, o sócio PARTICIPANTE/CORRESPONDENTE, nos termos do presente contrato;

2.2. A sociedade não tem firma ou razão social, nem denominação ou sinal sob que apareça exteriormente a terceiros, será utilizada nas suas atividades apenas a razão social do sócio OPERADOR (ALBUQUERQUE PINTO ADVOGADOS ou simplesmente ALBUQUERQUE PINTO);

2.3. A sociedade não tem sede própria ou domicílio especial próprio.

3. FORMALIZAÇÃO E DISPENSA DE INSCRIÇÃO EM REPARTIÇÕES E VEDAÇÕES AO SÓCIO PARTICIPANTE

3.1. O presente instrumento materializa por si só a constituição da sociedade, produzindo efeito somente entre as partes (sócios) signatárias, e a eventual inscrição dele em qualquer registro não confere personalidade jurídica à sociedade (Art. 993 C.C.);

3.2. O sócio PARTICIPANTE não pode tomar parte nas relações do sócio OPERADOR com terceiros, sob pena de responder solidariamente com este pelas obrigações em que intervir, sem prejuízo da faculdade de fiscalizar a gestão dos negócios sociais.

4. PATRIMÔNIO DOS SÓCIOS

4.1. Qualquer contribuição do sócio PARTICIPANTE para a sociedade constituirá, com a do sócio OPERADOR, patri-

mônio especial, objeto da conta de participação, relativa aos negócios sociais, que será materializada, principalmente, pelo exercício privativo da atividade advocatícia (Art. 994 do C.C.);

4.2. A especialização patrimonial, prevista na cláusula anterior supra, somente produz efeitos em relação aos próprios sócios, não podendo ser oposta a terceiros ou por eles argüida.

5. ADMINISTRAÇÃO DA SCP

5.1. A gestão da sociedade será exercida pelo sócio OSTENSIVO, através de seus representantes legais, sem prejuízo do direito de fiscalização do sócio PARTICIPANTE;

6. EFEITOS DA INSOLVÊNCIA, FALÊNCIA E LIQUIDAÇÃO

6.1. A sociedade não pode ser declarada falida, porém a falência do sócio OSTENSIVO acarretará a dissolução da sociedade e a liquidação da respectiva conta, cujo saldo constituirá crédito quirografário. No caso de falência (ou insolvência civil) do sócio PARTICIPANTE, o presente contrato social fica sujeito às normas que regulam os efeitos da falência nos contratos bilaterais do falido (ou insolvente);

6.2. Na forma do Art. 996 do C.C., aplicá-se à sociedade, subsidiariamente e no que com ela for compatível, o disposto para a sociedade simples, e a sua liquidação rege-se pelas normas relativas à prestação de contas, na forma da lei processual de regência.

7. ADMISSÃO DE NOVOS SÓCIOS PARTICIPANTES E OBEDIÊNCIA AO ESTATUTO DA ADVOCACIA

7.1. O sócio OSTENSIVO pode admitir novo(s) sócio(s) PARTICIPANTE(S) para a presente ou outra SCP, independentemente do consentimento do sócio PARTICIPANTE.

7.2. As partes deverão respeitar o Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil na execução conjunta da advocacia, inclusive com relação ao conflito entre clientes de ambas as partes.

8. EXERCÍCIO SOCIAL E APURAÇÃO DE LUCROS OU RESULTADOS

8.1. O exercício social da **sociedade** coincidirá com o exercício civil, devendo ser encerrado o exercício em 31 de dezembro de cada ano, para apuração dos lucros e resultados e distribuição dos resultados com base na contribuição profissional de cada um dos sócios para o resultado final do exercício;

8.2. Para apuração dos lucros e resultados, a sociedade poderá levantar balanços intermediários, com periodicidade mensal ou trimestral, com base nos quais poderão ser distribuídos lucros ou resultados ao SÓCIO PARTICIPANTE ou CORRESPONDENTE, depois de pagos o Imposto de Renda-PJ devido pela sociedade e recolhidos pela SÓCIA OSTENSIVA;

8.3. Os Lucros Apurados no período, após deduzido o Imposto de Renda, serão distribuídos aos sócios OSTENSIVO e PARTICIPANTE/ CORRESPONDENTE, com base na contribuição das atividades desenvolvidas por cada um deles para a obtenção do resultado;

8.4. Os lucros distribuídos serão considerados já tributados pela **SCP**, devendo a sócia OSTENSIVA fornecer documentação hábil para devida contabilização sócio PARTICIPANTE, de forma a evitar bitributação.

9. DESPESAS DE RESPONSABILIDADE DE CLIENTES

9.1. As custas, emolumentos e quaisquer outras despesas de responsabilidade do cliente da sócia OSTENSIVA quando pagas pelo sócio PARTICIPANTE serão devidamente reembolsadas pela sócia OSTENSIVA a qual, por sua vez, promoverá o pedido de reembolso ao cliente.

10. OBRIGAÇÕES E RESPONSABILIDADES DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL DA ADVOCACIA

O sócio PARTICIPANTE obriga-se a expender todos os esforços e diligências necessárias ao bom desempenho da função, no patrocínio das causas e tarefas que lhe forem confiadas, devendo manter absoluto sigilo sobre os fatos que tiver conhecimento, respondendo ilimitadamente pelos danos causados diretamente aos clientes do sócio OSTENSIVO, nas hipóteses de dolo ou culpa e por ação ou omissão, no exercício dos atos privativos da advocacia, sem prejuízo da responsabilidade disciplinar em que possa incorrer.

11. RATIFICAÇÃO DOS ATOS SOCIETÁRIOS ANTERIORMENTE PRATICADOS

O presente contrato ratifica todos os atos anteriores praticados pelas partes objetivando a operação desta SCP, ora formalizada, inclusive sua existência anterior sem contrato formal, que poderá ser provada por todos os meios de direito, segundo o Art. 992 do C.C.

12. PRAZO DE VIGÊNCIA E RESCISÃO

O presente contrato tem prazo de duração indeterminado, podendo ser rescindido a qualquer tempo, mediante aviso com antecedência de 30 (trinta) dias.

13. FORO

Para dirimir as questões resultantes deste instrumento, elegem as partes o foro da Comarca de Recife, capital do Estado de Pernambuco.

E por estarem justas e contratadas, as partes assinam o presente em 02 (duas) vias de igual teor e forma na presença de 02 (duas) testemunhas.

Recife,

SÓCIO OSTENSIVO/OPERADOR:

Albuquerque Pinto Advogados

SÓCIO PARTICIPANTE/CORRESPONDENTE:

a) Nome:
OAB:
CNPJ:

Testemunhas:

Nome:
RG:
CPF:

Nome:
RG:
CPF:

MANDADO DE SEGURANÇA COM PEDIDO LIMINAR

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL.

A CÂMARA MUNICIPAL XXXXX, no estado de Pernambuco, órgão do Poder Legislativo Municipal, com sede e endereço na xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, s/n, Centro, no município do mesmo nome, inscrita no CNPJ sob o nº xxxxxxxx, por seu Presidente em exercício, xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, este em juízo representado pelos seus procuradores que a presente subscrevem, constituídos nos termos do instrumento de mandato anexo, com endereço para intimações ali indicado, com fundamento no artigo 5º, inciso LXIX da Constituição da República, no artigo 1º e 7º da Lei 1.533/51 e na Legislação adiante invocada, vem impetrar **MANDADO DE SEGURANÇA, COM PEDIDO DE LIMINAR**, em caráter urgente, em defesa de prerrogativa constitucional do Poder Legislativo, contra ato ilegal e violador de direito líquido e certo, consistente na **RESOLUÇÃO nº XX**, de XXX de 2.007, de autoria e responsabilidade do Egrégio **Tribunal Regional Eleitoral de Pernambuco**, cuja Presidência é ocupada pelo Exmo. **Dessembargador XXXXXXX**, com endereço funcional na Av. Rui Barbosa, nº 320, na cidade do Recife, tudo pelos motivos de fato e de direito que passa a expor:

I - DOS FATOS

1. O ex-Prefeito eleito do Município nas eleições de outubro de XXX, Sr. XXXXXXXXXXXXXXX, juntamente com o então vice-Prefeito, renunciou ao mandato conforme carta renúncia protocolada perante a Câmara em data de xxxxxxxx (doc. nº 01). Lida em Plenário, na sessão do mesmo dia, consumou-se a situação de dupla vacância aos cargos de Prefeito e Vice-Prefeito do Município.

Ipsa facto, nos termos da previsão contida no artigo xxx da Lei Orgânica Municipal (doc. nº 02), uma vez declarado vago assumiu o cargo, interinamente, o Presidente da Câmara, consoante registra a ata de sessão extraordinária (doc. nº 03) e termo de posse (doc. nº 04).

2. Uma vez caracterizada a situação prevista no artigo xxx da já aludida Lei Orgânica Municipal, a Câmara cuidou em convocar, por edital, chamada para a realização de eleições, no prazo de trinta dias, para escolha do sucessor pelo tempo que faltar para completar o período do mandato ou quadriênio.

Com efeito, é do artigo xx, parágrafos xº e xº, com a redação da Emenda nº xxxx (doc. nº 05) a seguinte disposição:

“art. xx - Em caso de impedimento ou ausência do Município, do Prefeito, e do Vice-Prefeito, por mais de 15 (quinze) dias, ou vacância dos seus cargos, assumirá o exercício do Governo Municipal o Presidente da Câmara Municipal.

Par. 1º e 2º - omissis;

Par. 3º - ocorrendo à vacância (sic) nos últimos 2 (dois) anos do período governamental, será realizada eleição indireta para ambos os cargos, pela Câmara Municipal, 30 (trinta) dias depois da última vaga, na forma da lei.

Par 4º - Em qualquer dos casos, o sucessor exercerá o cargo pelo prazo que faltar para completar o quadriênio.”

Anteriormente e para regulamentar a disposição da Lei Orgânica, a Câmara aprovou a Resolução nº xxx (doc. nº 06) fixando instruções sobre o procedimento da eleição preconizada no artigo XX.

Lastreada portanto nesses dispositivos, a Câmara fez publicar em data de xx de xxx, o edital anexo (doc. nº 07), convocando as eleições que a teor do disposto na lei local devem se realizar pela forma indireta, seguindo aliás por simetria o mesmo molde da disposição vigente e aplicável para a sucessão do Presidente e Vice-Presidente da República, em caso de vacância ocorrida nos dois últimos anos do período presidencial (a respeito vide art. 81, par. 1º da Constituição da República).

3. Urge esclarecer, porque relacionado com os fatos aqui trazidos, embora juridicamente irrelevante para caracterizar ou alterar a situação de fato ou a questão jurídica posta adiante, que o ex-Prefeito e seu Vice-Prefeito tiveram seu mandato questionado em ação judicial eleitoral julgada procedente pelas instâncias inferiores e que tramita perante a Corte Superior, em grau de recurso extraordinário interposto mas ainda não admitido.

Com efeito, o Recurso Especial Eleitoral nº xxxxx por eles interposto teve o Agravo Regimental nele oposto julgado e publicado o Acórdão em data de xx de xxxx de xxxx, quando então interpuseram, tempestivamente, Recurso Extraordinário (cf doc. nº 08), atualmente concluso ao Ministro Presidente desta Corte.

Nada obstante tenham manejado o Extraordinário, o fato é que vieram a renunciar conjuntamente ao mandato na mesma data, renúncia que como ato voluntário já se operou definitivamente, com a sucessão ocorrida e a convocação da eleição na forma determinada em lei.

II - DO ATO COATOR

4. Ocorreu que o Tribunal Regional Eleitoral de Pernambuco, por sua composição Plenária, em data de xxxxxxxxxxxxxxxx, deliberou pela realização de novas eleições para Prefeito e Vice-Prefeito no Município, consoante se depreende do Ofício nº xxx/xx, da xxxxxxxxxxxx (doc. nº 09) dirigido à impetrante. Mais: determinou ao arripio da lei e dos princípios constitucionais federativos e de simetria, que a eleição deveria se fazer pela forma direta.

E com efeito, logo em seguida, na sessão do dia xxx de xxx de xxx, o Tribunal Regional Eleitoral de Pernambuco, **sempre por seu órgão Plenário, materializou a coação expedindo a Resolução nº xx (doc. nº 10), aqui reputada como o ato coator** que se pretende seja inicialmente suspenso e em decisão definitiva desconstituído, por afrontar a prerrogativa constitucional da Câmara impetrante e por desatender, ao mesmo tempo, disposição da sentença em que se diz arrimar, da Constituição da República (art. 81, par 1º) e da lei (LOM art. 62, par 3º), como adiante se demonstrará.

Laborou também contra entendimento precedente já manifestado por esse Egrégio Tribunal Superior e em mais de uma ocasião.

5. Pelo ato aqui atacado, em contradição com o já estabelecido pela Câmara, foram designadas eleições diretas para os cargos de Prefeito e Vice-Prefeito, que deverão se realizar na data de xxx de xxxxxxxx próximo, definindo-se também, em anexo, um “calendário” eleitoral prevendo convenções, registro de chapas, propaganda eleitoral e enfim uma série de atos que, se levados a cabo resultarão em quebra da ordem e tumulto no município.

Contra esse ato, a Resolução xxx e a deliberação do Plenário do Tribunal Regional, dirige-se a impetração, visando declarar sua invalidade diante da norma existente.

III - DO CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA

6. Contra atos de tribunais Regionais Eleitorais, de responsabilidade do Plenário, é cabível o mandado de segurança. Contra essa afirmação não cabe qualquer dúvida, ainda em se tratando de ato administrativo, como soe ser a Resolução. A competência originária para processar e julgar mandado de segurança assim manejados, também de forma inequívoca é do Egrégio Tribunal Superior Eleitoral – TSE.

A respeito do cabimento de mandado de segurança contra ato de Plenário de Tribunal Regional e da competência originária do TSE, confira-se que ficou assentado no Acórdão proferido na sessão de 16.10.2002 (Acórdão no Mandado de Segurança nº 3.100 – Classe 14-MA, sendo relator o Ministro Sepúlveda Pertence), admitindo-se a impetração “não só por revestir-se a deliberação de caráter administrativo, mas também à Luiz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, abrاندando a ortodoxia da Súmula 267, passou a admitir-lhe a impetração contra decisões judiciais, quando “não haja recurso que

possa evitar a consumação de dano irreparável” (trecho da ementa do Acórdão 3.100 aqui referido).

Ainda no tocante à questão introdutória - e agora de forma específica contra Resoluções de Regionais que determinam a realização de eleições – veja-se o Acórdão 3.141, sendo relator o Ministro Luiz Carlos Madeira, impetrado contra Resolução de TRE que fixava data para realização de novas eleições, onde ficou ratificado com base em precedentes, por unanimidade, na ementa que: “É cabível mandado de segurança contra ato de Tribunal Regional Eleitoral, consubstanciado em Resolução a que se imputa a pecha de violar direito subjetivo público.” (com indicações de vários julgados precedentes sobre o cabimento).

No caso trata-se de ato administrativo colegiado de Tribunal Regional e contra o qual não cabe recurso útil que impeça a ocorrência do dano anunciado, que assume contornos de gravidade e, a persistir a coação, de irreparabilidade.

7. Quanto à legitimidade da Câmara de Vereadores ou Municipal, enquanto órgão do Poder Legislativo figurar como parte em processo, embora se tratando de ente despersonalizado juridicamente, já está definitivamente assentado que em se tratando de atuação em defesa de suas prerrogativas funcionais, ela detém capacidade judiciária ou processual ou seja, a Câmara tem capacidade e legitimidade para a defesa de seus interesses peculiares (REsp 88856-SP relator o Ministro José Delgado).

O interesse da Câmara é evidente, no caso: trata-se de defesa de sua prerrogativa funcional, derivada de disposição constitucional (art. 29).

A tempestividade é manifesta: o ato data de xxx de xxxxxx de xxx.

IV - DO DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO E PREROGATIVA CONSTITUCIONAL VIOLADAS

8. Na hipótese de vacância dos cargos de Prefeito e Vice-Prefeito, independente da causa – eleitoral ou não eleitoral – quando ocorrida após o decurso de dois anos de mandato, por simetria e para atender ao princípio federativo, a disposição do artigo 81 parágrafo 1º da Constituição da República é auto-aplicável. Diz o art. 81, par 1º da Constituição; in verbis:

“Art. 81 – Vagando os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, far-se-á eleição noventa dias depois de aberta a última vaga.

Par 1º - Ocorrendo a vacância nos últimos dois anos do período presidencial, a eleição para ambos os cargos será feita trinta dias depois da última vaga, pelo Congresso Nacional, na forma da lei.”

O Tribunal Superior Eleitoral, em mais de uma vez já decidiu pela auto-aplicabilidade desse dispositivo (cf. Ac. 2.133 rel Ministro Garcia Vieira e Ac 16.161, rel Ministro Nelson Jobim).

9. Não bastasse isso, como visto acima, o Município xxxx possui lei local - a Lei Orgânica Municipal - que da mesma forma dispõe sobre esses casos de preenchimento do cargo, quando caracterizada a vacância (art. xx, §§ xx e xxº).

Ora, vago é o cargo não ocupado por titular definitivo, independente da causa determinante.

O legislador constituinte não distinguiu os casos de vacância; tampouco o municipal. Não cabe ao intérprete, por mais autorizado que o seja e ao Tribunal Regional proceder a tal distinção, segundo um velho brocardo jurídico.

10. Não fosse isso, acaso possível a distinção (o que se afirma apenas para exercício de argumento), a causa de vacância é de natureza não eleitoral, decorrente de manifestação unilateral, consistente em renúncia dos titulares, “não cabendo a esta Corte investigar os motivos que levaram os renunciantes à desistência dos cargos que vinham ocupando” (trecho de decisão da Presidência – Ministra Ellen Gracie - no AgRgMC 1.274-CE, acolhido à unanimidade pelo Plenário do TSE em 2.09.2003).

11. Que a renúncia ocorreu no curso de processo judicial, antes do trânsito em julgado, também não pode padecer dúvida, malgrado o entendimento equivocado manifestado pelo Exmo. Sr. Desembargador Presidente do TRE-PE.

Disso dá conta certidão anexa (doc. nº 11) expedida em data de xx de xxx de xxxx, portanto na mesma data da edição do ato atacado como coator.

Pelo teor desse documento (a certidão), aliás, pode-se também constatar que o ato questionado viola até mesmo o decreto constante da decisão judicial de primeira instância e o Acórdão do TRE/PE (até agora mantidos em face do insucesso dos recursos intentados). Com efeito, é da parte final do acórdão do Regional de Pernambuco, quando do julgamento do Recurso Eleitoral:

“A decisão: Unanimemente, não se conheceu de ambos os recursos em face da intempestividade, condicionando-se os efeitos da decisão ao trânsito em julgado. Decisão, repito, unânime.” (doc. nº 12) nosso o grifo de destaque.

12. Portanto, embora de altíssima relevância e repercussão geral da questão ora submetida ao elevado juízo desta Corte, em face de seus aspectos políticos e jurídicos, de *status* constitucional, é singela a matéria trazida: o ato vergastado atinge um bem jurídico, o direito público subjetivo do Poder Legislativo. Isso porque faz tabula rasa da regra constitucional e do princípio federativo mesmo, usurpando competência da Câmara para determinar a forma de preenchimento dos cargos vagos (em consonância do art. 81 da CR e xx da LOM).

V - DOS PRECEDENTES DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL SOBRE A MATÉRIA

13. A matéria de preenchimento de cargos de Prefeito e

Vice-Prefeito, na hipótese de vacância, já foi trazida a apreciação do Tribunal Superior Eleitoral, como informado. Da jurisprudência precedente colhe-se que na hipótese de vacância após decorridos os dois primeiros anos de mandato, a eleição se faz pela forma estabelecida na Constituição, admitindo algumas decisões que as Leis Orgânicas Municipais (LOM's) possam dispor sobre a matéria.

No ano de 2.003 o Tribunal defrontou-se com a matéria em três ocasiões e em todas elas manifestou-se no mesmo sentido de consagrar a legitimidade de convocação de eleições pela Câmara, na forma indireta, quando ocorrendo a dupla vacância. No julgamento do Agravo Regimental na Medida Cautelar 1.274-CE, sendo relatora a Ministra Ellen Gracie, ficou consignado no Acórdão, proferido à unanimidade:

“Agravo Regimental. Dupla vacância decorrente da renúncia de Prefeito e Vice. Aplicação do art. 81 da CF. Lei Municipal. Ausência de previsão.” (doc. nº 13)

Note-se que nesse julgado houvera decisão judicial pela cassação dos diplomas com base no artigo 41-A (tal como na situação dos que renunciaram ao mandato em xxx), daí decorrendo a nulidade dos votos atribuídos aos que renunciaram. O Tribunal por unanimidade firmou o entendimento que havendo a renúncia em virtude de ato voluntário não é de se aplicar o art. 175, par 3º do Código Eleitoral, ou mesmo o artigo 41-A da lei 9.504/97 **“uma vez que não se trata de cassação de registro ou de diploma, mas sim, de vacância simultânea decorrente de causa não-eleitoral, assim por não se tratar de matéria eleitoral, deve ser observado o que dispõe a Lei Orgânica do Município”**.

No mesmo ano, no Acórdão 3.141-MS (doc. nº 14), sendo relator o Ministro Luiz Carlos Madeira, assentou a Corte também por unanimidade, que **“A questão posta é a de saber-se sobre a auto-aplicabilidade ou não da norma do parágrafo 1º do art.81 da Constituição da República. A jurisprudência da Corte é no sentido afirmativo.”** O Ministro Fernando Neves salientou como fundamento de seu voto que **“ .. os precedentes da aplicação do modelo federal, que o eminente relator trouxe, demonstram que a jurisprudência do Tribunal é nesse sentido.”**

Quando o mérito da questão ali agitada foi a Plenário (no Agravo 4.396) ficou também ratificado que **“ ..não viola o par. 1º do art. 81 da Constituição a convocação de eleições indiretas, após o decurso dos dois primeiros anos de mandato, independente da causa da dupla vacância..”**

14. O entendimento é praticamente o mesmo que vem sendo ratificado ao longo dos anos perante esta Corte Superior, conforme se pode constatar pelo exame dos julgados no Agravo de Instrumento 2.133-SP (6.6.2000 – doc. 15), relatado pelo Ministro Garcia Vieira (que decidiu pela **“..aplicação por analogia da regra inscrita no par. 1º do art. 81 da Constituição, que recomenda a realização de eleição indireta.”**; no REsp 16.161 (29.06.2000 – doc nº 16)

sendo relator o Ministro Nelson Jobim (que admitiu a legalidade de na “**Vacância simultânea nos cargos de Prefeito e de Vice-Prefeito, ocorrida após o transcurso do primeiro biênio do mandato eletivo. Cabimento de eleições indiretas. Aplicação do art. 81, par 1º da Constituição da República.**”) e ainda, na Medida Cautelar 540-SP (25.11.99 - doc. nº 17) sendo relator o Ministro Eduardo Ribeiro (quando se deferiu medida para sustar a realização de eleições diretas determinadas pelo Regional, ao fundamento de que na “**Vacância dos cargos de prefeito e vice-prefeito verificada nos dois últimos anos do mandato. Modelo federal: artigo 81 par 1º da Constituição. Cautelar que se defere, reconhecido o fumus boni iuris, para sustar a realização de eleições diretas.**”)

Destarte, o TSE tem manifestado sólido e iterativo entendimento pela realização de eleições, nesses casos de vacância após o transcurso de mais de dois anos de mandato, na forma preconizada pelo dispositivo constitucional, cuja aplicação automática é reclamada também para os municípios, pelo princípio da simetria (e em alguns casos pelo da reserva de competência legislativa.

VI - RISCO DE DANO GRAVE E IRREPARÁVEL – NECESSIDADE DE PROVIMENTO LIMINAR.

15. Demonstrado o direito que vem expresso na letra da lei e está apto a ser exercitado na atualidade e comprovado documentalmente a existência do ato coator, estão presentes os requisitos para impetração – de sua vez, com a chamada prova pré-constituída, configura-se a viabilidade do mandado de segurança.

Nesse passo, já é possível aferir que a gravidade dos danos emerge desde logo visível. Vislumbra-se a formidável perturbação que certamente causa no seio de um pequeno município do interior do Nordeste a celeuma de duas eleições programadas, uma delas envolvendo todo o eleitorado, com previsão inclusive de propaganda eleitoral!

16. Uma medida judicial que traga a tranquilidade se faz urgente e imperiosa. Ao bom direito, já comprovado de plano, ajunta-se a extraordinária urgência no provimento. Não sendo deferida a medida liminar aqui reclamada a acaso venha a ser concedida no mérito (como certamente o será) de nada mais adiantará ao impetrante, que terá sido suprimido do exercício de prerrogativa constitucional. O prejuízo terá assumido caráter irreparável.

Enfim, de nada valerá a decisão. Somente a apreciação e deferimento do provimento liminar poderá evitar que o dano se torne irreparável. Nesse contexto é urgente e imperioso reconhecer que se encontram presentes os requisitos de que cuida o art. 7º, II da lei 1.533/51, pois são relevantes os fundamentos e do ato atacado pode resultar ineficaz a medida se concedida no mérito.

17. Necessário que se conceda medida liminar no sentido de suspender os efeitos do Resolução xx de xxx de xxxx de

xxxx do Egrégio Tribunal Regional Eleitoral de Pernambuco (doc 10), que determinou a realização de novas eleições diretas no município, assegurando à impetrante o exercício de seus direitos e prerrogativas de Poder Legislativo, que foram usurpadas, sustando os danos que estão sendo inflingidos até julgamento final do presente mandamus.

A concessão liminar, uma vez sendo relevantes os motivos da impetração e comprovado o direito (pela infração das normas referidas) , caracterizando a urgência, é de ser atendida. Os motivos não poderiam ser mais relevantes: afinal o que é mais relevante do que o preceito constitucional?

Lúcia Valle Figueiredo, reverberando moderna doutrina, que já conta com prestígio das altas Cortes, sustenta que estando presentes os pressupostos, a concessão da liminar não deve ficar sequer ao arbítrio do julgador: é obrigatória. Depreca-se, portanto do insigne relator a quem este for distribuído, aferir se coincidentes e coerentes os argumentos deduzidos e, neles enxergando razão e relevância se digne de deferir o provimento “initio litis” reclamado.

18. A urgência da medida liminar aqui reclamada decorre da circunstância de que as eleições estão programadas para o próximo mês de xxx (a da Câmara no dia xx e aquela determinada pela Resolução atacada no dia xxx) e nesse interregno estão previstos os atos de registro de candidatos (e no caso das eleições diretas a propaganda eleitoral). Enfim, é flagrante a necessidade de um provimento que defina o processo de sucessão da chefia do executivo municipal e, pelo que demonstrado de plano, esse processo deve ser aquele previsto e estabelecido pela norma legal editada pela Câmara, na consonância com a legislação superior que lhe dá guarida.

VI - PEDIDOS FINAIS

19. Ao final da presente, acaso concedida a medida na forma liminar como pleiteada, requer seja de imediato notificada a digna autoridade coatora, na pessoa de seu Presidente, o Exmo. Sr. Desembargador Presidente do Tribunal Regional Eleitoral, dando-se-lhe conhecimento da concessão por fax em face da urgência do provimento, no endereço de conhecimento da Secretaria deste Tribunal Superior, para que cumpra e adote as demais providências que se fizerem imprescindíveis ao atendimento da ordem (inclusive comunicação ao juízo da 32ª Zona Eleitoral), oficiando-se posteriormente para que sejam prestadas as informações de estilo,

20. Como pedido de mérito, uma vez processado o feito e ouvida a D. Procuradoria Geral Eleitoral, que seja concedida a ordem ou segurança, ratificando-se a concessão liminar, se for o caso, para que reste desconstituída e sem efeito a Resolução nº xx, de xx de xxxxx de xxxx, do TRE/PE, reconhecendo-se como legal a forma de sucessão de prefeito e

vice-prefeito, no caso de vacância ocorrida após o decurso dos primeiros dois anos do período de mandato, pela via indireta e eleição pela Câmara, nos termos em que estabelecida pela Constituição (art. 81, par 1º) e na Lei Orgânica Municipal local (art. xx, § § xº e xº), tudo de acordo com os atos emanados da impetrante, pelos fundamentos aqui invocados e mais aqueles que certamente aduzirão os doutos e eminentes julgadores perante esta Corte Eleitoral.

Finalmente, dando à causa, para efeitos fiscais, o valor de R\$ 1.000,00 e responsabilizando-se pela autenticidade dos documentos anexados por cópia nos termos do permitido pela lei.

P. Deferimento.

De xxxx, para Brasília, em xx de xxx de xxx.

Leucio Lemos Filho
OAB/PE 5.807

José Rui Carneiro
OAB-DF 3.892

Obs: o caso foi longo, interessante e rumoroso. A medida liminar foi deferida e foi realizada a eleição na forma indireta como reclamado no MS. Posteriormente, contudo, o TSE modificou o entendimento. Ultimamente tem decidido pela realização de eleições diretas independente de norma em contrário constante de Lei Orgânica local, revelando a dificuldade de se cristalizar um entendimento uniforme e duradouro naquela Corte.

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL EM TIMBAÚBA

Att@_Z

Carga horária: 360h/aula

- DIREITO PROCESSUAL CIVIL
- DIREITO PROCESSUAL PENAL
- DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

Matrícula: até 30 de JUNHO/2001

Início das aulas: 06 de AGOSTO/2011

Aulas quinzenais aos sábados / Horário: 8h às 17h

Local: FACULDADE DE EDUCAÇÃO SUPERIOR DE TIMBAÚBA

Av. Antônio Xavier de Moraes, nº 3/5 Sapucaia - Timbaúba/PE)

Investimento:

Matrícula - R\$ 180,00 à vista + 18 mensalidades de **R\$ 180,00**
(pagamento com cheques pós-datados)

Matrículas: OAB-TIMBAÚBA

Rua Tenente João Gomes, nº 119 - Centro - Timbaúba

Fone: (81) 3631-0181 / E-mail: oabtimbauba@ubannet.com.br

Documentação necessária:

- Cópia do RG e CPF (com original para conferência)
- Comprovante de Residência (com original para conferência)
- 02 Fotos 3 x 4 (recente)
- Currículo do aluno
- Diploma ou Certificado de Conclusão do Curso de Graduação (cópia autenticada)
- Histórico da graduação (cópia autenticada)

Qualicorp.
3 milhões
de clientes.

O sonho do Ivan
era ter uma casa própria.
Ele só não imaginava
que seu plano de saúde
ajudaria a realizar
seu sonho.

Ivan descobriu
que a OAB-PE e a
Qualicorp oferecem
ao Advogado os
melhores planos, até
30% mais barato*.

Passou a cuidar da saúde
da família com muita
qualidade, economizando
R\$ 700 por mês*.

R\$ 700 de economia por mês*
=
saúde protegida e dinheiro
extra para a prestação
do apartamento.



Descubra agora o quanto você pode economizar.
0800-777-4004 | www.qualicorp.com.br

 **Qualicorp**
soluções em saúde

A saúde de milhões de
brasileiros passa por aqui.



Unimed 
Recife

Unimed Recife

ANS nº 344885

*A economia depende do plano escolhido e do grupo familiar. Os percentuais e valores indicados são ilustrativos e resultam de comparações com planos de saúde individuais similares (março/2011).

Planos de saúde coletivos por adesão, conforme as regras da ANS. A comercialização de Unimed Recife respeita sua área de abrangência. Informações resumidas. Condições contratuais disponíveis para análise. Grupo Qualicorp: 3 milhões de clientes. Abril/2011.

Qualicorp Adm. de Benefícios

ANS nº 417173