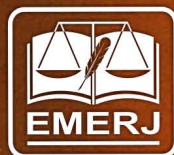


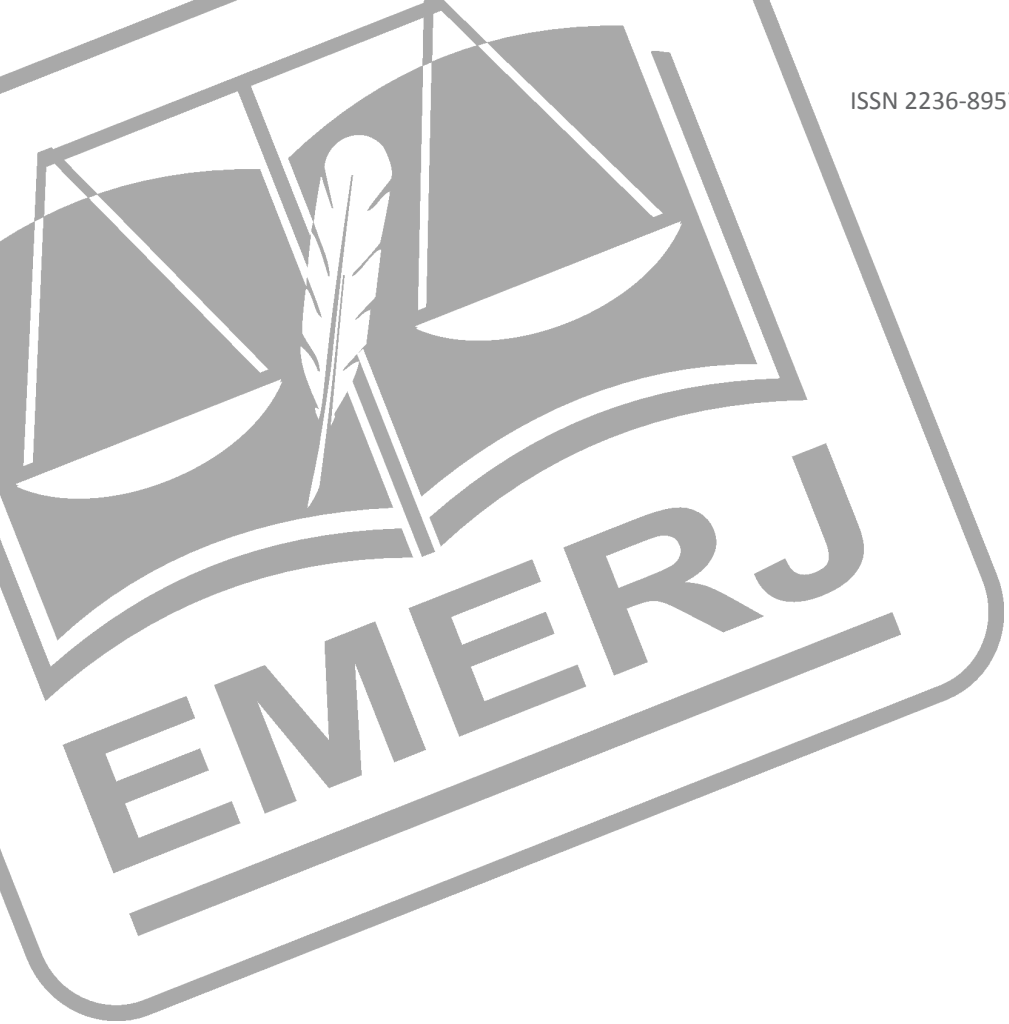
REVISTA

EMERJ

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - v. 14 - n. 56 - Outubro/Novembro/Dezembro - 2011



ISSN 2236-8957



Revista da EMERJ

v. 14 - n. 56 - 2011
Outubro/Novembro/Dezembro

Rio de Janeiro

R. EMERJ	Rio de Janeiro	v. 14	n. 56	p. 1-244	out.-dez. 2011
----------	----------------	-------	-------	----------	----------------

© 2011 EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - TJERJ

Revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

Conselho Editorial:

Min. Luiz Fux; Des. Manoel Alberto Rêbello dos Santos; Des. Sergio Cavaliere Filho; Des. Letícia de Faria Sardas; Des. Jessé Torres Pereira Júnior; Des. Décio Xavier Gama; Des. Semy Glanz; Des. Laerson Mauro; Des. Wilson Marques; Des. Eduardo Sócrates Castanheira Sarmento; Des. Jorge de Miranda Magalhães; Des. José Carlos Barbosa Moreira.

Produção Gráfico-Editorial: Divisão de Publicações da EMERJ.

Editor: Irapuã Araújo (MTb MA00124JP); **Programação Visual:** Jaqueline Diniz (editoração eletrônica) e André Amora (capa); **Revisão Ortográfica:** Suely Lima, Ana Paula Maradei e Sergio Silveiras.

Revista da EMERJ. v. 1, n. 1 -

Rio de Janeiro: EMERJ, 1998 -

v.

Trimestral.

ISSN 1415-4951 (versão impressa)

ISSN 2236-8957 (versão *on-line*)

v. 1, n. 4, 1998: Anais da 4ª Semana de Integração Jurídica Interamericana

Número Especial 2003: Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte I, fevereiro a junho/2002.

Número Especial 2004: Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte II, julho/2002 a abril/2003.

Edição Especial 2007: Comemorativa do Octogésimo Ano do Código de Menores Mello Mattos.

1. Direito - Periódicos. I. RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

CDD 340.05

CDU 34(05)

Os conceitos e opiniões expressos nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores. É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta revista, desde que citada a fonte.

Todos os direitos reservados à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ
Av. Erasmo Braga, nº 115/4º andar - Rio de Janeiro/RJ CEP: 20020-903
Telefones: (21) 3133-3400 / 3133-3365
www.emerj.tjrj.jus.br - emerjpublicacoes@tjrj.jus.br

Diretoria da EMERJ

❖ DIRETORA-GERAL

Des^a. Leila Maria Carrilo Cavalcante Ribeiro Mariano

❖ CONSELHO CONSULTIVO

Des^a. Maria Augusta Vaz Monteiro de Figueiredo

Des. Milton Fernandes de Souza

Des. Jessé Torres Pereira Júnior

Des. Geraldo Luiz Mascarenhas Prado

Des. Ricardo Couto de Castro

Des. Elton Martinez Carvalho Leme

❖ PRESIDENTE DA COMISSÃO ACADÊMICA

Des. Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho

❖ COMISSÃO DE INICIAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS

Des. Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho

Des^a. Elisabete Filizzola Assunção

Des. Heleno Ribeiro Pereira Nunes

Des. Wagner Cinelli de Paula Freitas

Des. Claudio Brandão de Oliveira

Des. Claudio Luis Braga Dell'Orto

Des. Paulo de Oliveira Lanzellotti Baldez

❖ COORDENADOR DE ESTÁGIO DA EMERJ

Des. Edson Aguiar de Vasconcelos

❖ SECRETÁRIA-GERAL DE ENSINO

Rosângela Pereira N. Maldonado de Carvalho

❖ ASSESSORA DA DIRETORA-GERAL

Maria de Lourdes Cardoso da Rocha

Sumário

- 6 | Apresentação**
- 7 | O Perfil do Aluno da EMERJ: Um estudo sobre “concur-sandos”**
Fernando de Castro Fontainha
- 32 | Breves Apontamentos Acerca da Proteção Contratual do Consumidor Vista à Luz da Lei n. 8.078/90**
Adriano Roberto Vancim
- 57 | Reflexões Constitucionais sobre o Estatuto de Roma e o Tribunal Penal Internacional nos Crimes Ambientais**
Alexandre de Souza Lastres Silva
- 72 | A Extinção da Prisão do Devedor de Alimentos será a So-lução de que Problema Social?**
Daniel Roberto Hertel
- 74 | O Neoprocessualismo, o Formalismo Valorativo e suas Influências no Novo CPC**
Haroldo Lourenço
- 108 | Mediação - Instrumento Eficaz para a Eficiência Regula-tória**
Kátia Valverde Junqueira
- 119 | Separação Judicial. Um Instituto Jurídico Derrogado?**
Lidia Caldeira Lustosa Cabral
- 125 | Discricionariedade Judicial: Considerações sobre a Pers-pectiva Positivista de Kelsen e Hart e a Proposta de Dworkin para sua Superação**
Lucio Picanço Facci

- 145 | O Inadimplemento Antecipado do Contrato no Direito Brasileiro**
Luis Tomás Alves de Andrade
- 173 | Alienação Parental (Uma visão jurídico-filosófico-psicológica)**
Luiz Guilherme Marques
Marisa Machado Alves dos Santos
- 179 | Durkheim e o Fenômeno Jurídico na Obra *Da Divisão do Trabalho Social*: ensaio crítico**
João Maurício Martins de Abreu
- 193 | A Objetivação do Controle Incidental de Constitucionalidade**
Rafael Gomide Martinho
- 206 | O Parcelamento de Débitos no Processo de Execução Extrajudicial na Fase de Cumprimento de Sentença – Os Artigos 745-A e 475-R do Código de Processo Civil**
Ricardo Alberto Pereira
- 215 | A Nova Empresa Individual de Responsabilidade Limitada: Memórias Póstumas do Empresário Individual**
Thiago Ferreira Cardoso Neves
- 235 | O Chargeback e suas Repercussões no E-commerce e nos Direitos do Consumidor e da Empresa**
Vitor Guglinski

Apresentação

Chegamos ao n. 56, que ora apresentamos, com o qual a REVISTA DA EMERJ completa 14 anos de circulação, como uma das ferramentas da atividade profissional da Escola da Magistratura do Estado do Rio Janeiro.

A partir da REVISTA DA EMERJ n. 53, instituiu-se a versão *on-line*, o que se constituiu num marco para a concretização de um dos nossos projetos prioritários, estabelecido quando assumimos esta Escola, no início deste ano: democratizar o conhecimento produzido, com sua difusão sustentável.

Esta edição, encerrando o quarto trimestre de 2011, está mais afinada com as normas de publicações eletrônicas que as três anteriores, na medida em fomos nos aprimorando para “navegar” *on-line*, em conformidade com a NBR 6032: mesmo conservando a imagem do Cristo Redentor, que marcou o lançamento da Revista no primeiro trimestre de 1998, mudanças foram executadas - e continuarão ocorrendo - na diagramação da folha de rosto, nas legendas de rodapé do miolo e, já na próxima edição, no *layout* da capa, até atingirmos a meta de renovação de nossa publicação como um todo.

E, para que a REVISTA DA EMERJ continue se evidenciando útil como veículo próprio à difusão das teses jurídicas – além de passar a albergar textos sobre multidisciplinas importantes para a entrega da jurisdição nos tempos atuais -, torna-se imprescindível a colaboração dos nossos brilhantes expositores. Portanto, renovamos o desafio aos juristas e estudiosos que se ocupam também das ciências afins para que atendam a nossa próxima chamada de artigos. Agradecemos desde já a todos - colaboradores e leitores.

Vejam as “Normas para apresentação de artigos” na última página.

Desembargadora Leila Mariano

Diretora-Geral da EMERJ

O Perfil do Aluno da EMERJ: Um estudo sobre “concurandos”*

Fernando de Castro Fontainha

Professor da FGV Direito Rio e Pesquisador do CJUS – Centro de Justiça e Sociedade, Pesquisador Associado do Centre d’Études Politiques de l’Europe Latine – CEPEL. Mestre em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense – UFF, Doutor em Ciência Política pela Université de Montpellier 1.

1 – INTRODUÇÃO E AGRADECIMENTOS

O atual estado da arte encontrado na Sociologia do Direito consagra um enorme campo de estudos às profissões jurídicas. Nesta vertente, o foco no processo de profissionalização sobretudo de advogados e juízes é bastante explorado. No entanto, muito pouco foi produzido sobre o acesso às carreiras jurídicas de Estado, ou seja, sobre o concurso público como etapa do processo de profissionalização de considerável parte dos juristas. Os processos de aprendizado, circulação e transmissão de competências técnicas e sociais cuja acumulação e homogeneidade formariam um *ethos*, um *habitus* ou uma *práxis* profissional não levam em conta esta etapa de seleção objetiva que permite o efetivo ingresso nas carreiras. Com o intuito de produzir um discurso científico sobre esta negligenciável população – os concurandos – decidi realizar tal pesquisa. Como parte integrante da minha pesquisa doutoral sobre o concurso público para a carreira de juiz na França, decidi passar três meses no Brasil dedicados à realização de pesquisas de campo sobre o tema. A Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ me pareceu o local ideal para tanto.

Como para a pesquisa de campo a entrada e permanência do pesquisador no local é imprescindível, este trabalho não poderia começar sem os devidos agradecimentos àqueles que o possibilitaram, numa feliz combinação de afabilidade e profissionalismo. Inicialmente gostaria de

* Pesquisa realizada em 2009.

agradecer à própria Escola, na pessoa de seu Diretor-Geral, o Desembargador Manoel Alberto Rebêlo dos Santos. Em segundo lugar, cabe o agradecimento aos dirigentes que autorizaram e coordenaram minhas atividades no seio da Escola, o Sr. José Renato Teixeira Videira e a Sra. Rosângela Maldonado. E, *last but not least*, tendo em vista que os dados analisados neste trabalho foram colhidos na Secretaria Acadêmica da Escola, é devido também agradecimento ao chefe do serviço, Sr. Odinaldo Correa Santos e sua equipe, formada pelos Srs. Cristiano, Léa, Augusto, Diego, Jorge, Francisco e Ionara. A mim, um *outsider*, surpreendeu a abertura e o grau de tolerância e carinho com que fui tratado, pois além da crítica científica ser por vezes desconfortável, um estranho ao serviço efetivamente atralha o cotidiano de trabalho.

2 – METODOLOGIA, COLETA DE DADOS E AMOSTRAGEM

Conforme já mencionado, este trabalho trata da sistematização e breve análise de dados colhidos em dez dias de pesquisas nos arquivos da Secretaria Acadêmica da EMERJ. Os arquivos escolhidos para a pesquisa são as “pastas” dos alunos, aquelas que têm por objetivo documentar a passagem do aluno pela EMERJ. Cumpre especificar que os alunos aos quais me refiro são os que frequentam o “Curso de Especialização em Direito para a Carreira da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro”¹. O que existe na Secretaria Acadêmica em relação aos alunos deste curso é o conjunto de todos os arquivos daqueles que estudam ou estudaram na Escola. Para traçar o “Perfil do aluno da EMERJ” eu decidi analisar apenas as “pastas” dos alunos e ouvintes inscritos entre o CP1 e CP 5 (sigla para “classe preparatória) em junho de 2009, também aqueles com matrícula trancada ou cancelada, que, caso estivessem ativos, pertenceriam à uma destas turmas neste período².

Os dados colhidos serão tratados de forma quantitativa, no fito de se estabelecerem estatísticas capazes de instituir referências que tornem

1 Este curso tem o condão de preparar seus alunos para os concursos de acesso à carreira da magistratura fluminense. Esta Preparação é regular, feita na forma de aulas presenciais e tem como métodos de avaliação provas escritas, trabalhos (casos concretos) e a elaboração de uma monografia de conclusão de curso. A duração do curso é de dois anos e meio, mas a partir do segundo semestre de 2009 passou a ser feita em três anos. O curso chama-se “especialização” pois recentemente foi assim reconhecido pelo Ministério da Educação e Cultura - MEC, não sendo mais necessário o convênio com a Universidade Estácio de Sá para tanto. Cabe citar também que o referido curso, ainda que seja a atividade que mais mobiliza a EMERJ, não é a única. A Escola ainda promove a formação inicial e continuada de magistrados bem como eventos jurídicos abertos ao público em geral.

2 Uma breve explicação é necessária. As turmas do curso são divididas em cinco CP's (em breve seis), numerados de 1 à 5, um referente à cada semestre. O curso possui três turmas por semestre, duas pela manhã, que levam o sufixo “a” e “b”, e uma à noite, que leva o sufixo “c”.

essa população descritível e analisável. Para se compreender como fizemos esta coleta é necessário descrever a estrutura básica e comum a todos os arquivos consultados. Tratamos aqui de pastas suspensas contendo uma ordem determinada de documentos, organizados em ordem cronológica. O primeiro deles é a “Ficha de inscrição” no concurso de seleção³ e seus anexos. Desta ficha pude extrair as seguintes informações sobre os alunos: a opção de turno, o sexo, a data de nascimento, o estado civil, a data de emissão da carteira da OAB, o endereço residencial, a instituição onde concluiu o bacharelado em direito⁴, a data da colação de grau e a data de inscrição na prova de seleção. Em seguida encontrei os *curriculum vitae* dos candidatos, de onde pude extrair suas experiências profissionais e formações acadêmicas. Em seguida encontrei o “Contrato de prestação de serviços educacionais”, do qual não extraí qualquer informação; e a seguir o “Requerimento de matrícula”, de onde coletei as informações referentes à profissão e empresa onde trabalha. Em seguida encontrei os diversos tipos de requerimentos dos alunos, em ordem cronológica de protocolo. Ainda resta uma última consideração de caráter metodológico. Conforme compromisso firmado entre mim e a direção da EMERJ, este trabalho não conterà quaisquer informações que possam levar à identificação pessoal de qualquer dos alunos da Escola. Assim, a amostragem tem por universo os arquivos referentes a setecentos e quatro (704) alunos.

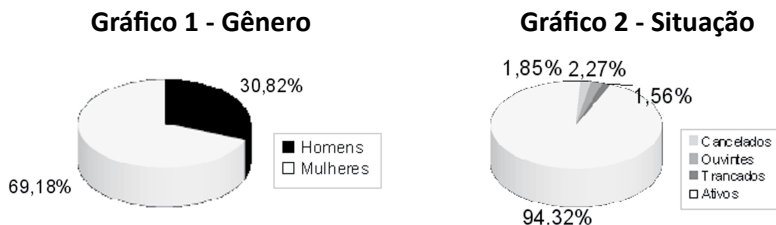
A primeira tendência que os números confirmam é a da feminização do meio jurídico e judiciário. Em países como a França, os homens já são menos de 25% na magistratura. A tendência, no Brasil, já perceptível nas faculdades de Direito e nos tribunais, estimula a hipótese de uma transformação não apenas quantitativa, mas também qualitativa, em meios sociais tradicionalmente hegemônicos por homens. Por outro lado, a hipótese segundo a qual a preparação para o(s) concurso(s) jurídicos demanda dedicação exclusiva ou quase⁵ e muito tempo, poderia ser reveladora de uma maior pressão sobre os homens (cultural e/ou familiar) no sentido da sua pronta integração no mercado de trabalho logo após a formatura, o que excluiria com mais intensidade o concurso público do seu rol de opções profissionais. Há que se considerar também o caráter objetivo de tais pressões. Se sobretudo de caráter parental, nos lançaria

3 Ver o capítulo 11 deste trabalho.

4 Para ser considerado apto a participar do exame de seleção é necessário o bacharelado em Direito ou, ao menos, a matrícula no último semestre do curso de Direito.

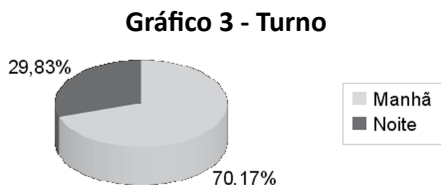
5 Hipótese que será reforçada ao longo deste trabalho.

a hipótese da estratégia do(s) concurso(s) como um projeto familiar. Assim, entre os alunos da EMERJ há muito mais mulheres (487) que homens (217), como demonstra o Gráfico 1 abaixo:



Já o **Gráfico 2** acima apenas indica a situação dos alunos no momento da pesquisa, distinguindo-os dentre os de matrícula ativa (664), os ouvintes (16), aqueles com matrícula cancelada (13) ou trancada (11), o que apenas pode indicar o caráter excepcional da situação de ouvinte, trancamento ou cancelamento de matrícula. No tocante à distribuição dos alunos por turno, os dados não revelam nada de destoante da divisão elaborada pela própria Escola, com duas turmas de cada CP pela manhã e uma à noite. A ideia a ser problematizada neste trabalho no tocante à distribuição por turno é a de que as turmas da manhã são compostas por pessoas que estão exclusivamente dedicadas à preparação ao(s) concurso(s) e que a turma da noite por pessoas que, concomitantemente, exercem uma atividade profissional diurna (v. Cap. 9).

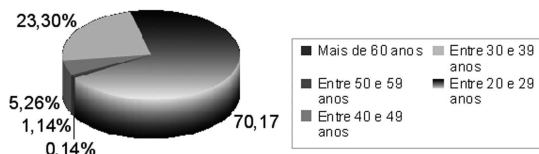
Assim, como se vê pelo **Gráfico 3** abaixo, a concentração de alunos no turno da manhã (494) é muito maior que no turno da noite (210):



3 – IDADE E ESTADO CIVIL

A idade média do aluno da EMERJ é 29,4 anos. Seu aluno mais novo tem 21 anos e o mais isodo, 61. Dos alunos, 494 tem entre 21 e 29 anos, 164 entre 30 e 39 anos, 37 entre 40 e 49 anos, 8 entre 50 e 59 anos e um tem 61 anos, conforme demonstra o **Gráfico 4** abaixo:

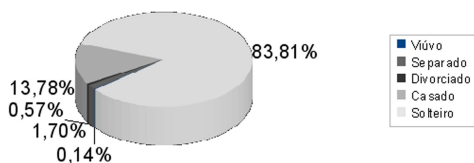
Gráfico 4 - Idade



As estatísticas relativas à idade dos alunos da EMERJ aponta para um perfil majoritariamente jovem, tendo em vista que é necessário completar ou estar em vias de completar um curso superior jurídico de, no mínimo cinco anos, para então poder se inscrever no exame de seleção. A ideia de que a maioria dos alunos da EMERJ a integra logo após (e não necessariamente imediatamente após) a formatura revelaria uma estratégia de carreira definida desde a faculdade, em que o cargo público a ser ocupado após o sucesso no(s) concurso(s) seria o primeiro emprego. A EMERJ seria, assim, inserida num contexto de preparação para concursos. As idades mais avançadas seriam menos reveladoras de que, por vezes, décadas são necessárias à preparação de concursos e mais reveladoras de estratégias de mudança de carreira, seja de mudanças endógenas (outra carreira jurídica) ou exógenas (outra carreira ligada à área não jurídica).

Relativamente ao estado civil, uma maioria que aponta para a jovialidade também se depreende a partir da questão do planejamento familiar. Dos alunos da EMERJ, 590 são solteiros, 97 casados, 12 separados, 4 divorciados e um viúvo, como se vê no **Gráfico 5** abaixo:

Gráfico 5 - Estado Civil



Evidentemente, os dados não permitem mapear situações intermediárias como solteiros que mantêm relacionamentos estáveis, e dentre estes quantos moram juntos, quantos já têm filhos, quantos já possuem renda própria e dela subsistem. Porém, as duas hipóteses principais que emergem da leitura dos dados são: (1) o sucesso no(s) concurso(s) é determinante para o planejamento familiar e (2) a maioria dos concursandos é dependente economicamente, dos pais ou do cônjuge, por esta razão

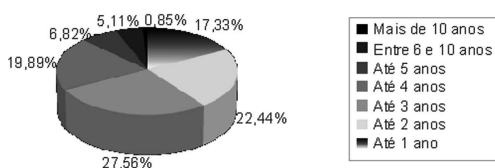
este trabalho menciona que a estratégia do(s) concurso(s) é majoritariamente dependente de um projeto familiar, de suporte moral e sobretudo financeiro.

4 – INSCRIÇÃO E TEMPO DE INSCRIÇÃO NA OAB

Outro dado interessante é a questão da inscrição dos alunos da EMERJ nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Como é sabido, a condição profissional de advogado se adquire com a inscrição do indivíduo nos quadros deste órgão, o que depende de dois fatores: a conclusão de um bacharelado em Direito reconhecido pelo MEC, seguida da aprovação no “Exame de Ordem”, uma prova de conteúdo jurídico em duas fases, a primeira contendo questões de múltipla escolha e a segunda, questões discursivas e a elaboração de uma peça jurídica.

O primeiro dado fundamental sobre esta questão é o de que apenas a metade dos alunos da EMERJ são inscritos na OAB (352). Ainda destes 352 que possuem inscrição na OAB, 61 a possuem há menos de um ano, 79 entre um e dois anos, 97 entre dois e três anos, 70 entre três e quatro anos, 24 entre quatro e cinco anos, 18 entre seis e dez anos e 3 a possuem há mais de 10 anos. Conforme demonstra o **Gráfico 6** abaixo:

Gráfico 6 - Tempo de OAB



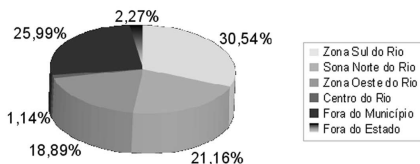
Este dado apontaria ainda para o perfil jovem dos alunos da EMERJ. Porém, deve se considerar qual é a utilidade da profissão de advogado para um concursando. É sabido que para o ingresso em muitas carreiras (como a magistratura e o Ministério Público) é necessária a prática jurídica, sendo o exercício efetivo da advocacia uma das suas formas. É sabido também que outras carreiras, ainda que não exijam tempo de prática jurídica, exigem a condição de advogado inscrito (como as de advogado da Petrobras ou BNDES). Poderíamos, portanto, concluir que a carteira da OAB é um grande trunfo nas mãos de um concursando, e que boa parte deles ou não tem idade ou tempo de formado para ser advogado ou não enxerga este *plus* estratégico.

Por outro lado, algumas questões não podem ser deixadas de lado, tais como: há concursandos que se preparam concomitantemente com o exercício de profissão impeditiva do exercício da advocacia? Existem outras formas de adquirir a prática jurídica senão pelo exercício efetivo da advocacia? O custo financeiro da manutenção da inscrição na OAB inibiria parte dos concursandos que se dedicam exclusivamente à preparação? Voltarei a estas questões nos capítulos 6 e 7.

5 – ORIGEM GEOGRÁFICA

O campo “endereço” da “Ficha de Inscrição” pode nos fornecer dados interessantes sobre a origem geográfica dos alunos da EMERJ. Para efeitos de sistematização, as localidades indicadas foram agrupadas em seis categorias, donde 215 alunos declaram morar na Zona Sul do Município do Rio de Janeiro, 149 na Zona Norte do Rio, 133 na Zona Oeste do Rio, 8 no Centro do Rio, 183 fora do Município do Rio mas dentro do Estado do Rio de Janeiro e 16 fora do Estado do Rio. Nenhum aluno declarou como endereço localidade exterior ao Brasil. Assim demonstra o Gráfico 7 abaixo:

Gráfico 7 - Origem Geográfica



Sendo mais específico: dos que declaram morar na Zona Sul do Município do Rio de Janeiro, 38 indicaram Botafogo, 3 o Catete, 51 Copacabana, 23 Flamengo, 5 Gávea, 3 Glória, 8 Humaitá, 18 Ipanema, 8 Jardim Botânico, 7 Lagoa, 18 Laranjeiras, 26 Leblon, 1 Leme, 2 São Conrado e 4 Urca; dos que declaram morar na Zona Norte do Rio, 1 indicou Anchieta, 2 Andaraí, 1 Benfica, 2 Bento Ribeiro, 1 Bonsucesso, 2 Cachambi, 1 Campinho, 5 Engenho Novo, 4 Engenho de Dentro, 11 Grajaú, 14 Ilha do Governador, 5 Jardim Guanabara, 1 Jardim América, 2 Lins, 1 Madureira, 1 Maracanã, 18 Méier, 1 Piedade, 1 Portuguesa - Ilha do Governador, 1 Ramos, 1 Rocha Miranda, 2 São Cristóvão, 56 Tijuca, 1 Todos os Santos, 1 Usina, 1 Vila da Penha, 9 Vila Isabel e 3 Vila Kosmos; dos que declararam morar na Zona

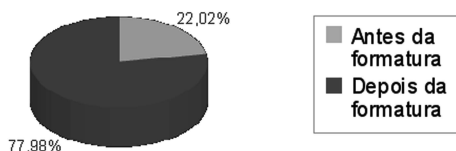
Oeste do Rio, 68 indicaram Barra da Tijuca, 4 Campo Grande, 2 Freguesia, 1 Itanhangá, 21 Jacarepaguá, 1 Joá, 2 Praça Seca, 1 Pechincha, 1 Realengo, 16 Recreio, 2 Rio Bonito, 1 Rio Centro, 1 Santa Cruz, 1 Sulacap, 4 Taquara, 1 Vargem Grande e 1 Vargem Pequena; dos que declararam morar no Centro do Rio, 1 indicou o Bairro de Fátima, 2 o Centro, 1 Cidade Nova, 2 Rio Comprido e 2 Santa Teresa; dos que declararam morar fora do Município do Rio mas, dentro do Estado do Rio de Janeiro, 1 indicou o município de Angra dos Reis, 3 o de Barra Mansa, 2 Cambuci, 3 Duque de Caxias, 1 Itaboraí, 1 Macaé, 1 Mesquita, 1 Miracema, 122 Niterói, 9 Nova Iguaçu, 8 Petrópolis, 2 Quatis, 1 Resende, 2 São João de Meriti, 1 São Pedro da Aldeia, 1 São Fidélis, 6 São Gonçalo, 5 Teresópolis, 1 Valença e 4 Volta Redonda; e dos que declararam morar fora do Estado do Rio, 1 indicou a cidade de Além Paraíba, 6 de Aracaju, 7 Juiz de Fora, 1 Viçosa e 1 Vitória.

A primeira hipótese que estes dados revelam é a da origem de classe dos alunos, visto que 57,53% deles declararam morar na Zona Sul do Rio, na Barra da Tijuca ou em Niterói, origem de classe capaz de financiar um período de tempo em que a preparação para o(s) concurso(s) impede o ganho material e gera muitas despesas. Outra hipótese interessante é a da extensão das redes sociais que legitimam a EMERJ no mercado da preparação para concursos, no tocante à sua extensão geográfica. Isto se pode afirmar pela atração (ainda que tímida) de concursandos de fora das adjacências da Cidade ou mesmo do Estado do Rio de Janeiro.

6 – FACULDADE ONDE SE FORMOU E TEMPO DE FORMADO

O primeiro dado a ser exposto neste capítulo é o seguinte: dos 704 alunos da EMERJ, 549 se inscreveram no exame de seleção depois da formatura em Direito e 155 o fizeram antes, como demonstra o **Gráfico 8** abaixo:

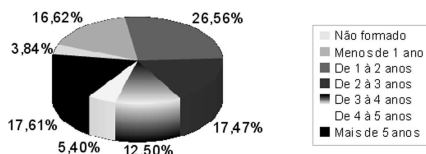
Gráfico 8 - Formatura e Inscrição



Este dado me permite afirmar com elevado grau de precisão que, no mínimo, mais de um quinto dos alunos da EMERJ já saiu da faculdade com a estratégia profissional que visa à preparação para o(s) concurso(s). O que resta saber, para os demais, é se (1) a EMERJ se encaixa em uma estratégia contínua de preparação, a qual também teve início antes ou com a colação de grau, (2) em uma estratégia paralela de preparação, em que outro ofício é exercido concomitantemente ou (3) em uma estratégia de mudança de carreira (ficando claro que as estratégias 2 e 3 podem se combinar).

Para afinar minhas hipóteses prévias, vale citar dados sobre o tempo de formatura em Direito dos alunos da EMERJ. A média é de 3,7 anos, havendo alunos ainda não graduados⁶ e tem 28 anos de formado o aluno graduado há mais tempo. Dos 704 alunos da Escola, 27 ainda não são formados, 117 são formados até um ano, 187 formados entre um e dois anos, 123 alunos entre dois e três anos, 88 entre três e quatro, 38 entre quatro e cinco, 24 entre cinco e seis, 22 entre seis e sete, 23 entre sete e oito, 17 entre oito e nove, 6 entre nove e dez, 28 entre onze e vinte anos e 4 entre 21 e 28 anos, como se vê no Gráfico 9 abaixo:

Gráfico 9 - Tempo de Formado

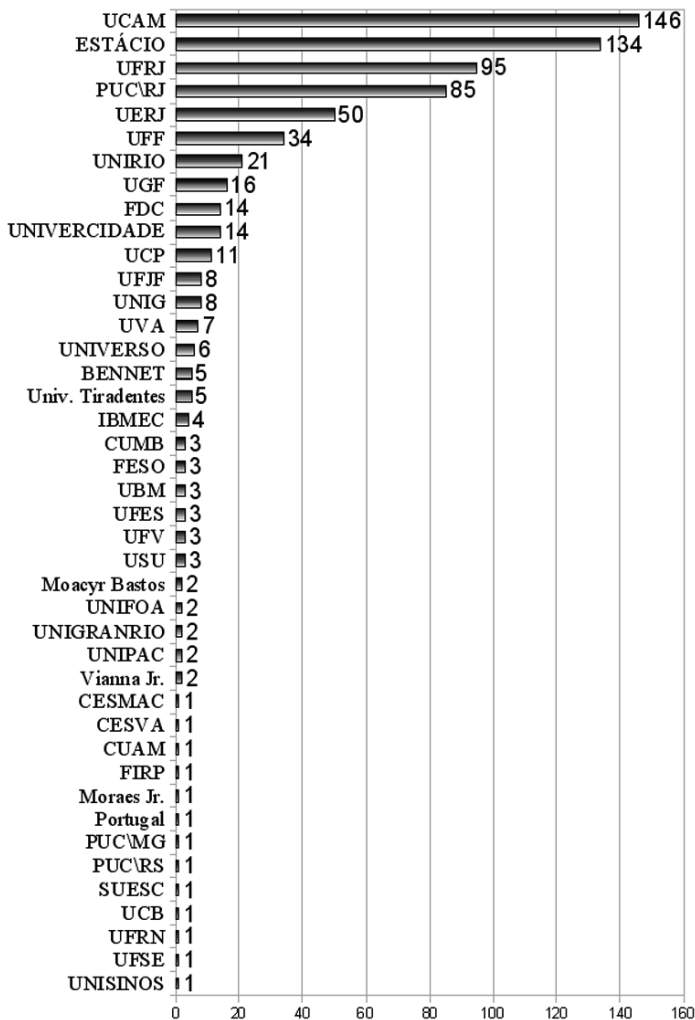


Na ausência de dados sobre o tempo médio de duração da preparação de um concursando, desde seu início efetivo até a aprovação para o cargo que ele ocupará definitivamente, as evidências no **Gráfico 9** acima podem ser reveladoras. Se considerarmos que um tempo razoável de preparação oscila até quatro anos depois da formatura, para mais de 75% dos alunos a EMERJ se encaixa num contexto de preparação que começou com a formatura ou a (segunda ou terceira) formatura em Direito e já faz parte da mudança de carreira, enquanto os demais desistiram da profissão jurídica a qual vinham exercendo. Há que se especular também sobre os casos em que o exercício de uma atividade profissional é necessário à manutenção financeira da preparação.

⁶ A data de referência para este dado é junho de 2009.

Com relação à instituição onde os alunos da EMERJ obtiveram seu bacharelado em Direito os dados são os seguintes: 217 (30,82) alunos o obtiveram em instituições públicas de ensino superior e 487 (69,18%) em instituições privadas. O **Gráfico 10** abaixo enumera todas as Instituições de Ensino Superior apontadas pelos alunos e quantos se graduaram em cada uma delas:

Gráfico 10 - Instituição do Bacharelado

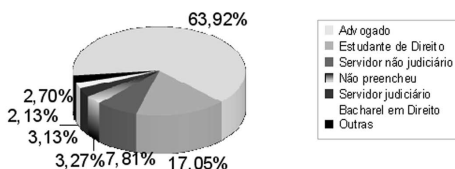


A incidência das instituições mencionadas, seu grau e a ausência de outras, pode nos fornecer muitas pistas sobre a organização das redes sociais que legitimam a EMERJ no mercado da preparação para concursos. Muito embora não tenhamos os dados referentes a todos os participantes do processo de seleção, o que nos permitiria especular sobre sua performance em relação ao curso de origem, o fato de quase 40% dos alunos da EMERJ serem graduados pelas Universidades Candido Mendes e Estácio de Sá é um forte indício de que o intercâmbio entre alunos e professores e alunos e ex-alunos é intenso entre a Escola e estas duas instituições. Não tenho acesso também aos dados referentes ao número de bacharéis em Direito que cada uma destas instituições graduam por semestre ou ano, de forma que o **Gráfico 10** acima não chega a provar um grau de parentesco institucional, pela circulação de professores e alunos, entre a EMERJ e as mencionadas Faculdades de Direito, mas demonstra de certa forma que ele existe.

7 – PROFISSÃO E EMPRESA ONDE TRABALHA

Os dados referentes ao preenchimento do campo “profissão” no “Requerimento de Matrícula” também são reveladores. Dos 704 alunos da Escola, 450 declararam a profissão de advogado, 120 a de estudante de direito, 55 servidores públicos não pertencentes ao Poder Judiciário, 23 alunos não preencheram, 22 servidores do Poder Judiciário (Técnicos, Analistas e Oficiais de Justiça Avaliadores), 15 bacharéis em Direito, 9 profissionais liberais (carreiras não jurídicas), 4 militares, 3 advogados públicos (procuradores federais, estaduais ou municipais) e 3 estagiários de Direito. É o que demonstra o **Gráfico 11** abaixo:

Gráfico 11 - Profissão

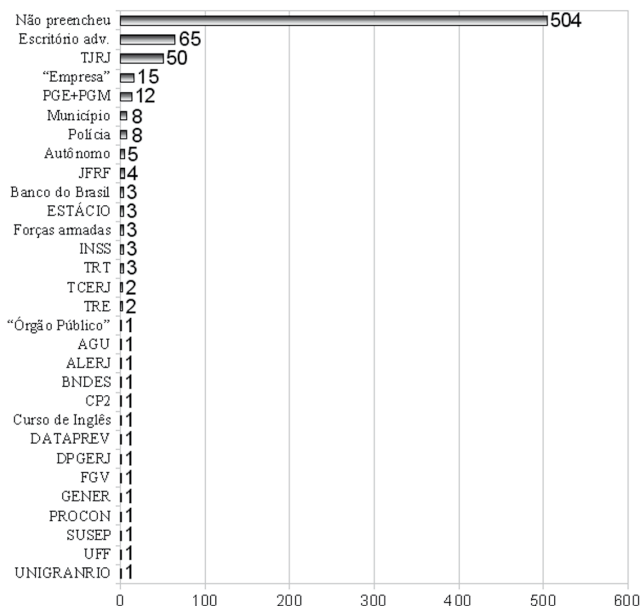


A grande disparidade entre os dados do **Gráfico 11** e apenas metade dos alunos da EMERJ possuírem inscrição na OAB (dado veiculado no capítulo 4) pode se dever a dois fatores: (1) no interregno entre a inscrição para o exame de seleção e a primeira matrícula alguns obtêm a inscrição na OAB, e

(2) mesmo sem a inscrição, a profissão de advogado é declarada, seja porque a inscrição está em vias de ser obtida, seja porque se quer ocultar a condição de estudante, de estagiário ou de bacharel. Frise-se que esta suposta conduta apenas reforça minha hipótese de que uma maioria dos concursandos se prepara para o(s) concurso(s) em tempo integral com suporte familiar, portanto a não posse de registro na OAB os levaria à condição formal de desempregado, e a posse apenas faria evidenciar a distinção entre a profissão de advogado e seu efetivo exercício. No tocante à estratégia de mudança de carreira, os que se declararam servidores externos ao Judiciário, profissionais liberais não jurídicos e militares evidenciam sua forma exógena, enquanto os servidores do Judiciário e, sobretudo os advogados públicos, evidenciaríamos uma de suas formas endógenas: o que se chama hodiernamente de “escadinha”. Ou seja, uma estratégia em que se ingressa progressivamente em carreira(s) diferente(s) daquela planejada, porém que também garanta(m) estabilidade e sustento material, ainda que em menor grau.

No campo seguinte, “empresa onde trabalha”, os dados não são menos interessantes, a começar pelo fato de 504 dos 704 alunos da EMERJ (71,59%) terem deixado este campo em branco. Vejamos o **Gráfico 12** abaixo:

Gráfico 12 - Empresa onde trabalha



Em certa medida o Gráfico 12 ajuda a refinar ainda mais o Gráfico 11. Inicialmente, poderíamos nos indagar acerca dos muitos motivos que levam alguém a deixar em branco um campo quando do preenchimento de um formulário. Isso apenas relativiza ainda mais a minha hipótese segundo a qual o alto grau de não preenchimentos do campo “empresa onde trabalha” apenas revela o fato de que a imensa maioria dos concursandos dedica-se exclusivamente a essa atividade, e, ainda que advogados inscritos não possuem um local de trabalho. No tocante às mudanças de carreira, é interessante notar que 59 alunos indicaram como empregador um órgão judiciário, dos quais 50 indicaram o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 4 a Justiça Federal do Rio de Janeiro, 3 o Tribunal Regional do Trabalho e 2 o Tribunal Regional Eleitoral. Ainda, se considerarmos o conjunto das instituições onde se pratica o Direito, posso elencar 101 alunos indicando como empregador órgão afim ao Judiciário, donde 65 indicaram um escritório de advocacia, 15 o departamento jurídico de uma empresa⁷, 12 a Procuradoria do Estado ou do Município do Rio, 3 o INSS, 2 o Tribunal de Contas do Estado do Rio, 1 a Advocacia Geral da União, 1 o BNDES, 1 a Defensoria Pública, e 1 o PROCON.

8 – O *CURRICULUM VITAE*

Considero que o exame do *curriculum vitae* dos alunos da EMERJ é peça fundamental para afinar as nossas hipóteses acerca do seu perfil. O *curriculum vitae* apresentado pelos alunos possui em geral a forma empresarial corporativa⁸, tendo um tamanho médio de uma página e meia, produzido em editor de texto e impresso, e dividido nas partes: dados pessoais, formação acadêmica, experiência profissional e línguas\informática. Além deste padrão, muitos dedicaram boa parte à apresentação de quantos e quais cursos preparatórios frequentaram (módulos, intensivos, regulares...). Alguns também acrescentaram o campo “aprovações em concursos”. Outros campos recorrentes em menor grau são: “outras qualificações”, “motivações”, “referências pessoais”, “trabalhos voluntários” e “perfil psicológico”. Apenas cinco alunos se valeram de uma forma diferente: quatro apresentaram o *curriculum vitae* impresso a partir da plataforma Lattes\CNPq e um a partir da plataforma da Aeronáutica. Quarenta e seis alunos não possuem *curriculum vitae* nas suas “pastas”.

⁷ Sendo estes 80 talvez os inscritos na OAB que realmente exerçam a advocacia.

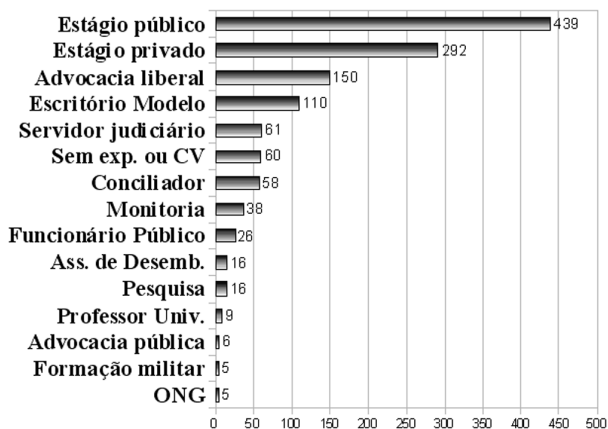
⁸ Um aluno inclusive deixou de suprimir a menção: “Pretensão salarial: a combinar”.

A hipótese que me ocorre é de que entre os estudantes de Direito o modelo descrito anteriormente como majoritário é o que circula, e sua necessidade nasce e se afirma como modelo dentre aqueles que buscam estágio em escritórios ou empresas, enfim, no universo liberal-privado do Direito.

8a – Experiência profissional

De todos os dados indicados pelos alunos em seus *curriculum vitae*, os concernentes à experiência profissional me pareceram os mais interessantes. Agrupamos os diferentes tipos de atividades mencionadas em quinze categorias, a saber: estágio jurídico em órgão público, estágio jurídico em escritório de advocacia ou departamento jurídico de empresa, advocacia liberal (autônomos, associados, sócios ou contratados em escritório de advocacia e contratados em departamentos jurídicos de empresas), estágio jurídico em núcleos de prática jurídica universitários (escritórios-modelo), vínculo profissional em órgão judiciário (analistas, técnicos e oficiais de justiça avaliadores), aqueles sem indicações de experiência profissional no *curriculum vitae* ou sem o mesmo na pasta, atividades de conciliação judicial, monitoria em Faculdade de Direito, vínculo profissional em órgão público não jurídico, assessoria direta a desembargadores, atividades de pesquisa em Faculdade de Direito, ensino jurídico superior, advocacia pública (procuradores de ente federativo ou órgão público), experiências profissionais em Organizações Não Governamentais. O grau de incidência de cada uma das categorias é demonstrado no **Gráfico 13** abaixo:

Gráfico 13 - Experiência Profissional



O que há de mais evidente nos dados, inicialmente, é a predominância das atividades práticas sobre as acadêmicas nos históricos profissionais dos alunos. À exceção das atividades em escritórios-modelo (que já se situam na fronteira entre o ensino e a prática do Direito), as incidências dos estágios e da advocacia superam consideravelmente as da monitoria, pesquisa e ensino em Direito. Nossa primeira hipótese no tocante à experiência profissional da maioria dos alunos da EMERJ é, portanto, a de que as Faculdades de Direito cumprem um papel coadjuvante na sua formação profissional, ficando o protagonismo com o aprendizado prático (entenda-se, com os práticos). Isto não pode me levar à afirmação definitiva de que para a maioria dos concursandos a estratégia de preparação para concursos vem de longa data e começa mesmo antes da formatura, e que o aprendizado prático é seu elemento constitutivo, mas permanece como hipótese forte.

Em segundo lugar, chama à atenção o fato de que alguns alunos indicam como experiência profissional atividades internas ao Poder Judiciário, que necessitam da confiança direta de um magistrado, como a conciliação e a assessoria a desembargadores. Tais atividades demonstram uma afinidade prévia com a profissão judicial, não apenas pela familiaridade com o trabalho jurisdicional, mas pela familiaridade com magistrados.

Ainda, reforçando a hipótese da estratégia da “escadinha”, encontramos as incidências do trabalho de serventuário da justiça e advogado público. Por fim, as incidências de serviço público não jurídico e de militares, além de reforçarem a hipótese da mudança exógena de carreira ainda vinculam esta estratégia à afinidade ao serviço público.

8b – Outros bacharelados

Um dado ainda extraído dos *curriculum vitae* dos alunos no tocante à formação acadêmica é o referente a outros cursos de graduação além do de Direito. Dos 704 alunos da EMERJ, 37 (5,25%) possuem outros cursos de graduação, a saber: Engenharia (6), História (3), Administração de Empresas (3), Ciências Sociais (3), Letras (3), Odontologia (2), Psicologia (2), Arquitetura (1), Medicina (1), Artes Cênicas (1), Contabilidade (1), Enfermagem (1), Física (1), Astronomia (1), Teologia (1), Relações Internacionais (1), Comunicação (1), Formação Militar Superior (1), Geografia (1), Arquivologia (1) e Pedagogia (1). Este dado, ainda que de forma mitigada, contribui para o estabelecimento da diferença entre as estratégias endógena e exógena de mudança de carreira.

8c – Estudos jurídicos no exterior

Dos 704 alunos da EMERJ, 21 (2,98%) possuem estudos jurídicos no exterior, notadamente cursos de curta duração e o que conhecemos como graduação “sanduíche”⁹. Os países onde estes estudos foram efetuados são os seguintes: Estados Unidos (8), Portugal (4), Inglaterra (4), França (2), Canadá (1), Alemanha (1) e Holanda (1).

8d – Estudos de línguas no exterior

Dos 704 alunos da EMERJ, 29 (4,12%) possuem estudos de línguas no exterior, notadamente cursos de curta duração e o que conhecemos por “intercâmbio”. Os países onde estes estudos foram efetuados são os seguintes: Estados Unidos (11), Inglaterra (9), França (3), Espanha (2) Canadá (1), Alemanha (2) e Argentina (1).

8e – Pós-Graduação, Especialização e MBA

Dos 704 alunos da EMERJ, 53 (7,53%) possuem um título de Pós-Graduação *lato sensu*, Especialização ou MBA. As instituições responsáveis por estas titulações são as seguintes: Universidade Gama Filho (11), Universidade Estácio de Sá (10), Fundação Getúlio Vargas (7), Universidade Candido Mendes (6), Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ (5), Universidade Veiga de Almeida (4), Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (2), Univercidade (2), Universidade Federal Fluminense – UFF (2), Universidade Federal de Juiz de Fora (2), Universidade Católica de Petrópolis (1), Universidade de Brasília (1).

8f – Mestrado e doutorado

Dos 704 alunos da EMERJ, 9 (1,28%) possuem títulos de mestre e doutor. Dos que possuem título de mestre, apenas quatro o são em Direito, sendo as demais áreas Educação (1), Morfologia (1), História (1), Física (1 – mestrado e doutorado), Mestrado em Instituição Militar (1). Estes dados reforçam ainda mais a hipótese formulada no item 8b acima.

9 – DIFERENÇAS ENTRE OS ALUNOS DAS TURMAS DA MANHÃ E DA NOITE

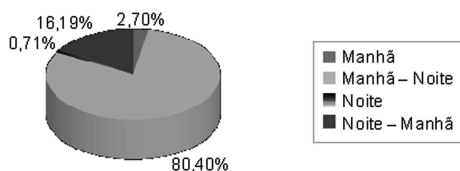
A afirmação frequente acerca das diferenças de perfil dos alunos em cursos em que a mesma formação é ministrada nos turnos diurno e

⁹ Consiste no cumprimento de um semestre do curso de graduação no Brasil em Faculdade de Direito no exterior.

noturno é a de que nas turmas da manhã encontramos um público mais jovem e motivado, enquanto nas turmas da noite um público de idade mais avançada e que estuda concomitantemente a outras atividades diurnas. Este não é exatamente o caso da EMERJ. Por esta razão decidi dedicar um capítulo deste trabalho às diferenças de perfil entre os alunos da manhã (CPs “a” e “b”) e da noite (CPs “c”). É preciso informar ao leitor que as pastas dos alunos são organizadas por turma, portanto os dados apresentados neste capítulo são referentes ao estado atual da divisão entre manhã e noite. Esta informação é necessária uma vez que a EMERJ possibilita aos seus alunos a transferência de turno, havendo justificativa e disponibilidade de vagas no turno desejado.

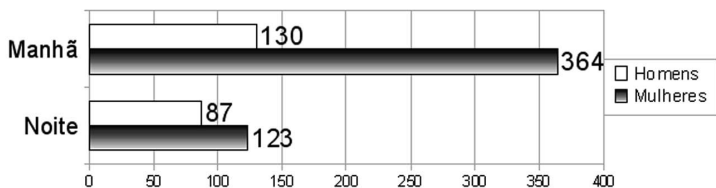
Assim, o primeiro dado a ser trazido é a questão da opção inicial de turno. A primeira informação a ser preenchida na “Ficha de inscrição” do concurso de seleção é a opção de turno. A própria ficha indica que os campos destinados a cada um dos turnos devem ser preenchidos em ordem de preferência usando os números “1” e “2”. A maioria dos alunos preencheu a ficha desta forma, porém alguns deles apenas marcaram um “x” no único turno desejado. Dos 704 alunos da EMERJ, 19 marcaram apenas o turno da manhã, 566 marcaram o turno da manhã como primeira opção e o da noite como segunda, 5 marcaram apenas o turno da noite e 114 marcaram o turno da noite como primeira opção e o da manhã como segunda. É o que mostra o Gráfico 14 abaixo:

Gráfico 14 - Opção de Turno



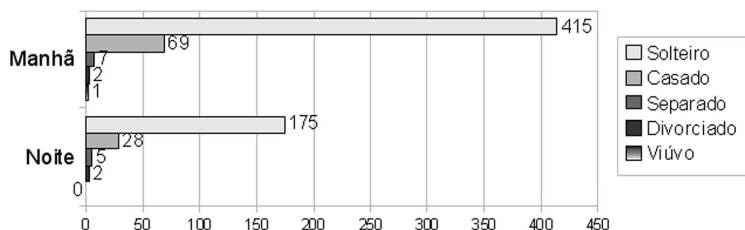
A primeira diferença a ser analisada é a relativa à idade. Na verdade a diferença entre as médias de idade dos alunos da manhã e da noite é mínima. Os alunos da manhã têm idade média de 28,67 anos e os da noite 29,91 anos, desmentindo a premissa da visível diferença de idade entre os turnos. No tocante ao gênero, a feminização é a regra para ambos os turnos, sendo a concentração de mulheres maior no turno da manhã (73,68%) que no da noite (58,57%), como demonstra o **Gráfico 15** abaixo:

Gráfico 15 - Gênero x Turno



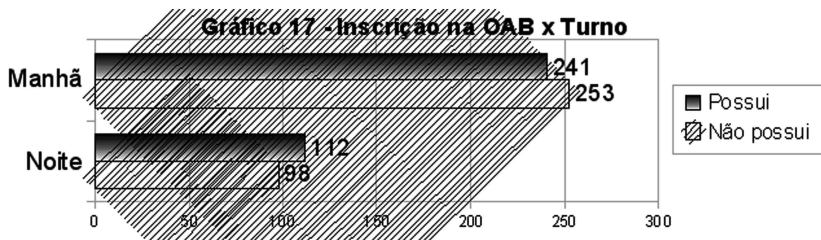
Estes dados em parte corroboram a hipótese formulada no capítulo 2 acima, segundo a qual seria mais difícil para os homens abrir mão de uma atividade profissional remunerada em prol de dedicação exclusiva à preparação para o(s) concurso(s), o que os tornaria mais concentrados no turno da noite. No tocante ao estado civil, veja-se o **Gráfico 16** abaixo:

Gráfico 16 - Estado Civil x Turno



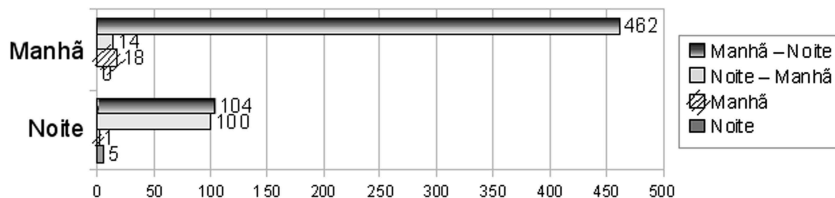
O gráfico acima não aponta diferenças consideráveis na distribuição dos divorciados e separados, sendo em ambos os turnos a hiperconcentração de solteiros a regra. No tocante aos casados é que o mais interessante dado é revelado. Ao contrário do que se poderia imaginar, os alunos casados são pouco mais concentrados no turno da manhã (13,97%) que no turno da noite (13,33%). Este dado reforça a hipótese levantada no capítulo 3 acima, segundo a qual a dedicação exclusiva à preparação aos concursos é dependente de um projeto familiar de suporte moral e sobretudo financeiro, dos pais ou do cônjuge.

No que concerne à inscrição na OAB, as diferenças são pouco significativas, uma vez que no turno da manhã 48,78% dos alunos possui a inscrição e no turno da noite, 53,33%. É o que demonstra o **Gráfico 17** abaixo:



Não poderia terminar este capítulo sem um dado fundamental para a compreensão das (poucas) diferenças de perfil entre os alunos da manhã e da noite: exatamente (50%) dos alunos atualmente matriculados à noite marcaram em suas fichas de inscrição no exame de seleção o turno da noite como primeira ou única opção, enquanto uma imensa maioria (97,17%) dos alunos atualmente matriculados no turno da manhã marcaram em suas fichas de inscrição no exame de seleção o turno da manhã como primeira ou única opção. É o que mostra o **Gráfico 18** abaixo:

Gráfico 18 - Opção de Turno x Turno



Isto se deve ao fato de que não há espaço no turno da manhã para todos que o têm como preferencial. Por outro lado, pode-se afirmar que o perfil do concursando mais jovem, optando pela estratégia de dedicação exclusiva à preparação para o(s) concurso(s) sem outra atividade profissional prévia e com suporte familiar, seja o perfil marcadamente majoritário. Cumpre explicar que a realização das preferências de turno está condicionada à performance de cada aluno no exame de seleção para o ingresso na EMERJ, podendo também ocorrer, durante o curso, a transferência de turno, que tem como justificativa predominante a mudança de situação profissional no fluxo manhã-noite e a violência no fluxo noite-manhã.

10 – O “ALUNO-TIPO” DA EMERJ

Como vimos, é possível identificar tendências majoritárias e minoritárias, isolar fluxos de regularidade e traçar elementos descritivos sobre os alunos da EMERJ. Os dados não apontam para uma direção, mas para um perfil multifacetário, de forma a impossibilitar a construção de um tipo de aluno da EMERJ, mas sim de tipos de aluno da EMERJ. No entanto, a aplicação do conceito de *tipo-ideal* para a construção do “aluno-tipo” pode representar um exercício interessante a este ponto do trabalho, muito embora seja um uso vulgarizado da ferramenta teórica weberiana.

Desta forma, o “aluno-tipo” da EMERJ é uma mulher de 29 anos, solteira, residente na Zona Sul do município do Rio de Janeiro, formada em Direito há três anos e meio pela Universidade Candido Mendes, estudando na EMERJ pela manhã com matrícula ativa e regular, inscrita na OAB mas não praticando a advocacia, já tendo exercido atividades de estágio jurídico em instituições públicas e privadas, e frequentado alguns outros cursos preparatórios para concurso(s). Desde que se formou, ela dedica-se exclusivamente às atividades de preparação do(s) concurso(s), para o que conta com suporte familiar.

11 – A CONCORRÊNCIA PARA O INGRESSO NA EMERJ

Conforme já mencionado, para integrar o “Curso de Especialização em Direito para a Carreira da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro”¹⁰ é necessário passar por um processo de seleção¹¹. Este processo consiste na aplicação de provas escritas das seguintes disciplinas: Direito Constitucional, Direito Civil, Direito Processual Civil, Direito Empresarial, Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito do Consumidor e Língua Portuguesa.

Os dados sobre esta seleção foram colhidos na própria Secretaria Acadêmica. Dentro da pasta de cada aluno, encontra-se uma folha informando, além do seu resultado no exame de seleção, os dados gerais referentes ao mesmo. Há um destaque a ser feito sobre a organização destes

10 Este curso não é gratuito, sua mensalidade atualmente monta o valor aproximado de R\$ 700,00 (setecentos Reais). Embora não possua uma política de bolsas, a EMERJ, mediante requerimento justificado e analisado caso a caso, concede bolsas de estudo cujos valores oscilam entre 5% e 100% do valor da mensalidade.

11 Já se nota no Rio de Janeiro a existência de mais de uma instituição que oferece curso preparatório para o exame de seleção da EMERJ.

dados: como a pesquisa foi efetuada no final do primeiro semestre de 2009, já se possuía o resultado da seleção para o CP1 a começar no segundo semestre.

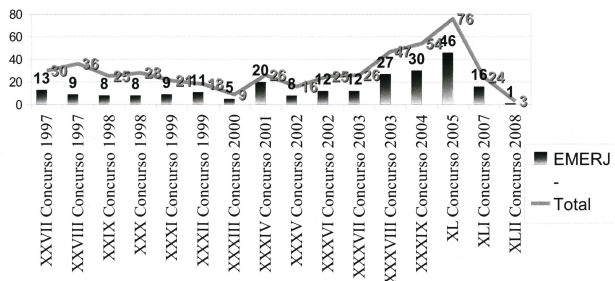
Nos seis últimos processos de seleção, 3.854 pessoas se inscreveram, 1.345 foram aprovadas e 970 classificadas, numa concorrência média de 25,17%, sendo a concorrência a razão entre o número de classificados e o número total de candidatos inscritos. Portanto, nas últimas seis seleções, em média, para cada quatro concorrentes apenas um conseguiu integrar a EMERJ. A **Tabela 1** abaixo demonstra os números referentes à cada uma das seleções:

Seleção EMERJ	Candidatos	Aprovados	Classificados	Concorrência
2009.1	563	173	170	30,20%
2008.2	516	135	130	25,19%
2008.1	647	272	160	24,73%
2007.2	551	186	170	30,85%
2007.1	929	352	170	18,30%
2006.2	648	227	170	26,23%
Total	3854	1345	970	25,17%

12 – A PERFORMANCE NOS CONCURSOS DA MAGISTRATURA FLUMINENSE (1997-2008)

Por fim, os últimos dados a serem trazidos são os referentes à *performance* dos alunos da EMERJ nos concursos de seleção para o ingresso na carreira da magistratura do Estado do Rio de Janeiro. A compilação destes dados é do próprio Tribunal de Justiça, o que me coube foi apenas sua organização e apresentação. Inicialmente o que me cumpre informar é que os dados em questão são referentes ao número total de classificados e, dentre eles, quantos são da EMERJ, nos 16 concursos realizados entre 1997 e 2008. Cabe destacar que o critério utilizado para quantificar quais dentre os classificados são “da” EMERJ considerou (1) todos aqueles que já terminaram o curso, (2) todos aqueles que se encontram matriculados no curso e (3) todos aqueles que, mesmo não tendo terminado o curso, tiveram por ele alguma passagem. O **Gráfico 19** abaixo apresenta os resultados:

Gráfico 19 - Desempenho no Concurso do TJRJ (1997-2008) - Fonte EMERJ



No tocante à *performance*, podemos dizer que a cada dois juizes estaduais recrutados no Rio de Janeiro entre os anos de 1997 e 2008, um deles “vem da” EMERJ, numa variação que oscila entre 25% e 76,92%, sendo a performance a razão entre o número de classificados “da” EMERJ e o número total de classificados, como demonstra a **Tabela 2** abaixo:

Tabela 2 – Concursos	EMERJ	Total	Performance EMERJ
XXVII Concurso 1997	13	30	43,33%
XXVIII Concurso 1997	9	36	25,00%
XXIX Concurso 1998	8	25	32,00%
XXX Concurso 1998	8	28	28,57%
XXXI Concurso 1999	9	21	42,86%
XXXII Concurso 1999	11	18	61,11%
XXXIII Concurso 2000	5	9	55,56%
XXXIV Concurso 2001	20	26	76,92%
XXXV Concurso 2002	8	16	50,00%
XXXVI Concurso 2002	12	25	48,00%
XXXVII Concurso 2003	12	26	46,15%
XXXVIII Concurso 2003	27	47	57,45%
XXXIX Concurso 2004	30	54	55,56%
XL Concurso 2005	46	76	60,53%
XLI Concurso 2007	16	24	66,67%
XLII Concurso 2008	1	3	33,33%
Total	235	464	50,65%

13 – CONCLUSÃO

Por que alguém dedica tempo considerável da sua vida e muitos recursos financeiros para se preparar para concursos, especialmente para

as carreiras de nível superior na área de Direito? Porque passar por provas e restrições devido a um elevadíssimo grau de concorrência? Seria pelos elevados salários? Pela estabilidade? Pelos vários benefícios? Pelo status social do cargo? Ou ainda, pela combinação de todos estes fatores? Para mim, este “porquê” interessa muito pouco.

O que interessa é, uma vez que tratamos de pessoas que voluntariamente se inserem e se mantêm¹² nesta situação social, **COMO** elas mobilizam meios na consecução deste fim. Preparar-se para um concurso não é apenas acumular conhecimentos técnicos do Direito capazes de incrementar a realização de exames de seleção. Preparar-se para um concurso significa inserir-se em um contexto específico, em um emaranhado de interações interpessoais onde há acumulação e troca de recursos técnicos, sociais, financeiros e cognitivos a serem mobilizados na persecução do fim pretendido: passar.

Assim, o que sustento é que toda esta economia de recursos, estruturante de um contexto social não é simplesmente abandonada ou convertida quando do ingresso efetivo na carreira, mas tem forte incidência sobre a formação do perfil profissional da mesma. Assim, tomar os concursandos – grupo que ganha homogeneidade na medida em que comunga e se mantém coeso por circunstâncias de fato – como objeto de estudo é também um passo importante para a construção de uma sociologia das profissões jurídicas. É evidente que os alunos da EMERJ não generalizam esta enorme população, mas servem de campo fértil para o desenvolvimento de ferramental metodológico e formulação de hipóteses.

Portanto, categorias como motivação e vocação importam pouco para a compreensão do agir dos concursandos. A dimensão subjetiva ou mesmo psicológica da orientação que amalgama seus meios e fins apenas ganha interesse na medida em que se objetiva em *curtos de ação*, escolhidos diante de uma paleta de opções possíveis. Estes é que dão inteligibilidade sociológica à atividade de preparação para concursos, uma vez que são eles que são observáveis e descritíveis.

No tocante à dinâmica envolvida nas interações em questão, considero oportuno o uso da teoria dos jogos como plano compreensivo. Eu não estou me referindo ao *equilibrium* de Nash ou ao *optimum* de Pareto, tampouco à aplicação jurídica deste último por Posner e toda a corrente do *law and economics*. Refiro-me ao uso da metáfora do jogo que faz

12 Evidentemente, existem aqueles que desistem deste curso de ação.

Goffman para compreender interações sociais envolvendo concorrência entre atores em situações de risco e consequentialidade. Por esta razão me permito tratar estes cursos de ação como *estratégias*.

Desta forma, as estratégias mapeadas neste trabalho são basicamente duas: a da dedicação exclusiva e a da mudança de carreira. A estratégia da dedicação exclusiva pode possuir a forma pura ou progressiva (a “escadinha”) e a estratégia da mudança de carreira pode possuir a forma endógena ou exógena. A distinção básica entre as duas é o momento em que são adotadas. A estratégia da dedicação exclusiva é adotada logo após à formatura e mantida desde então, quando o ator abandona a condição de estudante e adota diretamente a de concursando. A estratégia da mudança de carreira ocorre durante o curso de outra atividade profissional. A incidência de cada uma das estratégias, suponho, possui caráter numericamente decrescente, em que uma maioria adotaria a estratégia da dedicação exclusiva pura e uma minoria, a da mudança de carreira exógena.

A estratégia da dedicação exclusiva pura implica a adoção da preparação direta para a(s) carreira(s) desejada(s) imediatamente após a formatura, ficando claro que durante o curso de graduação vários outros cursos de ação podem ter sido tomados no objetivo de preparar esta estratégia. Nesta modalidade o suporte financeiro importa sobremaneira, pois não é possível calcular o tempo necessário para o ingresso na carreira pretendida, único fato capaz de fazer cessar a situação de ganho material zero e elevadas despesas.

A estratégia da dedicação exclusiva progressiva apenas difere da pura na medida em que múltiplas tentativas de acesso a carreiras diferentes da pretendida funcionam como elemento de compactação do tempo necessário à alteração da situação financeira, uma vez que às outras carreiras que compõem a “escadinha” o acesso apresenta menos concorrência e provas menos complexas. Esta estratégia é adotada para compensar as restrições econômicas de um menor suporte familiar e\ou a necessidade de outras fontes de financiamento como crédito ou uso de economias. Esta estratégia comporta até aqueles que realizam uma atividade remunerada durante a preparação, se tiver o fim exclusivo de financiá-la.

A estratégia de mudança de carreira endógena é aquela em que um profissional jurídico, no curso de uma carreira (ainda que pública), decide abandoná-la para se preparar para concursos. É importante notar que a

partir desse momento os desdobramentos são os mesmos das duas estratégias anteriores, e pode também ocorrer a manutenção da atividade anterior para financiar a preparação.

Por fim, a estratégia da mudança de carreira exógena é aquela em que um profissional de área diferente da jurídica (ainda que pública) decide abandoná-la para se preparar para concursos jurídicos. Neste caso, o curso de Direito não seria uma fase preparatória da estratégia, mas parte integrante dela. A partir daqui é importante notar que, além dos cursos de ação já previstos anteriormente, deve-se adicionar a possibilidade de manutenção da atividade anterior como financiadora da estratégia ou mesmo uma mudança para uma atividade jurídica remunerada para tanto.

Uma última distinção é cabível a este ponto. O trabalho menciona três categorias que não podem se confundir, quais sejam: projeto familiar, suporte familiar e planejamento familiar. *Projeto familiar* é a participação da família no processo de avaliação das chances de concorrência, feito por cada concursando, bem como na própria atividade de preparação, fornecendo ao mesmo vários recursos, não apenas financeiros, mas também morais e psicológicos. Suporte familiar é a simples transferência de recursos financeiros da família para o concursando durante a preparação. *Planejamento familiar* é a perspectiva do concursando de mudança de status, como casar-se, ter filhos... enfim, toda a decisão íntima que implique acréscimo de responsabilidade e independência.

Evidentemente são muitas as nuances que podem ser imaginadas acerca das estratégias aqui descritas, até mesmo a possibilidade de cursos de ação que, por seu caráter desestruturado, não configurariam uma verdadeira estratégia, o que apenas é possível melhor mapear mediante o uso complementar de abordagens de pesquisa qualitativa. Como já tive a oportunidade lecionar e de observar aulas na EMERJ, realizar grupos focais com alunos e entrevistas com dirigentes, é um trabalho que pretendo realizar em breve. ❖

Breves Apontamentos Acerca da Proteção Contratual do Consumidor Vista à Luz da Lei n. 8.078/90

Adriano Roberto Vancim

*Advogado licenciado. Professor colaborador, con-
teudista da disciplina Direito Administrativo no curso
de Pós-Graduação da Faculdade de Educação São
Luís/SP.*

1 - INTRODUÇÃO

Com efeito, surgiram as lições e traduções do Direito do Consumidor pelas disposições Constitucionais do art. 5º, inciso XXXII, art. 170, inciso V e art. 48 do ADCT, robustecendo-se a tais normas o art. 1º do CDC.

Seguindo melhor doutrina, grande maioria das normas jurídicas prescritas pela legislação consumerista possuem natureza de ordem pública, inderrogáveis e intangíveis, podendo-se inferir, mediante a edição do CDC, o que se denomina de “dirigismo contratual”, de modo que, a intervenção estatal, visando apenas “manter a ordem”, buscou proteger o consumidor, reconhecendo-o como parte sensível na relação.

Segundo pontificado no art. 1º do CDC, “*o presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos do art. 5º, inc. XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias*”.

A necessidade da tutela legal do consumidor emergiu da imensa expansão do mercado de consumo, produtivo em larga escala, robustecido com suas normas técnicas daquele que detém o poderio econômico e financeiro imperante, tendo havido a obrigação de forte intervenção estatal direcionada a estabelecer equilíbrio nas relações contratuais compactuadas, sobretudo ante a vulnerabilidade técnica do consumidor.

Deu-se a intervenção sob a nomenclatura de dirigismo ou delimitação contratual, como atuação do poder estatal para a manutenção da ordem jurídica perfeita, ante o liberalismo econômico vigente.

Assim, pautou-se em reequilibrar a relação de consumo, ora estabelecendo vigas mestras a direitos do consumidor, ora coibindo ou reprimendo práticas abusivas de mercado perpetradas pelos fornecedores.

A codificação das disposições advindas da 'relação de consumo' buscou inspiração nos mesmos modelos intervencionistas estatais, do *Projet de Code de La Consommation*, das leis gerais espanholas (*Ley general para La Defensa de los Consumidores y Usuarios*) das ordenações de Portugal, México, especificamente em algumas matérias, das Diretivas Europeias, de legislações alemãs e americanas, preferindo a meras disposições em leis esparsas como "modelo privado".

A sustentação à legislação consumerista foi tratada constitucionalmente como cláusula pétrea de imutabilidade, dada a premente necessidade de codificação em favor do consumidor, pelo qual o Constituinte Originário optou e fez constar pela impossibilidade de qualquer ato ou fato superveniente possível a repelir a garantia dos direitos do consumidor, dispondo no art. 5º que "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor".

Assim procedeu, fixando prazo para a elaboração da codificação consumerista, no prazo de 120 dias a contar da promulgação da Constituição Federal, consoante art. 48 do ADCT: "*O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor*".

Ainda que identificado como ramo do Direito Privado, compõe-se o CDC de normas de ordem pública e cogentes, imperativas por expressão, inafastáveis e intangíveis, sob pena de, ocorrendo disposição contratual em contrário, estas serem reconhecidas como nulas de pleno direito, como se dá, v.g. em casos de restrição ao direito de arrependimento.

Tais normas são também consideradas de interesse social, inderrogáveis por vontade dos interessados em determinada relação de consumo, não produzindo efeito.

Estamos diante de uma das maiores legislações evolutivas, que atende aos anseios daquele que mais se utiliza do CDC, sendo incessantemente aplicado e verificado seu sentido teleológico na prática forense, em que pese sua jovialidade legislativa.

Em específico, a proteção do consumidor é hoje vista como norma de ordem pública, o que significa determinar que qualquer cláusula ou norma que eventualmente contravenha, afaste ou aniquile o direito do consumidor será reputada nula de pleno direito, não surtindo os esperados efeitos que recomendaram sua edição.

Inegavelmente, a finalidade teleológica consumerista é exatamente o suprimento e incondicional garantia ao consumidor, compreendido como destinatário final do produto ou serviço disponibilizado.

A par do exposto, pautaremos em apresentar, de modo singelo e de forma sintética, as principais circunstâncias legais regidas pela Lei 8.078/90 atinentes à proteção contratual do consumidor.

2. PRINCÍPIOS IMANENTES

2.1. Princípio da Conservação do Contrato (art. 6, V e 51 § 2)

Deste princípio emerge a possibilidade de revisão das cláusulas contratuais ante a ocorrência de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas, bem assim a possibilidade de modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações excessivamente desproporcionais, observando-se o caráter teleológico da relação de consumo. Neste íterim, em favor do consumidor, há certa mitigação ao princípio do “*pacta sunt servanda*”, sobretudo em regra por se materializarem os contratos em adesão.

Registre-se que a possibilidade de revisão e modificação das cláusulas contratuais, encontra arrimo na vulnerabilidade a que se expõe o consumidor, na boa-fé e equilíbrio que devem reger a relação, e principalmente na incessante busca pela isonomia contratual entre as partes.

2.2. Princípio da Boa-Fé (art. 4, III)

Embora inicialmente prevista no capítulo “da política nacional de relações de consumo” e em seção “das cláusulas abusivas”, há que compreender a boa-fé como cláusula geral contratual, sendo presente na relação de consumo a boa-fé objetiva, como um *standard*, que independe de comprovação de má-fé subjetiva do fornecedor ou mesmo do consumidor.

Conforme outrora assinalado, as partes contratantes devem pautar com probidade e lealdade suas condutas, como dever inerente à honestidade, buscando conferir equilíbrio nas posições contratuais.

Agindo assim, garante-se a contratação sem abuso, sem obstrução e sem constrangimento e prejuízo a qualquer das partes, colimando deste modo ao fim perquirido com a desejada contratação.

A boa-fé, desse modo, atua como instrumento de regra de conduta e interpretação contratual, tornando viável a garantia dos direitos básicos do consumidor, como ocorre com a dignidade da pessoa humana e garantias constitucionais como a da ordem econômica.

Tem-se seus sub-princípios:

a) Dever de cooperação ou solidariedade – Estabelece-se o dever de as partes cooperarem umas com as outras no sentido de atingir o almejado desejo contratual firmado.

b) Dever de cuidado – Expressa o dever de segurança que uma parte deve ter com relação à outra, em harmonioso respeito, de sorte a evitar a ocorrência de danos nas esferas moral e material.

2.3. Princípio da Equivalência

Sendo o consumidor reconhecidamente parte vulnerável e hipossuficiente, *mister* a manutenção do equilíbrio existente entre prestações e contraprestações firmadas.

2.4. Princípio da Igualdade (art. 6, II)

Há que se estabelecer e garantir tratamento igual às partes, sendo admitidas iguais condições. A ressalva existente impera quanto a privilégios a consumidores que necessitem de condições especiais.

2.5. Princípio do Dever de Prestar (arts. 6, III, 30 e 31)

Constitui o mandamento por meio do qual o fornecedor está obrigado a prestar, de maneira clara e precisa, em linguagem objetiva e acessível, todas as informações devidas referentes aos produtos e serviços postos na cadeia de consumo, atinentes a suas características, composição, qualidades, quantidades, preço, garantia, prazo de validade, riscos que apresentem, dentre outras.

Frise-se, também, o caráter vinculante da oferta, apresentação ou publicidade, no exato termo de sua divulgação ou publicação.

Apresenta o seguinte sub-princípio:

a) Princípio ou Dever de Transparência – Aqui, o fornecedor está adstrito a dar conhecimento ao consumidor do conteúdo do contrato antes mesmo de sua conclusão, sob pena de não vinculação à sua execução.

2.6. Princípio da Execução Específica da Oferta (arts. 35, I e 84§1)

Considerando que a oferta, sob modo de informação precisa e clara, vincula o fornecedor nos termos em que realizada, é da dicção legal a sua execução forçada e específica para cumprimento. Diversamente do que ocorre na legislação civil, em direito do consumidor à recusa indevida em satisfazer a oferta livremente veiculada exsurge obrigação de fazer, resolvendo-se apenas subsidiariamente em perdas e danos, desde que frustrada a execução proposta.

3. ASPECTOS GERAIS DA CONTRATAÇÃO CONSUMERISTA

Recomenda o art. 46 do CDC, que *“os contratos que regulam as relações de consumo não obrigam os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance”*.

Nesse diapasão, necessário discorrermos quanto ao sentido imposto por tal ordenação:

3.1. Espécies de contratos regulados pelo CDC

Todo e qualquer contrato poderá ser regido pelo CDC, basta apenas que se caracterize a relação de consumo, vale dizer, relação jurídica firmada entre consumidor e fornecedor, o primeiro como destinatário final na aquisição de produto ou serviços. Cumpre, entretanto, dispor, que tais contratos, em boa parte das vezes, se revestem de adesão, haja vista as cláusulas estarem prévia e unilateralmente estabelecidas pelo fornecedor, sem que seja possível a discussão e recusa pelo consumidor do conteúdo do contrato, bastando apenas que adira sua vontade.

Ocorre igualmente, quando da prévia aprovação das cláusulas pela autoridade competente, em casos em que o Poder Público é o fornecedor, mais presente nas hipóteses de fornecimento de serviços.

Conforme admitido pelo art. 54, seus parágrafos estipulam algumas regras específicas e protetivas ao consumidor. a) a inserção de cláusula no formulário não desnatura o contrato de adesão; b) em contratos de adesão,

é admissível a inserção de cláusula resolutória, desde que alternativa, cabendo a escolha ao consumidor; c) os contratos de adesão poderão ser verbais ou escritos, ressaltando, no segundo caso, a necessária redação em termos claros e precisos, ostensivos e legíveis, de modo a facilitar a compreensão do consumidor; d) a inserção de cláusulas limitativas ao direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, facilitando sua fácil compreensão.

Cumpre assinalar, atendo-se às regras específicas à contratação por adesão, o seu conceito legal adotado pelo CDC, pelo qual, “contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”.

Não se olvide, por conseguinte, que o contrato de adesão não induz novo tipo contratual ou categoria autônoma de contratação, mas apenas resplandece nova técnica de formação contratual, em oposição aos nominados contratos de comum acordo, em que se presencia negociação entre as partes.

3.2. Interpretação das cláusulas de maneira mais favorável ao consumidor

Tal dispositivo não fere a regente igualdade, porquanto trata aqui da igualdade substancial das partes (isonomia), de modo que, em regra, pronto a avença, a interpretação deve ser dada sob contra do negócio jurídico. Entrementes, dada a reconhecida vulnerabilidade do consumidor, tida e protegida como direito básico, somada a casos de ambiguidade, contradição e dúvida das cláusulas, a coesa interpretação deve ser posta a favor do consumidor.

Em lição de Nelson Nery Júnior¹, *“os princípios da teoria da interpretação contratual se aplicam aos contratos de consumo, com ressalva do maior favor ao consumidor, por ser a parte débil da relação de consumo. Podemos extrair os seguintes princípios específicos da interpretação dos contratos de consumo: a) a interpretação é sempre mais favorável ao consumidor; b) deve-se atender mais à intenção das partes do que à literalidade da manifestação de vontade; c) a cláusula geral da boa-fé reputa-se*

¹ *In*, Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 388.

ínsita em toda relação jurídica de consumo, ainda que não conste expressamente do instrumento do contrato (arts. 4, caput e n III, e 51, n IV do CDC); d) havendo cláusula negociada individualmente, prevalecerá sobre as cláusulas estipuladas unilateralmente pelo fornecedor; e) nos contratos de adesão as cláusulas ambíguas ou contraditórias se faz contra stipulatorem, em favor do aderente (consumidor), f) sempre que possível interpreta-se o contrato de consumo de modo a fazer com que suas cláusulas tenham aplicação, extraindo-se delas um máximo de utilidade (princípio da conservação)”.

Corroborando:

“CONTRATO – COMPRA DE JAZIGO – CLÁUSULAS CONTRATUAIS – CDC – Tratando-se de típica relação de consumo, as cláusulas contratuais devem ser interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor. Em tendo a autora contratado plano de compra de jazigo que incluía serviços ao beneficiário, deve ser cumprida a obrigação na forma como pactuada. Apelo improvido”. (TJRS – APC 70001385848 – 5ª C.Cív. – Rel. Des. Marco Aurélio dos Santos Caminha – J. 17.05.2001)

“CONTRATO DE SEGURO – PRÊMIO DEBITADO EM CONTA CORRENTE EM BANCO INTEGRANTE DO MESMO GRUPO EMPRESARIAL DA SEGURADORA – INADIMPLÊNCIA AFASTADA – DOENÇA PREEXISTENTE – CONTRATO DE ADESÃO – BOA-FÉ – APLICAÇÃO DO CDC – AUSÊNCIA DE PROVA DA SEGURADORA (CPC, 333,II) – O contrato de seguro insere-se entre as atividades protegidas pelo CDC, posto, assim, expressamente em seu art. 3º, §2º. Nesse caso, tratando-se de contrato por adesão, suas cláusulas, ex vi do art. 47, são interpretadas mais favoravelmente ao consumidor, no caso, o aderente. Provando-se que as partes aceitaram sistema de débito e crédito no pagamento do prêmio não se pode argüir inadimplência após o evento morte. A boa-fé se presume, a má-fé se prova. Quedando-se inerte quanto à prova desconstitutiva de direito, impõe-se presumir que prova alguma tem a parte que alega má-fé da outra, na contratação do seguro”. (TAMG – Ap 0294007-6 – (31968) – 1ª C.Cív. – Rel. Juiz Nepomuceno Silva – J. 22.02.2000)

3.3. Conhecimento prévio do conteúdo do contrato

Em extensão ao princípio da informação e da transparência, o fornecedor está obrigado a precisar ao consumidor, antes da celebração do contrato, seu conteúdo e implicações que possam advir, sob pena de não vinculação contratual.

Assim, o fornecedor deve propiciar meios ao consumidor, previamente à conclusão da avença, de acesso e efetivo conhecimento do conteúdo do contrato, com todas as implicações atinentes a direitos e deveres dos contratantes, especialmente quanto a cláusulas restritivas de direitos do consumidor e consequências sancionatórias emergidas por eventual inadimplemento.

Isto, sobretudo, revela, de outro modo, ser interesse próprio do fornecedor, haja vista o consumidor ter a seu favor a inversão do ônus da prova, que será transferido ao fornecedor, o qual somente poderá pautar sua escusa na oportunidade conferida ao consumidor em tomar prévio o conhecimento das cláusulas.

Já posicionou a jurisprudência:

“SERVIÇO TELEFÔNICO PÚBLICO – CÓDIGO 0900 – INEXISTÊNCIA DE OBRIGAÇÃO DE PAGAMENTO – CONTRATO LACUNOSO – ÔNUS DA PROVA – APLICAÇÃO DO CDC – Os contratos de prestação de serviço telefônico público subordinam-se à disciplina do CDC, pelo que não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance (art. 46). – Fundando-se o pedido do usuário em que as ligações constantes da fatura mensal não se originaram de seu aparelho, o ônus da prova, nesse passo, transfere-se à empresa concessionária de telecomunicações. Exceção à regra geral do art. 333 do CPC e aplicação do art. 6º, VIII, do CDC, posto que, estando todos os elementos da prova em poder do réu, o autor fica impossibilitado de provar o fato constitutivo do seu direito”. (TAMG – Ap 0302338-3 – (31398) – 6ª C.Cív. – Rel. Juiz Dárcio Lopardi Mendes – J. 06.04.2000)

3.4. Efeito vinculante da declaração de vontade

Corolário ao princípio acima citado e ao dever de prestar as declarações de vontade vinculam o fornecedor nos termos em que perpetradas, o que enseja, para seu fiel cumprimento, execução específica, resultando apenas perdas e danos, subsidiariamente.

3.5. Denúncia vazia do contrato

É conferido ao consumidor, segundo prescrito no art. 49 do CDC, *“desistir do contrato no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio”*.

Permite-se ao consumidor o direito de arrepender-se da contratação pactuada, desde que firmada fora do estabelecimento mercantil do fornecedor, sobretudo se ocasionada via telefone ou em domicílio, independentemente de motivação própria a justificar o arrependimento. Assegura-se ainda ao consumidor o direito à devolução das quantias pagas, corrigidas monetariamente, sendo considerada abusiva e nula de pleno direito, cláusula contratual que restrinja tal direito (parágrafo único).

Igualmente, incumbe exclusivamente ao fornecedor arcar com os gastos advindos do negócio, como despesas com frete, entrega do material e outros encargos mais, sendo também considerada abusiva e nula cláusula em sentido contrário, haja vista a obstaculização gerada ao direito de arrependimento do consumidor.

Discriminam-se como exceções a esta regra:

a) o fato de o consumidor, já conhecedor do produto ou serviço a ser contratado, simplesmente perfazer a contratação via telefone, desde que não ocorram mudanças nas condições usuais do negócio;

b) o fato daqueles negócios jurídicos que, essencialmente, se efetivam fora do estabelecimento do fornecedor.

3.6. Garantias contratuais

Induvidosamente diversa da garantia legal, norma cogente e de ordem pública, faculta o CDC em seu art. 50, a possibilidade do fornecedor em estender esta garantia, em complementação à legal, quanto aos prazos e condições do negócio.

Nos termos assinalado, “a garantia contratual é complementar à legal e será conferida mediante termo escrito”. Como dito, a garantia legal é obrigatória e inderrogável, não podendo, de forma alguma, ser substituída pelo fornecedor, ainda que sob pretexto contratual, de outra modalidade de garantia. (“garantia mais favorável”)

Destarte, consoante prescrição inserta no art. 24 do CDC, a garantia legal de adequação, qualidade e segurança dos produtos e serviços, independe de termo próprio, sendo abusiva cláusula que exonere o fornecedor de prestá-la, proibida ainda, a exoneração quanto ao dever de indenização pelo fato ou vício do produto ou serviço.

É dever do fornecedor precisá-la, (seus termos e por escrito), sendo-a parte integrante do contrato celebrado. Deve também ser padronizada, atingindo com uniformidade os consumidores. Respectivo termo, preenchido com todos os esclarecimentos que se fizerem necessários para a efetivação da informação e garantia concedida, deve ser entregue ao consumidor juntamente com o manual de instalação e instrução do produto ou serviço.

O termo escrito, como substância do ato, conterà, via de regra, indicações quanto a forma, prazo e lugar em que pode ser exercida a garantia, e em que consistem eventuais ônus a cargo do consumidor, dentre outras informações a critério do fornecedor que possibilitem maior análise e compreensão.

4. PRÁTICAS ABUSIVAS

São práticas viciosas e irregulares incidentes na relação de consumo, abusivas contra o consumidor, que afrontam seus direitos básicos e princípios regentes da legislação consumerista, e que geram forte e interminável desequilíbrio contratual.

A prática abusiva refletida pelo CDC é aquela que incide de modo direto e vertical na relação de consumo, afetando, nas mais diversas formas, o bem-estar do consumidor. Nem sempre as práticas abusivas são expressadas por publicidade enganosa, às vezes vêm carreadas de imoralidade econômica e premiadas de danos ao consumidor. Algumas hipóteses são descritas, exemplificativamente, pelo art. 39, o que importa frisar a existência de outras práticas previstas em esparsas disposições do CDC.

Podem se manifestar na fase pré-contratual, contratual e pós-contratual, sendo o rol do art. 39, meramente exemplificativo, vislumbrando-se facilmente em outras disposições do CDC e em leis extravagantes.

4.1. Hipóteses legais do art. 39 do CDC

4.1.1. Condicionamento do fornecimento do produto ou serviço

Proíbem-se, neste inciso, duas espécies de condicionamento ao direito e exercício do consumidor:

a) Venda casada – Ocorre ante a negativa do fornecedor em vender o produto ou prestar serviço desejado pelo consumidor, desde que este adquira outro produto ou serviço seu. Não se dá apenas quanto à compra e venda, e sim, em qualquer outra modalidade de contratação, tendo em vista o conceito “fornecimento” ser muito mais amplo e abrangente.

b) Condição quantitativa – Verifica-se a partir do momento em que o fornecedor condiciona o negócio apenas sobre a quantidade por ele disposta a interesse do consumidor, que diga respeito ao mesmo produto ou serviço objeto do fornecimento.

Pacífico hoje que referida restrição não possui caráter absoluto, sendo relativizado mediante “justa causa” apresentada pelo fornecedor, porém, não lhe confere o direito de obrigar o consumidor a adquirir quantidade superior às suas necessidades, ou seja, a “justa causa” apenas impera e releva limites quantitativos inferiores à desejada pelo consumidor.

4.1.2. Recusa de atendimento à demanda do consumidor

Havendo estoque de produtos e esteja o fornecedor habilitado a prestar o serviço, não pode ele, injustificadamente, recusar-se a atender a demanda do consumidor.

4.1.3. Fornecimento não solicitado

Todo e qualquer produto ou serviço somente vincula o consumidor se por ele foi previamente solicitada a prestação. Muito embora a presente regra, são comuns e corriqueiras as situações em que o consumidor é surpreendido com o fornecimento sem que tenha manifestado qualquer desejo quanto à sua aquisição.

Quando assim o for, correspondente fornecimento é interpretado a título de “amostra grátis”, não cabendo ao consumidor qualquer pagamento ou ressarcimento de verba indenizatória.

4.1.4. Aproveitamento da hipossuficiência do consumidor

A reconhecida vulnerabilidade a que está exposto o consumidor, é tratada a hipossuficiência com maior rigor ainda, pois se refere a consumidores que possuem vulnerabilidade superior à média, em plena hipossuficiência.

É protegido, assim, mediante tratamento mais rígido, o consentimento do consumidor hipossuficiente, de modo que, ainda que ele “assine” o contrato, aparentemente se vinculando a seu conteúdo e cumprimento, este será declarado rescindido ante a vulnerabilidade reconhecida como tratamento diferenciado, que recomenda, sobretudo, inversão do ônus da prova.

4.1.5. Exigência de vantagem excessiva

A mera exigência de vantagem excessiva, exagerada e desproporcional é o suficiente para caracterizar prática abusiva ao direito do consumidor.

4.1.6. Serviços sem orçamento e autorização do consumidor

Mister para a prestação do serviço, o devido orçamento, acompanhado porém, de expressa autorização do consumidor. A simples apresentação do orçamento não é o bastante para início do serviço. Caso seja prestado o serviço sem a autorização do consumidor, sem a sua solicitação, analogicamente será aplicada a esse serviço que confere a esse serviço a natureza de amostra grátis.

4.1.7. Divulgação de informações negativas sobre o consumidor

É vedado ao fornecedor divulgar qualquer informação depreciativa a respeito do consumidor, mesmo até como afronta aos direitos da personalidade, o que, se assim verificado, possibilita a aplicação de indenização correspondente.

4.1.8. Colocação no mercado de produtos ou serviços em desacordo com as normas técnicas

Havendo normas técnicas obrigatórias a serem atendidas e respeitadas, o fornecedor está adstrito à sua observância, pena de caracterização de prática ofensiva.

a) Normalização – Busca-se estabelecer uniformidade entre produtos e serviços, compatibilizando-os com normas de regramento de produção e comercialização, visando, assim, a manutenção da “política de qualidade” em favor do consumidor e o bom funcionamento do mercado de consumo.

Decorre de trabalho híbrido, entre Estado e entidades particulares.

b) Regulamentação – proveniente de ato estatal, possui a mesma finalidade da normalização, sob o gravame de imposição de pleno direito, como caráter de obrigatoriedade absoluta, não apenas ao fornecedor, mas a todos agentes econômicos participantes, direta ou indiretamente da relação de consumo.

4.1.9. Inexistência ou deficiência de prazo para cumprimento da obrigação

Não apenas ao consumidor, como de costume se verifica, mas em todo contrato de consumo deve ser fixado prazo para que o fornecedor cumpra a obrigação contratual, mencionando prazo inicial e final de execução.

5. OUTRAS HIPÓTESES PREVISTAS NO CDC

5.1. Elevação do preço sem justa causa

Mesmo diante da vigorante liberdade de preços operantes em estados capitalistas, busca-se assegurar que poder Público e mesmo o Judiciário tenham mecanismos de controle à incidência de preços abusivos.

Não se trata em tabelar ou engessar o preço, e sim, estabelecer justa causa e parâmetros para sua majoração, não podendo ficar livremente a único e exclusivo critério do fornecedor sua abusiva elevação.

5.2. Reajuste diverso do previsto em lei ou contrato

É vedada a aplicação de vários índices alternativos de preços ao mesmo contrato, notadamente quando já previsto pelas partes índice determinado ou quando pendente de observação normativa.

Repele-se, por conseguinte, a possibilidade de aplicação de índices ou fórmulas de reajustes de preço, dado, muitas das vezes, até de modo unilateral.

5.3. Recusa de venda direta

Veda-se a possibilidade de aceitação contratual por intermediação, a não ser em casos regulados em lei especial.

Refere-se, pois, à imposição pelo fornecedor de intermediários, ao consumidor que se dispõe a adquirir, diretamente, produtos ou serviços.

6. CLÁUSULAS ABUSIVAS

Caracteriza-se por ser a ocorrência de cláusulas opressivas à contratação, geradoras de desequilíbrio contratual, inegavelmente desfavoráveis ao consumidor, parte sensivelmente vulnerável e mais fraca na relação de consumo, o qual está blindado pelo manto dos direitos básicos elencados no CDC.

Sua incidência torna inválida a relação contratual estando eivada de nulidade, exposta a qualquer contratação de consumo, expresso ou verbal, de comum acordo ou em forma de adesão.

Buscou o CDC registrar tais ocorrências no art. 51, porém, consoante outrora assinalado e pautando sempre na lídima posição jurisprudencial a respeito, outras podem ser as cláusulas leoninas aos contratos de consumo firmados.

A nulidade gerada é reconhecida de pleno direito, em decisão de cunho constitutiva negativa, alegada em ação direta, em defesa substancial ou de ofício, não estando sujeita ao instituto da preclusão, face a jurídica natureza de norma de ordem pública, podendo ser alegada em qualquer juízo e grau de jurisdição.

Deve-se mencionada característica à ofensa provocada à suprema proteção e defesa do consumidor, retroagindo a decisão que a reconhece ao estado anterior negociativo e conclusivo do contrato. O efeito *ex tunc* operante, como mecanismo mantenedor do “status quo ante”, reconhece a eiva preexistente à contratação.

Já assentou a jurisprudência algumas hipóteses e situações de incidência de cláusulas abusivas:

“AÇÃO MONITÓRIA – JULGAMENTO EXTRA PETITA – INEXISTÊNCIA – NULIDADE – CLÁUSULA CONTRATUAL – APLICAÇÃO DO CDC – MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA – 1. A nulidade de cláusulas contratuais abusivas é matéria de ordem pública e como tal pode ser declarada de ofício pelo juiz. 2. Inexistindo previsão acerca do percentual da taxa de juros e do índice de correção monetária, aplicam-se os juros legais previstos no artigo 1062 do Código Civil e a atualização monetária pelos índices oficiais. 3. Recurso não provido”. (TJPR – ApCiv 0113498-7 – (21463) – Curitiba – 1ª C. Cív. – Rel. Des. Antonio Prado Filho – DJPR 29.04.2002)

“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM RESTITUIÇÃO DE VALORES – PRELIMINAR DE NÃO-CONHECIMENTO DO RECURSO – FALTA DE AUTENTICAÇÃO DE CÓPIA DE SUBSTABELECIMENTO – IRREGULARIDADE FORMAL – AFASTADA – COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA – INADIMPLEMENTO DO CONSTRUTOR – IMÓVEL NÃO ENTREGUE NO PRAZO – RESCISÃO DO CONTRATO DECRETADA – DEVOLUÇÃO DAS PRESTAÇÕES – MULTA CONTRATUAL INDEVIDA – CDC – CLÁUSULA ABUSIVA – EQUILÍBRIO CONTRATUAL E BOA-FÉ – RECURSO IMPROVIDO – A não-autenticação do substabelecimento de procuração constitui mera irregularidade incapaz de impedir o conhecimento do recurso, especialmente se a impugnação diz respeito apenas ao aspecto formal. Verificado o atraso na entrega da obra, enseja-se ao promissário-comprador a suspensão do pagamento das prestações do imóvel, com supedâneo no art. 1.092 do Código Civil, e obtenção judicial da rescisão do contrato, voltando-se as partes contratantes ao status quo ante, com a devolução de todas as quantias pagas, de imediato e de uma só vez, devidamente corrigidas, e juros moratórios a partir da citação. A cláusula de contrato de adesão que estabelece vantagem exagerada à parte, como multa pelo inadimplemento no percentual de 30% sobre o valor das importâncias pagas, revela-se abusiva e ofende o postulado do equilíbrio contra-

tual e cláusula geral de boa-fé”. (TJMS – AC 2001.004406-7/0000-00 – 3ª T. Cív. – Rel. Des. Paulo Alfeu Puccinelli – J. 26.11.2001)

6.1. Espécies de cláusulas abusivas

6.1.1. Cláusula de não indenizar no contrato de consumo

Em sede de contrato de consumo, toda cláusula que contenha qualquer tipo de impedimento ao dever do fornecedor em indenizar, é tida como abusiva, nula de pleno direito, sendo descabida sua inclusão no contrato de consumo.

Assim, a proibição atinge as hipóteses de exoneração ou atenuação à responsabilidade do fornecedor pela reparação de danos de qualquer natureza pelo fato de produtos ou serviços, bem assim, pela reparação de danos advindos de vícios do produto ou do serviço.

Outras obrigações de indenizar são alcançadas pela proibição, haja vista a afronta ao princípio da não renúncia ou disposição de direitos do consumidor.

6.1.2. Cláusula de renúncia ou disposição de direitos

Sendo a legislação consumerista, detentora de normas de ordem pública, intangíveis e cogentes, nula é a cláusula que permita a renúncia ou disposição de direitos do consumidor, por ensejar quebra do equilíbrio contratual.

É da dicção consumerista, a equivalência de prestações, sendo nula, por restringir indubitavelmente o direito de defesa do consumidor, cláusula limitativa da *“exceptio non adimpleti contractus”*. Igualmente, nula é a cláusula que impeça o consumidor de ajuizar ação visando a resolução por inadimplemento contratual.

Fica também abrangida a proibição de inserção da cláusula *solvi et repete* ou *exceptio solutiones*, pela qual fica o devedor obrigado a cumprir seu dever de prestar, independentemente do cumprimento da prestação da outra parte, evitando a ocorrência da *“mora debitoris”*. Nesse jaez, fica em condição de privilégio o fornecedor, porquanto está condicionalmente impedido o consumidor de ajuizar ação (negação de acesso à justiça), enquanto não cumprida integralmente sua parte na avença.

Por fim, nula também é a cláusula de renúncia ao benefício de ordem derivado da fiança, em qualquer relação contratual de consumo, e não somente nos casos de contrato de locação.

6.1.3. Cláusula de limitação da indenização e o consumidor pessoa jurídica

Há certa atenuação e suavização quanto à limitação indenizatória em se tratando de consumidor pessoa jurídica. A norma consumerista permite certa limitação em casos que tais, ressalvando, entretanto, ser inadmissível cláusula exonerativa a tal direito.

Na prática, deve ser verificável quando será possível a limitação a direito básico, devendo existir juízo de proporcionalidade da medida estampada, sendo permitido, consoante entendimento doutrinário, desde que presentes situações justificáveis determinantes, pena de não ser válida cláusula limitativa de responsabilidade civil.

6.1.4. Cláusula obstativa ao reembolso das quantias pagas pelo consumidor

Várias disposições permitem ao consumidor o irrestrito direito a ver-se reembolsado de verbas pagas a negociações não concretizadas, dentre as quais, nas situações descritas de arrependimento, posto o ônus e risco da mercantilização serem atribuídos a quem detém o poderio econômico-financeiro, como assim ocorre com o fornecedor.

6.1.5. Cláusula de transferência da responsabilidade a terceiros

Conforme princípio basilar contratual, não diferente nas relações de consumo, os efeitos advindos da contratação vinculam apenas as partes contratantes, no caso vertente, fornecedor e consumidor, sendo vedada a transferência de responsabilização a terceiros estranhos à contratação. Apenas na hipótese de seguro permite-se respectiva responsabilização, estando, porém, garantido o direito ao consumidor, de demandar contra fornecedor e seguradora, em vista da solidariedade legal prevista.

6.1.6. Cláusula que estabeleça obrigações iníquas e vantagem exagerada

De difícil precisão, são nulas as cláusulas que fixem obrigações e vantagens desproporcionais, exorbitantes e destrutivas em face do consumidor.

6.1.7. Cláusula incompatível com a boa-fé e a equidade

Cláusula que subtraia a possibilidade de interpretação contratual sob a égide da boa-fé e da equidade, deve ser desprezada pelo julgador, posto a boa-fé ser representada como princípio modelador das atuais negociações perpetradas, compreendida como cláusula geral contratual imperante.

Pela equidade, determina-se o encontro e a manutenção das partes em pleno equilíbrio com o contrato estabelecido, buscando assegurar justiça contratual ao caso concreto.

6.1.8. Cláusula “surpresa”

Muito embora vetada do texto original, referida cláusula encontra implícito escoro nos princípios da boa-fé e ao dever de informação do fornecedor.

Por ela, protege-se o consumidor sobre determinada circunstância contratual não informada pelo fornecedor, não somente advindo da conclusão e esclarecimentos quanto ao conteúdo do contrato, mas também dada a dúbia e obscura informação preexistente.

Nos dizeres de Nelson Nery Júnior², *“para caracterizar-se a estipulação como cláusula-surpresa, não basta que o contrato tenha conteúdo complicado ou complexo. É preciso que dele exsurja um efeito surpresa ou efeito de burla, que ocorra, por exemplo, por falta de esclarecimento adequado do consumidor sobre o conteúdo e conseqüências do contrato, tarefa a cargo do fornecedor (art. 46 do CDC). Importará aqui, sobretudo, a experiência negocial e o estágio de conhecimento do consumidor, bem como o contexto da economia e o tipo de contrato”*.

6.1.9. Cláusula de inversão prejudicial do ônus da prova

Sendo o consumidor parte estritamente vulnerável na relação de consumo, dada ainda sua hipossuficiência, a inversão probatória não pode ser concedida prejudiciosamente ao consumidor, de modo a constituir prova em seu desfavor.

6.1.10. Cláusula de arbitragem compulsória

A legislação consumerista no inciso VII do art. 51 define como cláusula abusiva, nula de pleno direito, a inserção no contrato relativo ao for-

² Idem., p. 414.

necimento de produtos e serviços, a cláusula que determine a utilização compulsória da arbitragem.

De outra sorte, o art. 1º da Lei da Arbitragem admite-a sem fazer qualquer ressalva ou sem qualquer condição especial a ser observada, bastando, para tanto, que se trate de direito patrimonial disponível e firmado o contrato por pessoa capaz.

O que se extrai da Lei consumerista é a proibição da inserção da cláusula compromissória, como mecanismo de solução de conflitos futuros, ainda não surgidos, que disserem respeito ao fornecimento de produtos ou serviços, desde que não tomada a iniciativa do aderente em instituir a arbitragem, ou quando presente sua expressa concordância (par. 2º, art. 4º da Lei da Arbitragem). Assim o é caracterizado como cláusula abusiva, pois uma vez estipulado inicialmente no contrato, vincula o aderente-consumidor e o proíbe de se socorrer às vias judiciais quando necessário.

A partir do instante em que é estipulada unilateralmente a cláusula compromissória nos contratos de adesão, o aderente está submisso a ver o litígio decidido por árbitros escolhidos particularmente pela parte mais forte na relação contratual, não podendo mais ser amparado pela justiça ordinária; algo que o coloca, indubitavelmente, em posição de desvantagem e desigualdade jurídica.

Neste mesmo sentido, ao mencionar a proibição à arbitragem, auferese que o inc. VII do art. 51 do CDC refere-se tão só à cláusula compromissória imposta sem o consentimento expresso do aderente. Não é imposta qualquer vedação ao compromisso arbitral, uma vez que o citado dispositivo legal, em conjunto com o art. 1º da Lei da Arbitragem, não admite interpretação extensiva ou analogia.

Ademais, sendo o compromisso arbitral estabelecido posteriormente ao nascimento da controvérsia jurídica atual, presente, nenhum prejuízo será experimentado pelo aderente, pois até então, não lhe é tirado de forma alguma o direito de se utilizar da via judicial. Estabelece-se que, na verdade, houve derrogação de normas, e não ab-rogação. Dera-se a revogação parcial, quando o inc. VII do art. 51 do CDC criou exceção quanto à inserção da cláusula compromissória nas relações contratuais de consumo, atingindo o art. 1037 do Código Civil de 1916, que

fora mantido integralmente, quanto aos seus destinatários, pelo art. 1º da Lei da Arbitragem.

Interpretado estritivamente, como assim deve ser a legislação consumerista, tem-se que esta norma continua em plena vigência, atinente unicamente à cláusula compromissória imposta unilateralmente, em relação aos contratos de adesão referentes a consumo, não sendo extensivo de maneira alguma esta vedação ao compromisso arbitral.

6.1.11. Cláusula que apresente “representante imposto”

Tem-se clarividente a proibição da inserção de cláusula de representação negocial, para conclusão ou execução do contrato por representante do consumidor.

A razão para detida vedação está na possibilidade de haver conflito de interesses entre representante e representado, tendo em vista o representante agir em nome alheio, como substituto do representado, bem assim a seu livre e exclusivo interesse.

6.1.12. Cláusula permissiva de opção exclusiva pelo fornecedor

Nula é a cláusula que permita ao fornecedor, a seu livre sabor, concluir ou não o contrato, obrigando o consumidor a aceitar sua opção. Isto, claramente, evidenciaria desequilíbrio na relação de consumo, também expressamente vedado.

6.1.13. Cláusula permissiva de alteração unilateral do preço

O consumidor não pode ser compelido a aceitar acréscimos de preço fixados unilateralmente pelo fornecedor, sem qualquer parâmetro legal. A mesma proibição é extensiva à majoração de taxas de juros e outros encargos, sendo recomendável, caso existentes modificações de situação econômica, bilateral discussão em volto da inserção ou não de novo preço.

6.1.14. Cláusula permissiva de cancelamento unilateral do contrato

Admite-se o cancelamento do contrato de consumo por expressa manifestação bilateral dos contratantes, que diante de certas circunstâncias, optaram por sua resilição.

A contrário, porém, é terminantemente proibido a resilição unilateral, por parte do fornecedor, do contrato outrora pactuado.

6.1.15. Cláusula de ressarcimento unilateral dos custos de cobrança

O CDC permite a estipulação na avença de cláusula de ressarcimento de custos de cobrança, desde que amplamente conferida a consumidor e fornecedor, estando proibida a inclusão de cláusula que confira apenas ao fornecedor o direito de se ver ressarcido de despesas com cobrança.

6.1.16. Cláusula que possibilite a modificação unilateral do contrato

Igualmente fundada na igualdade, equilíbrio e proteção aos direitos do consumidor, proíbe-se sobremaneira a possibilidade unilateral do fornecedor em alterar o conteúdo do contrato fixado, observando-se apenas situações motivadoras que lhes entende favoráveis e prejudiciais ao consumidor.

Toda e qualquer disposição contratual deve ser apreciada pelas partes contratantes, de sorte que, qualquer modificação deve ser favorável e de interesse de ambas as partes.

6.1.17. Cláusula que viole normas ambientais

Toda cláusula contratual que possibilitar, em tese, infração ao meio ambiente, é considerada nula pelo CDC, bastando, para tanto, a simples potencialidade lesiva, sendo, portanto, irrelevante para a decretação de nulidade, a comprovação de ocorrência de dano real. Compreendem-se as proibições geradoras de infração ao meio ambiente natural, cultural, urbanístico e do trabalho.

6.1.18. Cláusula ofensiva aos princípios fundamentais da lei de consumo

De *per si*, toda e qualquer cláusula que trazer a concessão de vantagens ao fornecedor em plena desarmonia aos princípios fundamentais e inderrogáveis da legislação consumerista será nula de pleno direito, não surtindo os esperados efeitos motivadores de sua inserção.

6.1.19. Cláusula que importe onerosidade excessiva ao consumidor

Em sintonia ao princípio da equivalência contratual, incidindo extrema onerosidade excessiva ao contrato de consumo, gerando mórbido desequilíbrio e colocando o consumidor em posição de desvantagem, esta cláusula será nula.

Sendo, entretanto, a excessiva onerosidade, superveniente e extraordinária, não desejada pelas partes, mas provocada por agentes externos, decorrentes sobretudo da álea administrativa, pode o consumidor requerer a revisão do contrato ou a modificação da cláusula, amoldando-a à nova realidade e possibilidade de seu cumprimento.

6.1.20. Cláusula que proíba a resolução contratual por ônus excessivo a uma das partes

Ocorrendo excessiva e desproporcional vantagem a uma das partes contratantes, permite-se sua resolução, sendo vedada a manutenção da avença que acarrete ônus excessivo em detrimento da outra parte.

7. DA PUBLICIDADE ENGANOSA E ABUSIVA

É textualmente indubitoso o § 1º do art. 37, dispondo ser *“enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preços e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços”*.

Insero até como direito básico do consumidor, houve a necessidade de normatizar as hipóteses e situações em que evidente a publicidade enganosa, produzida como afronta à ordem pública e ao interesse social. Visa-se igualmente, ante a liberdade econômica atuante e frequente, assegurar uma livre concorrência justa e condigna aos ditames da ordem econômica.

A publicidade pode ser total ou parcialmente enganosa, bem assim pode se manifestar de forma ativa, quando v.g, afirma características ou apresenta qualidades de produtos inverídicas, capazes de induzir a erro o consumidor, ou omissiva, quando o consumidor é induzido a erro pelo fornecedor ter deixado de afirmar ou apresentar algo relevante e essencial à percepção condutora à avença.

Basta para a caracterização que o consumidor “seja induzido a erro”, ou seja, a publicidade que tem por fim a simples capacidade induzida a erro, melhor dizendo, a tendência a induzir a erro. Se o foi efetiva ou concretamente enganado, ter-se-á o mero exaurimento do ato, pouco importando os efeitos reais da publicidade enganosa.

Como pontificado por Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin³, *“a proteção do consumidor contra a publicidade enganosa leva em conta somente sua capacidade de indução ao erro. Inexigível, por conseguinte, que o consumidor tenha, de fato e concretamente, sido enganado. A capacidade é aferida, pois, em abstrato. O que se busca é sua ‘capacidade de induzir ao erro o consumidor’, não sendo, por conseguinte, exigível qualquer prejuízo individual. O difuso – pela simples utilização da publicidade enganosa –, presumido jure et de jure, já é suficiente”*.

Também não se exige para tipificação da publicidade enganosa, a real intenção do anunciante/fornecedor em enganar o consumidor. Não se afere dolo ou culpa, visto que o que se põe em voga é a efetiva proteção e garantia dos direitos básicos do consumidor, e não a repressão ao comportamento enganoso.

O *puffing*, ou exageros publicitários, configura hipótese de publicidade enganosa, desde que preste a induzir o consumidor a erro. De outro modo, se for inofensivo, inepto a gerar qualquer benefício negocial, isenta de tipificação enganosa.

Quanto a anúncios ambíguos, se dentre os mais variados sentidos, denotar um que possa ter conteúdo enganoso, toda a mensagem, em sua integralidade, passará a ser considerada enganosa.

A seu turno, a publicidade abusiva expressa “ideias de exploração ou opressão ao consumidor”, muito mais imponente e nefasta do que a publicidade enganosa. Há verdadeiro abuso de direito, ao explorar a publicidade além dos limites fixados em lei, violadoras da ordem jurídica e da ordem pública, causadores de prejuízos ao consumidor.

Diz o § 2º do art. 37, em lição meramente exemplificativa, ser *“abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite a violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança”*.

Do contexto legal apresentado, são hipóteses de publicidade abusiva:

³ In, *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 274.

a) Publicidade discriminatória - É abusiva a publicidade que apresente fatores ou condições discriminatórias, identificadas, sobretudo, com nacionalidade, profissão, sexo, raça, preferência sexual, dentre outras.

b) Publicidade exploradora do medo ou superstição - Basta a utilização de tais recursos, como meio de persuadir o consumidor à aquisição de produtos ou serviços, para a caracterização da abusiva publicidade.

c) Publicidade incitadora de violência - Proíbe-se a publicidade que incite qualquer prática de violência, contra quem quer que seja, contra homem ou animal, e mesmo contra bens públicos.

Repele-se, pois, a divulgação de mensagem publicitária que contenham práticas agressivas de violência.

d) Publicidade antiambiental - O meio ambiente foi elevado à mais alta proteção jurídica, inclusive no seio da legislação consumerista, integrando a esteira do “patrimônio público”. Deve-se garantir o desenvolvimento econômico com capacitação e responsabilização socioambiental.

e) Publicidade indutora de insegurança - Veda-se qualquer possibilidade de, através da publicidade, induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

f) Publicidade direcionada aos hipossuficientes - De *per se*, consoante tratamento impingido pelo CDC, vulnerável são todos os consumidores; enquanto que hipossuficientes, correspondem a certa e determinada categoria de consumidores, sendo um plus em relação à vulnerabilidade, como ocorre com as crianças, idosos, índios, doentes, rurícolas, etc. A estas pessoas, a publicidade não produz o mesmo efeito esperado, corrente com consumidores não hipossuficientes.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Frente a singela apresentação colacionada, indubitoso que o consumidor, reconhecidamente parte mais frágil e vulnerável na relação contratual, foi contemplado em sua mais ampla integralidade em seus direitos contratuais, de sorte que não se pode negar o caráter social e imperativo das regras prescritas pelo CDC.

Goza o consumidor de direitos sequer previstos em outra legislação correspondente, muito até em vista do fator de socialização impingido pela Constituição Federal, que previu entre suas balizas funcionais, como princípio geral da atividade econômica inserta no art. 170, a “defesa do consumidor”.

Bem por isso, de mais a mais, nossos Tribunais vêm sinalizando com máxima efetividade e eficiência a busca pela consagração dos direitos do consumidor, muito até nas relações contratuais “em massa” a que hodiernamente se submetem, sendo oportuno alongar o caráter de contrato de adesão da avença, donde impossibilitado está o consumidor em discutir as cláusulas postas a exame.

Sob este vértice, também se mostra de bom alvitre o dirigismo ou delimitação contratual havida, intervindo o Estado na manutenção da ordem, donde o individualismo ante prevalente, herdado, sobretudo, do Código Civil Napoleônico, cede espaço ao socialismo humanístico, levando consigo à morte da teoria contratual burguesa, podendo a liberdade jurídica após a Revolução Francesa ser definida na célebre explanação de Lacordaire, segundo o qual *“entre o forte e o fraco é a liberdade que escraviza e a lei que liberta”*.

Cumprе ressaltar, assim, que a autonomia negocial passou a ter uma nova concepção, diversa daquela enraizada no liberalismo econômico, em que prevalecia a aplicação plena do *“pacta sunt servanda”*. Hoje, procura-se consolidar uma concepção social, que, de modo contínuo, busque amenizar o descompasso estabelecido em tempos anteriores.

Destarte, a autonomia negocial é exercida dentro de parâmetros de socialidade do Direito, fixados, hoje, em normas positivadas, de forma a se estabelecerem as *“condições gerais”*, que procuram afastar as desigualdades prevaletentes nos contratos e que, obviamente, adaptam tais contratos à realidade social existente. Busca-se, dessa maneira, restabelecer um tratamento igualitário na interpretação do conteúdo do contrato, em virtude da supremacia socioeconômica de um dos contratantes em detrimento do outro.

Conclusivamente, está a se aplicar o que Luigi Ferri define de Direito Preceptivo, vale dizer, o direito subjetivo somente tem eficácia se estiver em plena consonância com o direito objetivo, em casos que tais, a consagrada legislação consumerista. ❖

Reflexões Constitucionais sobre o Estatuto de Roma e o Tribunal Penal Internacional nos Crimes Ambientais*

Alexandre de Souza Lastres Silva

*Advogado militante nas Áreas de Direito Penal, de
Direito Penal Econômico e de Direito Ambiental.*

INTRODUÇÃO

O presente trabalho enfoca o art. 8º, letra b, IV, do Estatuto de Roma, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto 4388/02, que trata do fato de alguém lançar intencionalmente um ataque bélico contra uma determinada área, ciente de que poderá causar perdas acidentais de vidas humanas ou ferimentos na população civil, danos em bens de caráter civil ou prejuízos extensos, duradouros e graves no meio ambiente que se revelem claramente excessivos em relação à vantagem militar global concreta e direta que se previa. A pena para esse crime é de prisão de até, no máximo, 30 anos ou prisão perpétua. Assim, como a Constituição da República Federativa do Brasil proíbe a prisão perpétua, poderia o Brasil entregar um cidadão brasileiro para ser submetido a julgamento pelo Tribunal Penal Internacional pelo cometimento de referida infração penal? Seria possível a extradição de brasileiro em tais condições, mesmo diante da norma constitucional que proíbe a extradição de qualquer nacional? A essência do trabalho é abordar tais problemáticas, apontar as correntes doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema e sugerir uma solução jurídica, social e humana para referidas questões.

* Artigo científico apresentado à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação. Orientadores: Profª. Néli Fetzner e Prof. Nelson Tavares.

Com a globalização, a aproximação dos povos e o crescimento do terrorismo, as reservas ambientais mundiais, patrimônios da humanidade, correm sérios riscos de desaparecerem. Os ataques do dia 11 de setembro de 2001 mostraram ao mundo como a natureza está vulnerável às ações bélicas do Homem, ainda mais, com a possibilidade de uso de armas nucleares, químicas ou de destruição em massa. O meio ambiente é formado pela natureza e por tudo aquilo que o Homem constrói em seu *habitat* urbano e rural. As cidades interagem com a natureza e como não bastasse a devastação ambiental sofrida pelo planeta desde o surgimento do Homem, tendo seu ápice na Revolução Industrial – fim do século XVIII - até os dias atuais, o meio ambiente ganha um novo inimigo. O terrorismo é a mais nova criação destrutiva do Homem. Age deliberadamente e de surpresa. Causa medo, insegurança e seus efeitos são devastadores e irreversíveis. A prevenção surge como a luz no fim do túnel na esperança de salvar as últimas reservas ambientais mundiais e os monumentos históricos, arquitetônicos e urbanísticos que ainda existem. Assim, o Estatuto de Roma, ao criar o Tribunal Penal Internacional e ao tipificar como crime ambiental contra a humanidade o fato de alguém lançar intencionalmente um ataque bélico contra uma determinada área, ciente de que o mesmo causará perdas acidentais de vidas humanas ou ferimentos na população civil, danos em bens de caráter civil ou prejuízos extensos, duradouros e graves no meio ambiente que se revelem claramente excessivos em relação à vantagem militar global concreta e direta que se previa, traz o fio de esperança que esse planeta precisa para continuar sua jornada na história.

Busca-se, assim, analisar referida norma constante do Tratado Internacional chamado de Estatuto de Roma, à luz dos princípios constitucionais da vedação da extradição de qualquer nacional e da proibição de cominação de penas de caráter perpétuo.

Com isso, objetiva-se esclarecer aos leitores sobre a nova roupagem do cenário político mundial em face dos crescentes ataques terroristas, que hoje ultrapassam fronteiras, vencem distâncias e, assim, colocam em risco não só a humanidade como também o planeta inteiro. Daí a necessidade de uma punição global mais severa e uma Justiça Internacional em tais casos, pois o assunto engloba um interesse mundial.

Ao longo do artigo, serão analisados os seguintes tópicos: 1) a aplicabilidade da norma do Tratado Internacional chamado de Estatuto de

Roma que versa sobre crime ambiental no ordenamento jurídico nacional, em face dos princípios constitucionais da vedação de extradição de qualquer nacional e da proibição de cominação de penas de caráter perpétuo; 2) A soberania dos povos e o Tribunal Penal Internacional; 3) O Terrorismo e seu impacto em questões ambientais; 4) A nova ordem mundial e a internacionalização do Direito Penal Ambiental.

A metodologia para o tema proposto exige uma abordagem investigativa, científica e parcialmente exploratória, a ser realizada pela pesquisa qualitativa, uma vez que falta na doutrina brasileira material didático específico, já que apenas a professora Flávia Piovesan e o Professor Carlos Eduardo Japiassú abordam superficialmente o tema.

1. O ESTATUTO DE ROMA E O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Após o término da Segunda Guerra Mundial o mundo aspirava por uma Corte Internacional capaz de julgar crimes contra a humanidade. A respeito do tema, Carlos Eduardo Adriano Japiassú (2004) leciona que na realidade foi somente a partir da Segunda Guerra Mundial e dos julgamentos de Nuremberg e de Tóquio que o Direito Penal Internacional efetivamente se consolidou como ciência unitária e autônoma em relação às suas origens históricas. Referido autor sustenta que embora já houvesse normas e documentos que tratavam da matéria penal internacional, sua sistematização somente se consolidou com o surgimento dos Tribunais *Ad Hoc* posteriores à guerra de 1939 a 1945 (JAPIASSÚ, 2004).

A ideia era criar uma corte permanente para a tutela penal internacional de crimes contra a humanidade. Com o advento da Guerra Fria, isso não foi possível. Todavia, com a queda do socialismo soviético e a ascensão da nova ordem mundial tornou-se possível reacender as discussões.

A ONU convocou, então, uma Conferência Diplomática, que ocorreu de 15 a 17 de junho de 1998, em Roma e o Tribunal Penal Internacional foi aprovado com 120 votos a favor, 7 contra e 21 abstenções. JAPIASSÚ (2004). O Estatuto prevê sanções penais para aqueles que, em conflitos armados, seja em situação de guerra seja de paz, cometerem os crimes ali definidos, vale dizer, o crime de genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes de agressão, conforme preceitua o art. 5º, 1, do aludido diploma legal.

O Brasil ratificou o Estatuto de Roma por meio do Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Flávia Piovesan, ao discorrer sobre o pro-

cesso de formação dos tratados internacionais, leciona que a simples assinatura do tratado traduz um aceite precário e provisório, que não produz efeitos jurídicos vinculantes. O Estado apenas concorda com a forma e o conteúdo final do tratado. PIOVESAN (2007).

Após a assinatura pelo Poder Executivo, o tratado internacional deverá ser submetido ao Poder Legislativo para sua apreciação e aprovação. Uma vez aprovado o tratado pelo Legislativo, o ato seguinte é o da ratificação pelo Poder Executivo. Flávia Piovesan sustenta que a ratificação significa a subsequente confirmação formal por um Estado de que está obrigado ao tratado, ou seja, é o aceite definitivo, pelo qual um Estado se obriga pelo tratado no plano internacional. A ratificação é o ato jurídico que vai produzir efeitos necessariamente no plano internacional. PIOVESAN (2007).

O Estatuto de Roma, por versar sobre direitos humanitários, incorporou-se ao direito positivo brasileiro como norma materialmente constitucional, por força do art. 5º, § 2º, da CR/88. Insta acentuar que a norma contida no § 3º, do art. 5º, da CR/88, vai dar à norma materialmente constitucional, já incorporada ao bloco de constitucionalidade pelo § 2º, a característica de ser considerada, também, como norma formalmente constitucional, desde que o tratado seja aprovado em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros. Nesse caso, dispõe o § 3, do art. 5º, da CR/88, que os tratados internacionais serão equivalentes às emendas constitucionais.

Flávia Piovesan (2007), ao citar Canotilho e Jorge Miranda, aponta a natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais e a hierarquia constitucional dos direitos enunciados em tratados internacionais. A Constituição da República reconhece explicitamente o conteúdo constitucional dos direitos constantes dos tratados internacionais dos quais o Brasil é parte, conforme preceitua o seu art. 5, § 2º. Ademais, assevera a autora em questão, mesmo que referidos direitos não estejam na Constituição, é a própria carta que lhes confere o *status* de normas constitucionais, pois passam a ser consideradas como tais em razão do art. 5º, § 2º, da CR/88.

Nesse sentido afirma Canotilho (2003) que a Constituição não pode ser reduzida a um simples texto escrito. Deve ser analisada a profundidade de cada norma e de cada princípio para que seja alargado o bloco de constitucionalidade. Desse modo, princípios não escritos tomam seus

assentos constitucionais em igualdade de condições com aqueles já positivados. Os direitos internacionais integram, portanto, o chamado bloco de constitucionalidade e, por isso, vão densificar a regra constitucional positivada no § 2º, do art. 5º, caracterizada como cláusula constitucional aberta. PIOVESAN (2007).

Nessa linha de raciocínio indaga-se: e se o tratado que versar sobre direitos humanos contrariar expressamente a CR/88? Prevalece o tratado ou a Constituição? Pode o Estatuto de Roma prevalecer sobre matéria oriunda da Constituição?

Cumpra salientar, de início, que o processo penal internacional inicia-se com a denúncia oferecida por um Estado-membro ou pelo Conselho de Segurança à Promotoria, conforme arts. 13, 14 e 15 do Estatuto. Todavia, o Tribunal Penal Internacional é complementar à jurisdição brasileira, ou seja, nos termos do art. 17, do Estatuto de Roma, somente preenchidos os requisitos de admissibilidade da ação penal internacional é que o Tribunal Internacional iniciará seus trabalhos. Tal dispositivo prevê, em síntese, que prevalece a jurisdição do Estado-membro em face da jurisdição internacional, que só será exercida em casos de omissão ou negligência daquele e nos casos expressamente especificados no Estatuto.

Assim, o art. 17, do Estatuto de Roma, dispõe que o caso não será admitido se o mesmo for objeto de inquérito ou de procedimento criminal por parte de um Estado que tenha jurisdição sobre a causa, salvo se este não tiver vontade de levar a cabo o inquérito ou o procedimento ou, não tenha capacidade para o fazer. Também não será admitida a ação penal internacional se o caso tiver sido objeto de inquérito por um Estado com jurisdição sobre ele e tal Estado tenha decidido não dar seguimento ao procedimento criminal contra a pessoa em causa, a menos que esta decisão resulte do fato de esse Estado não ter vontade de proceder criminalmente ou da sua incapacidade real para fazer. O terceiro requisito de admissibilidade determina que o denunciado não tenha sido julgado pela conduta a que se refere a denúncia, ou seja, é a aplicação do princípio do *ne bis in idem*. Outro requisito é ser o fato suficientemente grave para justificar a ulterior intervenção do Tribunal.

Em matéria penal ambiental, o Estatuto de Roma tipificou como crime de guerra, em seu art. 8º, Item 2, Letra b, IV, o fato de alguém lançar intencionalmente um ataque, sabendo que o mesmo causará perdas acidentais de vidas humanas ou ferimentos na população civil, danos em

bens de caráter civil ou prejuízos extensos, duradouros e graves no meio ambiente que se revelem claramente excessivos em relação à vantagem militar global concreta e direta que se previa.

Na realidade, o crime previsto no art. 8º, Item 2, letra b, IV, é tipificado como crime de guerra. Todavia, uma das condutas previstas no tipo é justamente causar prejuízos extensos, graves e duradouros ao meio ambiente. Assim, se a norma em questão de alguma maneira visa proteger o meio ambiente com a previsão de uma sanção penal, esse dispositivo interessa ao Direito Penal Ambiental.

As penas estão previstas no art. 77, do Estatuto e podem ser de prisão por um número determinado de anos, até ao limite máximo de 30 anos, ou pena de prisão perpétua, se o elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado o justificarem. Além da pena de prisão, o Tribunal poderá aplicar, também, uma multa, de acordo com os critérios previstos no Regulamento Processual e a perda de produtos, bens e haveres provenientes, direta ou indiretamente, do crime, sem prejuízo dos direitos de terceiros que tenham agido de boa-fé.

2. O DIREITO PENAL AMBIENTAL INTERNACIONAL

Apesar do art. 8º, Item 2, Letra b, IV, do Estatuto de Roma, ser considerado Crime de Guerra, não há como deixar de considerá-lo como a primeira norma Penal Internacional de caráter ambiental. É que dentre os bens jurídicos protegidos pela norma está o meio ambiente. Houve, portanto, uma preocupação dos tratadistas na proteção ambiental. Qualquer norma que diga respeito ao meio ambiente faz parte do direito ambiental. Se houver previsão inclusive de crime, estar-se-á diante de um tipo penal ambiental.

O meio ambiente está disciplinado na Constituição Brasileira, em seu art. 225. Trata-se de um direito fundamental, individual e coletivo, no sentido de garantir a qualquer ser humano o direito a um ambiente sadio. É uma norma que tem projeção para o futuro, pois protege-se não só a presente geração, como também as futuras.

3. A MACROCRIMINALIDADE E O TERRORISMO E SEUS IMPACTOS NO MEIO AMBIENTE

Com a globalização, a aproximação dos povos e o crescimento do terrorismo, as reservas ambientais mundiais, patrimônios da humanidade,

correm sérios riscos de desaparecerem. Os ataques do dia 11 de setembro de 2001 mostraram ao mundo como a natureza está vulnerável às ações bélicas do Homem, ainda mais, com a possibilidade de uso de armas nucleares, químicas ou de destruição em massa.

O meio ambiente não é apenas aquele natural, mas também tudo aquilo que o Homem constrói em seu habitat urbano e rural. As cidades interagem com a natureza e como não bastasse a devastação ambiental sofrida pelo planeta desde o surgimento do Homem, tendo seu ápice na Revolução Industrial até os dias atuais, o meio ambiente ganha um novo inimigo. O terrorismo é a mais nova criação destrutiva do Homem. Age deliberadamente e de surpresa. Causa medo, insegurança e seus efeitos são devastadores e irreversíveis. A prevenção surge como a luz no fim do túnel na esperança de salvar as últimas reservas ambientais mundiais e os monumentos históricos, arquitetônicos e urbanísticos que ainda existem.

Assim, o Estatuto de Roma, ao criar o Tribunal Penal Internacional e ao tipificar como crime ambiental contra a humanidade o fato de alguém lançar intencionalmente um ataque, sabendo que o mesmo causará perdas acidentais de vidas humanas ou ferimentos na população civil, danos em bens de caráter civil ou prejuízos extensos, duradouros e graves no meio ambiente que se revelem claramente excessivos em relação à vantagem militar global concreta e direta que se previa, traz o fio de esperança de que esse planeta, tão colorido visto do espaço, mas que tem seus pontos verdes diminuídos a cada ano, precisa para continuar sua jornada na história.

4. REFLEXÕES E IMPLICAÇÕES NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

A norma constante no Estatuto de Roma, Decreto nº 4388/02, no art. 8º, Item 2, letra b, IV, em princípio, possui certos pontos de atrito com a Constituição da República Federativa do Brasil. Em primeiro lugar destaca-se o princípio da soberania do Estado Brasileiro perante o cenário mundial, constante no art. 1º, I, da CR/88. Logo em seguida, o Estatuto de Roma choca-se com a questão da independência dos poderes (art. 2º, da CR/88), com a vedação de extradição de cidadão brasileiro (art. 5º, LI), com a vedação de prisão perpétua (art. 5º, XLVII), com o princípio do *nullum crimen sine praevia lege* (art. 5º XXXIX) e com a função institucional do Ministério Público em promover privativamente a ação penal pública (art. 129, I, da CR/88).

Deve-se indagar se a prisão perpétua poderia ser aceita pelo Estado Brasileiro, uma vez que a CR/88, em seu art. 5º, XLVII, proíbe expressamente as penas de caráter perpétuo. Portanto, se o Brasil ratificou o Estatuto de Roma e reconheceu a Jurisdição do Tribunal Penal Internacional, poderia este submeter um brasileiro a um processo criminal que poderia findar em uma pena perpétua?

O art. 5º, XLVII, da CR/88 também prevê a pena de morte, salvo nos casos de guerra declarada. O Código Penal Militar prevê a pena de morte em caso de guerra em seus artigos 55, “a” e 56. Todavia, não previu em nenhuma hipótese a pena perpétua. Todavia, caso previsse, a prisão perpétua seria inconstitucional, em razão da proibição constitucional que, em cujo texto, não fez nenhuma ressalva como o fez para os casos de pena de morte.

Flávia Piovesan (2007) sustenta que devem prevalecer os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos sobre as normas internas, constitucionais ou não. Isso por força do dispositivo do parágrafo 2º, do art. 5º, da CR/88. Assim, os Tratados Internacionais que versem sobre direitos humanos ingressam automaticamente no direito brasileiro, sem necessidade de edição normativa pelo Legislativo.

Referida autora leciona, assim, que com relação aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, a Constituição Brasileira de 1988, em seu art. 5º, §1º, acolhe a sistemática da incorporação automática dos mesmos, razão pela qual há a adoção da concepção monista. Ademais, a Constituição de 1988 confere aos tratados internacionais que versarem sobre direitos humanos o *status* de norma constitucional, por força do art. 5º, §§ 2º e 3º. Todavia, esse regime jurídico diferenciado não é aplicável aos demais tratados. No que concerne a estes, adota-se a sistemática da incorporação legislativa, ou seja, após a ratificação, exige-se um ato com força de lei, vale dizer, um Decreto legislativo, nos termos do art. 49, I, da CR/88. Desse modo, quando se tratar de Tratados Internacionais gerais, haverá a sistemática da concepção dualista. Ainda no que tange a esses tratados tradicionais e nos termos do art. 102, III, *b*, da Carta Maior, o texto lhes atribui natureza de norma infraconstitucional. PIOVESAN (2007).

Essa posição se filia no fundamento de que o Estatuto de Roma, por versar exclusivamente sobre direitos humanos, estaria incorporado à própria Constituição por força do parágrafo 2º, do art. 5º, da CR/88.

Assim, existem duas sistemáticas para a incorporação do Direito Internacional à ordem interna, vale dizer, a incorporação legislativa e a incorporação automática. Na incorporação automática, os tratados internacionais incorporam-se de imediato ao Direito Nacional mediante o ato da ratificação. É a chamada teoria ou concepção monista, para a qual, uma vez celebrado o Tratado, este produzirá efeitos na ordem interna. Já na incorporação legislativa, os enunciados do tratado dependem necessariamente de legislação posterior. É a chamada teoria ou concepção dualista, em que existem duas órbitas distintas, a saber, uma interna e outra externa. Assim, para que a norma de Direito Internacional tenha eficácia no Brasil é necessário um ato legislativo de recepção. PINTO FERREIRA (1992).

Carlos Eduardo Japiassú (2004), com respaldo de Celso de Albuquerque Mello, sustenta que, no que tange à prisão perpétua, não encontra amparo a norma internacional, por ser a mesma mais severa, ou seja, não pode ter validade a norma que menos protege os direitos humanos, em detrimento daquele que mais protege.

Realmente não há como aceitar a pena de prisão perpétua no ordenamento brasileiro. O art. 60, § 4º, da CR/88 dispõe que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado, o voto direito, secreto, universal e periódico, a separação dos poderes e os direitos e garantias fundamentais.

Dessa maneira, conclui-se que norma oriunda de Tratado que adere ao ordenamento pátrio, seja por incorporação legislativa seja por incorporação automática, não poderá jamais contrariar qualquer das matérias previstas no art. 60, § 4º, da Constituição, ou seja, as cláusulas pétreas. Ademais, o próprio Estatuto de Roma respeita a soberania dos Estados signatários quando, em seu preâmbulo afirma que a jurisdição do Tribunal Penal Internacional será complementar à jurisdição dos Estados.

Todavia, a questão é outra, pois não é a Justiça brasileira que vai aplicar a pena perpétua no caso de infração prevista no Estatuto de Roma, mas, sim, o Tribunal Penal Internacional. Ao assinar o Tratado e ratificá-lo, o Brasil repassou parte de sua soberania para um ente imparcial e intergovernamental, de natureza jurídica internacional, integrado ao sistema das Nações Unidas, que passou, assim, a ter jurisdição global complementar para os crimes previstos no art. 5º, do Estatuto de Roma.

As Nações Unidas são a máxima organização mundial intergovernamental. Fundada em 1945 pelos 51 representantes das Nações Aliadas

na Segunda Guerra Mundial, a ONU é a sucessora legal da Sociedade das Nações que surgiu depois da Primeira Guerra Mundial. A ONU é uma associação de nações que se comprometeram a manter a paz e a segurança internacionais e cooperar no âmbito internacional para criar as condições políticas, econômicas e sociais para consegui-las. A Carta das Nações Unidas não autoriza a organização a intervir em assuntos que estiverem essencialmente sob a jurisdição interna dos Estados. MENENDEZ (2002).

Dessa maneira, por exemplo, se um brasileiro, em apoio a uma determinada nação beligerante, lançar intencionalmente um ataque com armas químicas em um determinado país e que, em consequência disso, venha a acarretar perdas de vidas humanas e danos irreversíveis no meio ambiente que se revelem claramente excessivos em relação à vantagem militar global concreta e direta que se previa, este brasileiro deverá ser submetido a julgamento por crime de guerra pelo Tribunal Internacional Penal. Todavia, ficará sujeito também à lei brasileira, conforme preceitua o art. 7º, I, “b”, do Código Penal que consagrou o princípio da extraterritorialidade e será punido segundo a lei brasileira, ainda que absolvido ou condenado no estrangeiro.

Suponha-se que, hipoteticamente no exemplo acima, o Estado brasileiro, seja por qual razão for, não apure o crime. Um Estado estrangeiro pode denunciar o infrator perante o Tribunal Penal Internacional. Caso condenado à prisão perpétua, o Governo brasileiro poderia de algum modo interceder? Se o indivíduo estiver em território brasileiro, não poderá ser entregue à Justiça Internacional, em razão de vedação constitucional. Trata-se de uma garantia individual que tratado nenhum pode contrariar. Se o indivíduo já estiver condenado e preso no exterior, o Brasil pode pedir a vinda do mesmo para que este cumpra a pena em território nacional. Todavia, não poderá cumprir a pena perpétua, pois o indivíduo estará protegido pelo manto constitucional que a veda expressamente.

A seguir passa-se à análise da questão da vedação de extradição de cidadão brasileiro (art. 5º, LI, da CR/88). A controvérsia que surge é se pode ou não haver a entrega do acusado para submetê-lo ao Tribunal Penal Internacional. Note-se que se o indivíduo for brasileiro e estiver em território nacional não poderá ser extraditado, em razão de norma constitucional expressa prevista na CR/88, em seu art. 5º, LI. Por outro lado, o Estatuto de Roma, em seu artigo 89, prevê a possibilidade de o Tribunal determinar a prisão e a entrega de indivíduos aos Estados signatários do

Estatuto. Para viabilizar as duas normas, a doutrina aponta duas soluções. A primeira é o princípio da complementaridade, onde os Estados têm a obrigação de investigar, processar e punir seus nacionais de acordo com suas leis. A segunda diz respeito à distinção entre extradição e entrega de nacionais. JAPIASSÚ (2004).

A extradição importa em entregar um indivíduo submetido a uma sentença penal de uma jurisdição soberana a outra. Já a entrega de nacionais é entrega *sui generis*, em que o país irá entregar o indivíduo para ser julgado perante um Tribunal Penal que ajudou a construir ao entregar parcela de sua soberania. Assim, a Corte Internacional não seria uma jurisdição estrangeira. DALMASO JARDIM (2004).

Todavia, não parece acertada a tese de que um estrangeiro possa ser extraditado e um brasileiro simplesmente ser entregue à Jurisdição Internacional. A extradição é um processo híbrido, ou seja, possui uma fase judicial e uma fase administrativa. Assim, para um estrangeiro ser extraditado é necessária a observância do devido processo legal para a extradição. Dessa maneira, haverá um processo judicial perante o Supremo Tribunal Federal, conforme art. 102, I, letra g, da CR/88. Em caso de o STF decidir pela extradição, os autos são encaminhados para o Presidente da República para, discricionariamente, decidir se entrega o estrangeiro ou não. Dessa maneira, não parece ser razoável entender que um estrangeiro, para ser extraditado, tenha que ser submetido a um processo judicial de extradição, com posterior decisão do Presidente da República acerca da entrega ou não, e um brasileiro seja simplesmente entregue à jurisdição internacional. Por isso, é que não é essa a linha de raciocínio. Entregar um nacional para ser submetido ao Tribunal Penal Internacional não se relaciona com extradição, mas, sim, com soberania e cooperação internacional.

Insta acentuar que a intenção do Estatuto de Roma, no que concerne à sua viabilidade e efetividade, é a de estabelecer um regime de cooperação entre os Estados signatários quando o crime cometido for uma daquelas condutas graves apontadas nos artigos 5º e 8º de referido Tratado Internacional.

Vislumbra-se, dessa maneira, que o conceito de soberania vem perdendo sua força com a realidade do mundo atual. Quando Estados independentes e soberanos repassam parcela de sua soberania para um ente maior, estar-se-á diante de uma federação. Veja-se, por exemplo, como

aconteceu com as treze colônias inglesas que formaram os Estados Unidos da América. Naquela ocasião, as treze colônias inglesas que se declararam independentes chegaram à conclusão de que seriam vulneráveis se permanecessem separadas. Porém, se unidas, poderiam construir uma nação mais forte. Assim, cada uma das treze colônias independentes, calcadas na doutrina de Thomas Jefferson, repassou parcela de sua soberania para a criação de um ente maior, vale dizer, a União, e resguardou para si a autonomia necessária para a autoadministração, autolegislação e autogoverno. Daí nasceu o federalismo em sua forma mais pura. No Brasil, o federalismo se mostrou de forma inversa. Não havia Estados independentes, mas, sim, um Estado Unitário, que repassou parcelas de sua soberania para a criação de Estados membros. Por isso, é que se diz que nos EUA houve uma força centrípeta na criação da federação e no Brasil, uma força centrífuga.

A globalização e a aproximação dos povos acabaram por determinar um interesse global de união e cooperação. Não há como fugir disso. A Organização das Nações Unidas e o Tribunal Penal Internacional estão a indicar que o mundo caminha para uma Federação Global, independente e harmônica com os Estados-membros, dotada de autoadministração, autoorganização, autolegislação e autojurisdição. Hoje já se fala até mesmo em um Ministério Público Internacional, conforme a obra de Bruno Ferolla (2002), intitulada: Rumo ao Ministério Público Mundial. Pode-se dizer, assim, que a Carta da ONU pode ser considerada como uma verdadeira constituição em sua essência, mas, instrumentalmente, é um tratado. MELLO (2004).

A natureza jurídica da ONU não é um assunto que os doutrinadores tenham encarado de modo pacífico. Alguns doutrinadores afirmam que ela é uma confederação de vocação universal. Outros preferem qualificá-la como um simples núcleo de federação, uma vez que os princípios que norteiam o federalismo são desenvolvidos somente de forma parcial, pois não foi organizado um Poder Legislativo. Na verdade, a Carta da ONU, apesar de ser um tratado, possui características de uma constituição, como bem assinala Celso de Albuquerque Mello (op. Cit. 2004). Este aspecto é ressaltado no fato de que nenhum Tratado Internacional pode violar os dispositivos imperativos da Carta da ONU, pois, diferentemente dos Tratados, não está sujeita a reservas e as emendas são aplicadas a to-

dos, uma vez aprovadas (A. Moreno López). Salienta este jurista espanhol que a Carta é essencialmente uma constituição e só instrumentalmente um tratado.

Diante desse fato, ou seja, a similitude da Carta da ONU com as Constituições estatais, é que os doutrinadores têm procurado assimilar a organização a uma das formas de Estado conhecidas. Entretanto, podemos assinalar que ela não se enquadra a nenhuma delas. Por exemplo, não existe confederação mundial, e algumas das decisões da ONU são obrigatórias para os Estados, independentemente de “ratificação” ou “aceitação”, como é o caso do orçamento. A ONU não pode ser comparada a um Estado, uma vez que ela não pretende alcançar os fins a que se destinam os Estados, como, por exemplo, uma unidade política. Além disso, ambos possuem elementos constitutivos distintos. Talvez a melhor posição seja a de Quadri, ao falar em núcleo de federação, isto é, um ponto de partida para um federalismo. Entretanto, o federalismo nos parece ser ainda uma verdadeira miragem na sociedade internacional, entendida de um modo global. A ONU é simplesmente uma organização internacional, intergovernamental. Esta é sua natureza jurídica. Não há qualquer vantagem em procurar assimilá-la a uma forma de Estado já existente, à qual ela só se adaptará com certos argumentos forçados. MELLO, (2004).

Outra questão a ser analisada é o princípio do *nullem crimen sine lege*, ou seja, não há crime sem lei anterior que o defina. A norma que incorporou o Estatuto de Roma ao direito brasileiro é um Decreto, emanado do Presidente da República, que foi previamente aprovado no Congresso Nacional mediante Decreto Legislativo. Ora, o art. 5º XXXIX, da CR/88, determina que para uma conduta ser considerada crime, é necessário uma lei formal anterior que defina como típico aquele comportamento. Assim sendo, poderia um Decreto Presidencial ou um Decreto Legislativo tipificar crimes?

Segundo a professora Flávia Piovesan, o Tratado, após a aprovação pelo Congresso Nacional e posterior Decreto do presidente da República, é incorporado ao Direito brasileiro como Lei Ordinária. Todavia, se o Tratado Internacional versar sobre direitos humanos, ingressará como norma materialmente constitucional por força do art. 5º, § 3º, da CR/88. PIOVESAN (2007). Mas, em Direito Penal deve ser aplicado o princípio da legalidade estrita, ou seja, somente a lei em sentido formal pode tipificar crimes.

Todavia, o art. 8º, Item 2, letra b, IV, do Estatuto de Roma não se aplica em território nacional, ou seja, não pode o Poder Judiciário Brasileiro aplicar referido dispositivo para condenar quem quer que seja. Isso porque tal competência é do Tribunal Penal Internacional. Ademais, referido dispositivo fere a legalidade, pois um crime não pode ser tipificado via Decreto Legislativo ou Decreto Presidencial. O sujeito vai responder de acordo com a legislação interna, vale dizer, Código Penal, Código Penal Militar ou Legislação Penal Extravagante, conforme art. 7º, do Código Penal c/c art. 5º, XXXIX, da CR/88. Caso, o Brasil não apure o fato, o Tribunal Penal Internacional será competente para julgar a matéria com base no art. 8º, Item 2, letra b, IV, do Decreto 4.388/02, vale dizer, o Estatuto de Roma.

5. O PANORAMA GLOBAL DIANTE DA NOVA ORDEM MUNDIAL

A Nova Ordem Mundial é uma linha de pensamento político que tem por base a Governança Global. É de suma importância que os aspectos contrários à referida teoria, a maior parte deles lançados por teorias conspiratórias sem qualquer fundamento, sejam postos de lado para uma análise séria da questão.

Com efeito, a globalização é um fato notório. O mundo tornou-se pequeno. As distâncias foram vencidas e, aos poucos, antigos dogmas, outrora intangíveis, estão sendo revistos. A soberania dos povos é contestada hoje em dia. Não há mais espaço para uma nação absolutamente destacada do resto do contexto mundial. A ideia é a de que a grande maioria dos países já possuem o Constitucionalismo como viga mestra de seus ordenamentos, assim como a proteção aos direitos humanos e a valorização do Estado Democrático e de Direito. Não existe mais lugar no mundo para as Ditaduras Militares e para os Estados Absolutistas. A religião deve ser separada da política e a tendência é que cada vez mais países adotem o sistema da economia de mercado, da livre iniciativa e respeitem os direitos fundamentais.

Assim, as relações entre países democráticos tornam-se cada vez mais estreitas e surge a necessidade da criação de um ente internacional com poderes suficientes para administrar, legislar e julgar os conflitos de interesses. Em um futuro próximo, os países deverão repassar parcela de suas soberanias para esse ente internacional, assim, como as treze colônias independentes norte-americanas fizeram ao criar os Estados Unidos

da América. É o federalismo global em sua versão mais pura. Haverá um Governo Central, um Poder Legislativo Central e um Poder Judiciário Central, tudo em nível global. Daí falar-se em Governança Global.

Esse pensamento político não é algo novo. É uma linha que vem sendo desenvolvida desde os Iluministas e tem início com a Revolução Francesa e a Independência norte-americana no fim do século XVIII. Para os filósofos iluministas, assim como John Locke, Voltaire, Montesquieu e Dennis Diderot, o homem era naturalmente bom, porém, era corrompido pela sociedade com o passar do tempo. Eles acreditavam que se todos fizessem parte de uma sociedade justa, com direitos iguais a todos, a felicidade comum seria alcançada. ROBERTS (2004).

CONCLUSÃO

Todas as questões constitucionais propostas resolvem-se pela Teoria do Constitucionalismo Global de Canotilho. É que as nações que são partes no Tratado repassam parcela de sua competência para uma entidade maior. Por isso é que as normas do Estatuto de Roma são preeminentes em relação às normas. Canotilho (2003) sustenta, assim, que os preceitos constitucionais internos incompatíveis com normas oriundas do Direito Comunitário, ou seja, da União Europeia, não são nulos ou anuláveis, mas apenas inaplicáveis no caso concreto.

Assim sendo, o Brasil, se quiser, pode entregar um Nacional para ser julgado pelo Tribunal Penal Internacional, pois faz parte de um pacto mundial para prevenção e combate à macrocriminalidade. ❖

A Extinção da Prisão do Devedor de Alimentos será a Solução de que Problema Social?

Daniel Roberto Hertel

Professor titular de Direito Processual Civil do Centro Superior de Ciências Sociais de Vila Velha/ES e da Escola da Magistratura do Estado do Espírito Santo.

Está sendo discutida uma alteração legislativa que extinguirá a pena de prisão do devedor de alimentos ou a tratará apenas como uma medida residual. Para aqueles que defendem que ela deverá ser uma medida residual, primeiramente deverá ser utilizado o protesto da decisão judicial que estabeleceu a pensão alimentícia. Caso insuficiente o protesto, será determinada a prisão em regime bem atenuado, bem brando, como se fosse um regime semiaberto. A prisão do devedor dos alimentos seria, assim, a última medida a ser utilizada.

Cumprе esclarecer que a prisão do devedor de alimentos está prevista no ordenamento jurídico brasileiro há décadas. De fato, a legislação autoriza a prisão daquele que não paga os alimentos pelo prazo de um a três meses. Trata-se de uma forma de coagir o devedor ao pagamento das prestações alimentícias. Por outras palavras: o seu escopo não é punir o devedor, mas constrangê-lo, coagi-lo ao adimplemento da sua obrigação.

Particularmente, não comungo com a proposta de alteração normativa. A prisão do devedor de alimentos, na prática, é extremamente útil e eficaz. De fato, muitos devedores de alimentos deixam de cumprir voluntariamente com o pagamento da prestação alimentícia, somente cumprindo-o quando decretada a medida coercitiva.

Não se pode olvidar que a prisão do devedor de alimentos, em última análise, visa a preservar a própria vida e a própria dignidade do credor dos alimentos. Para ilustrar essa assertiva, basta imaginar uma situação na qual um pai não pague pensão para um filho que está acometido de alguma doença gravíssima. Como ficaria a dignidade e a vida dessa criança? É justo afastar-se a pena de prisão para o devedor que

não honra com a sua obrigação legal de manutenção da vida de outrem? Não me parece que possam existir dúvidas quanto à resposta.

A propósito, gostaria de saber qual será o proveito que a sociedade terá com a extinção da prisão do devedor de alimentos ou mesmo com a sua manutenção apenas a título residual. A prisão do devedor de alimentos não ofende a dignidade da pessoa humana: ao contrário, ela preserva a vida e a dignidade do credor dos alimentos.

Nem se argumente que, preso, o devedor não terá como honrar com o pagamento. É que a sua prisão foi decretada exatamente pelo fato de ele, quando solto, não ter honrado com a obrigação respectiva. Ademais, caso o devedor de alimentos tenha alguma dificuldade financeira para honrar com o respectivo cumprimento da sua obrigação alimentar, deverá ele mover a respectiva ação revisional. Nessa modalidade de ação, o Juiz poderá modificar o valor da pensão alimentícia, com base num critério de proporcionalidade entre as necessidades do credor e as possibilidades do devedor.

Sou completamente contrário à modificação legislativa proposta. Não vejo qualquer vantagem nessa intenção de modificação legislativa. Não me parece, com efeito, que ela propiciará qualquer benefício à sociedade de modo geral, assim como às classes menos favorecidas ou hipossuficientes, como são, geralmente, os credores de alimentos. Ao contrário, ao que tudo indica, a modificação legislativa beneficiará apenas aqueles que são obrigados a pagar os alimentos e não estão honrando com as suas obrigações. ❖

O Neoprocessualismo, o Formalismo Valorativo e suas Influências no Novo CPC

Haroldo Lourenço

Mestrando na Universidad de Jaén (Espanha). Pós-graduado em Direito Processual Civil (UFF), em Processo Constitucional (UERJ). Professor de Direito Processual Civil nos seguintes cursos (presencial, telepresencial e on-line): Rede de Ensino LFG, Praetorium/BH, Forum, Lexus, Atualização e Capacitação Profissional na Advocacia Cível da OAB-RJ, Centro de Estudos, Pesquisa e Atualização em Direito (CEPAD), Ênfase Praetorium, Foco Treinamento Jurídico, Centro de Estudos Guerra de Moraes, Multiplus Cursos e Concursos.

1. INTRODUÇÃO

Desde a celebração do I Pacto Republicano (2004) iniciou-se, incisivamente, a busca por um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetiva, a partir do qual foram aprovadas inúmeras reformas legislativas. A harmonia entre as funções, na acepção jurídica, é uma cláusula pétrea, contudo, de maneira mais profunda, deve significar uma estreita colaboração entre Legislativo, Judiciário e Executivo.

Nessa linha, foi nomeada, no final de setembro de 2009, pelo Senado, uma comissão de juristas com a incumbência de elaborar o anteprojeto de novo Código do Processo Civil, presidida pelo Ministro Luiz Fux, à época pertencente ao Superior Tribunal de Justiça.

O mencionado projeto foi apresentado ao Senado Federal, tendo sido designado pelo nº 166/10. A principal justificativa para tal empreitada, apesar de inúmeros juristas entendê-la ser desnecessária¹, foi o fato

¹ Nesse sentido já se manifestaram diversos juristas. Gilmar Mendes: “Não tenho muita segurança de que seja necessário um novo CPC. Mas é preciso simplificar ritos, como já é feito nos Juizados Especiais. Além disso, a sociedade brasileira precisa encontrar formas alternativas, como conciliação e arbitragem”. Ada Pellegrini Grinover: “...a simples edição de um novo CPC não bastará para dar maior celeridade aos processos, porque se trata de um problema de mentalidade. Segundo ela, seriam necessários estudos para identificar os problemas que atrasam o andamento dos processos nos cartórios, o que até hoje não foi feito.” Fonte: <http://www.portaldoholanda.com/noticia/44231-ministros-do-stf-e-advogados-discutem-a-necessidade-de-um-novo-cpc>, acessado em 20.09.2011.

de que o CPC vigente, após inúmeras reformas e alterações legislativas, teria perdido a sistematicidade.

Nota-se pela exposição de motivos do mencionado projeto que a meta é estabelecer uma maior celeridade processual, a fim de evitar o desprestígio do Poder Judiciário, detectando barreiras para a prestação de uma justiça rápida, bem como legitimar democraticamente as soluções, extirpando o formalismo excessivo, e promovendo um enxugamento do sistema recursal.

Realmente é notório que o projeto busca reestruturar o CPC à luz dos paradigmas doutrinários e jurisprudenciais, corrigindo ou eliminando os institutos vistos como inadequados e acrescentando novos. Tenho, contudo, dúvida em afirmar que está sendo criado um “Novo CPC”; sem amesquinhar o projeto, mais parece que o Código Buzaid está sendo, somente, organizado e sistematizado.

Agora, não podemos deixar de mencionar que há uma grande falha no projeto, não do seu conteúdo, mas no caminho trilhado para a sua elaboração. Melhor explicando, com as devidas vênias, o Judiciário se aproximou exageradamente do Legislativo e Executivo, submetendo seus trabalhos ao calendário político do Senado Federal, tendo o texto sido feito às pressas, sem a realização de um autêntico debate².

Há, inclusive, protestos por parte de membros da Comissão³, bem como por comunidades jurídicas que afirmam que as audiências públicas foram realizadas antes da conclusão dos trabalhos, sem a divulgação prévia de um texto base para orientar as sugestões. Um ponto é inequívoco, o que por si só já permite questionar a legitimidade democrática do mencionado projeto: o texto, com exceção de uns poucos trechos, foi mantido em sigilo, até a sua apresentação no Senado.

De igual modo, com conclusão semelhante: "Relatório com a síntese das conclusões e sugestões do grupo de discussões no I Encontro nacional dos jovens processualistas". Faculdade do Largo de São Francisco, 04 e 05 de dezembro de 2008. Relator: Fredie Didier Jr. (BA - relator). Demais membros: Dierle José Coelho Nunes (MG), Graciela Marins (PR), Heitor Vitor Mendonça Sica (SP), Marcos André Franco Montoro (SP), Paulo Magalhães Nasser (SP), Rita Quartieri (SP), Mirna Cianci (SP), Roberto Gouveia Filho (PE), Sandro Gilbert Martins (PR), Sidnei Amendoeira Jr. (SP), Valéria Lagrasta (SP), Robson Godinho (RJ), Antônio do Passo Cabral (RJ) e Alexandre Bahia (MG). Fonte: www.frediedidier.com.br. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIEIRO, Daniel. **O projeto do CPC: crítica e propostas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 56.

2 Com a mesma impressão: BORRING, Felipe. "Considerações iniciais sobre a teoria geral dos recursos no Novo Código de Processo Civil". **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Ano 5. Volume VII. Janeiro a Junho de 2011. Rio de Janeiro, p. 27-28.

3 DONIZETTI, Elpídio. **Reflexões de um juiz cristão - sobre os meandros da Comissão do Novo CPC**. Fonte: www.elpidiodonizetti.com.br, acessado em 20.09.2011. No mesmo sentido, Ricardo de Barros Leonel, fonte: www.professorcostamachado.com.br, acessado em 20.09.2011, mesmo sem ser integrante da Comissão.

Enfim, a proposta do presente trabalho não é criticar, mas analisar o material apresentado à luz do neoprocessualismo e do formalismo valorativo, buscando, tão somente, colaborar.

É nítido que a Comissão procurou alinhar o novo Código ao Estado constitucional e ao modelo constitucional de processo civil, como se extrai dos comandos enfeixados nos dispositivos iniciais do NCPC (art. 1º ao 11), o que, por si só, já é digno de aplausos. Há, contudo, algumas falhas, as quais serão melhor analisadas em separado.

No intento dessa sintonia fina, busca-se uma harmonia da lei ordinária com a Constituição, incluindo-se no Código princípios constitucionais processuais. Por outro lado, muitas regras foram concebidas dando concreção a princípios constitucionais, como, por exemplo, as que preveem um procedimento, com contraditório e produção de provas, prévio à decisão que desconsidera a pessoa jurídica, em sua versão tradicional, ou “às avessas”⁴.

Está expressamente formulada a regra no sentido de que o fato de o juiz estar diante de matéria de ordem pública não dispensa a obediência ao princípio do contraditório. Além disso, criou-se um incidente de julgamento conjunto de demandas repetitivas, com inspiração no direito alemão⁵, a fim de se atingir segurança jurídica e evitar a dispersão da jurisprudência, rendendo-se o legislador, definitivamente, às influências do *common law*, pois a jurisprudência do STF e dos Tribunais Superiores deve nortear as decisões de todos os Tribunais e Juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia.

Diante de tal postura da Comissão, percebemos a necessidade de abordar alguns comentários sobre as influências sofridas pelo nosso ordenamento jurídico, caminhando pelas fases metodológicas do processo civil até a era do neoconstitucionalismo, do neoprocessualismo, do formalismo valorativo (ou formalismo ético), as quais, provavelmente, em muito influenciaram os membros da Comissão.

4 Informações extraídas da Exposição de Motivos do Anteprojeto de Lei 166/10.

5 No direito alemão a figura se chama *Musterverfahren* e gera decisão que serve de modelo (= *Muster*) para a resolução de uma quantidade expressiva de processos em que as partes estejam na mesma situação, não se tratando necessariamente, do mesmo autor nem do mesmo réu. (RALF-THOMAS WITTMANN. *Il “contenzioso di massa” in Germania*, in GIORGETTI ALESSANDRO e VALERIO VALLEFUOCO, *Il Contenzioso di massa in Italia, in Europa e nel mondo*, Milão, Giuffrè, 2008, p. 178).

2. FASES METODOLÓGICAS DO DIREITO PROCESSUAL

O processo civil, em uma análise evolutiva, passou por algumas fases metodológicas nas quais prevaleciam ideias que, com o tempo, foram se mostrando anacrônicas. Nesse contexto histórico, é importante estabelecer uma visão razoável sobre essas etapas, para que possamos compreender a fase atual, denominada de neoprocessualismo ou formalismo valorativo, que emerge da influência sofrida pelo processo civil do direito constitucional ou uma constitucionalização do processo civil. A rigor, os modelos processuais são representados por quatro fases.

2.1. Praxismo (ou fase sincretista)

Ocorria uma confusão entre o direito material e o processual; o processo era estudado apenas em seus aspectos práticos, sem preocupações científicas. A ação era o direito material em movimento, ou seja, uma vez lesado o direito material, este adquiria forças para que fosse obtida em juízo a reparação da lesão sofrida. Nessa fase, ainda não se visualizava a autonomia da relação jurídica processual em confronto com a relação jurídica material. O direito processual não era um ramo autônomo do direito e, tampouco, havia estudos para uma pretensa autonomia científica. O que havia era um conjunto de formas para o exercício do direito, sob uma condução pouco participativa do juiz.

No século XIX, com estudos alemães sobre natureza jurídica da ação, bem como sobre natureza jurídica do processo, tal fase começou a ruir, pois os conhecimentos eram empíricos, sem nenhuma consciência de princípios ou embasamento científico.

2.2. Processualismo (ou fase do autonomismo)

O processo passou a ser estudado autonomamente, ganhou relevo a sua afirmação científica do processo. Durante praticamente um século tiveram lugar as grandes teorias processuais, especialmente sobre a natureza jurídica da ação e do processo, as condições da ação e os pressupostos processuais⁶.

6 BÜLOW, Oskar. *La teoría de las excepcionales Procesales y los Presupuestos Procesales*. Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ejea, 1964. Tal obra é tida como "certidão de nascimento do processo civil" (DINAMARCO. *Instituições...*, v. 1, p. 258), todavia, o estudo do processo como relação jurídica vem de Hegel, sendo mais tarde lembrado por Bethmann-Holweg para só então ser trabalhada por Bülow (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro, 1997, tomo III, p. 435), *apud* DANIEL MITIDIEIRO, "Bases para construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo". Tese de doutorado UFRS, Porto Alegre, 2007, p. 20, nota 64.

A afirmação da autonomia científica do direito processual foi uma grande preocupação desse período, em que as grandes estruturas do sistema foram traçadas e os conceitos largamente discutidos e amadurecidos. Tal fase caracterizou-se por ser muito introspectiva; era o processo pelo processo. E, a rigor, tornou-se autofágica, distanciada da realidade, gerando um culto exagerado as formas processuais, no afã de enfatizar a autonomia científica.

2.3. Instrumentalismo

O processo, embora autônomo, passa a ser encarado como instrumento de realização do direito material, a serviço da paz social. Como a primeira fase metodológica não visualizava o processo como instituição autônoma, a segunda fase acabou enfatizando, demasiadamente, a técnica, o formalismo.

Nesse sentido, surgiu a instrumentalidade, negando o caráter puramente técnico do processo, demonstrando que o processo não é um fim em si mesmo, mas um meio para se atingir um fim, dentro de uma ideologia de acesso à justiça. Essa fase é, eminentemente, crítica, pois o processualista moderno sabe que a sua ciência atingiu níveis expressivos de desenvolvimento, porém o sistema ainda é falho na sua missão de produzir justiça. O processo passou a ser analisado a partir de resultados práticos, levando em conta o consumidor do serviço judiciário.

Cumprir registrar que tal fase ainda não exauriu o seu potencial reformista, mas já se formou a consciência do relevante papel do sistema processual e de sua complexa missão perante a sociedade e o Estado. Para tanto, basta recordarmos dos Juizados Especiais Cíveis, da ação civil pública, do mandado de segurança individual e coletivo, da Defensoria Pública, do CDC etc.

Não obstante se reconheçam as diferenças funcionais entre o direito processual e o direito material, estabelece-se entre eles uma relação circular de interdependência: o direito processual concretiza e efetiva o direito material, que confere ao primeiro o seu sentido. É a chamada teoria circular dos planos processual e material, na visão desenvolvida por Carnelutti na qual o processo serve ao direito material, ao mesmo tempo em que é servido por ele.

2.4. Neoprocessualismo ou formalismo valorativo ou formalismo ético

A partir da evolução dessas fases metodológicas, sob a influência do neoconstitucionalismo, começou-se a cogitar no neoprocessualismo, que se interage com o instrumentalismo, também denominado por uma parte doutrina de formalismo valorativo ou formalismo ético.

Fato é que o direito processual civil está vivendo uma nova fase, uma quarta⁷, não importando a denominação que se utilize. Para uma maior clareza, abordaremos o estudo da quarta fase isoladamente, caminhando pelo neoconstitucionalismo, neoprocessualismo, instrumentalidade e formalismo valorativo.

3. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O NEOCONSTITUCIONALISMO

Nosso ordenamento jurídico, tradicionalmente, é positivista⁸. Nele, o papel do juiz é o de tão somente descobrir e revelar a solução contida na norma; em outras palavras, o juiz formula juízo de fato para o conhecimento da realidade, porém não faz juízo de valor, o que envolve uma tomada de posição diante da realidade. No positivismo jurídico a análise do juiz conduz ao entendimento acerca da imposição das leis como verdade única e sua configuração como expressão máxima do direito. Fundadas na obediência à lei, barbáries foram cometidas, como no nazismo e no fascismo.

Atualmente, é crescente a ideia de um direito processual civil que consagre a teoria dos direitos fundamentais, bem como a força normativa da Constituição. Tal fenômeno é designado por renomados autores de neoconstitucionalismo ou pós-positivismo⁹. Processualmente, seguindo a acepção do neoconstitucionalismo, atualmente se fala em neoprocessualismo, como se verá adiante.

Ocorre que, tendo como premissa o neoconstitucionalismo, tais métodos e resultados, ainda que auxiliados pelos meios de integração, não podem mais ser avaliados independentemente do Texto Constitucional.

7 Nesse sentido: DIDIER Jr., Fredie. "Teoria do Processo e Teoria do Direito: o neoprocessualismo". fonte: www.academia.edu/, p. 6.

8 Para o Positivismo jurídico o Direito é aquilo que é posto pelo Estado, sendo então esse o objeto que deve ser definido, cujos esforços sejam voltados à reflexão sobre a sua interpretação.

9 As expressões não são unânimes, principalmente em razão da sua vagueza. Não é por outra razão que alguns autores referem-se a vários "neoconstitucionalismos". Nesse sentido: DIDIER Jr., Fredie. "Teoria do Processo e Teoria do Direito: o neoprocessualismo". fonte: www.academia.edu/, p. 2, citando Daniel Sarmento.

Essa afirmação pode soar ao leitor como um truísmo. Daniel Sarmento¹⁰, comentando o ponto, afirma que o que hoje parece uma obviedade era quase revolucionário numa época em que a nossa cultura jurídica hegemônica não tratava a Constituição como norma, mas como pouco mais do que um repositório de promessas grandiloquentes, cuja efetivação dependeria quase sempre da boa vontade do legislador e dos governantes de plantão. Para o constitucionalismo da efetividade, a incidência da Constituição sobre a realidade social, independentemente de qualquer mediação legislativa, contribuiria para tirar do papel as proclamações generosas de direitos contidas na Carta de 88, promovendo justiça, igualdade e liberdade.

Nesse novo modelo, o magistrado deve estar preparado para constatar que a solução não está integralmente na norma, o que demanda um papel criativo na formulação da solução para o problema, tornando-se, assim, coparticipante do papel de produção do direito, mediante integração, com suas próprias valorações e escolhas, das cláusulas abertas constantes do sistema jurídico.

Não é demais lembrar importante lição de renomada doutrina de que o processo, na sua condição de autêntica ferramenta de natureza pública indispensável para a realização da justiça e da pacificação social, não pode ser compreendido como mera técnica, mas sim como instrumento de realização de valores e, especialmente, de valores constitucionais; impõe-se, portanto, considerá-lo como direito constitucional aplicado¹¹.

A relação entre a Constituição e o processo se dá de forma direta e indireta. Diretamente ocorre quando a Lei Fundamental estabelece quais são os direitos e garantias processuais fundamentais, quando estrutura as instituições essenciais à realização da justiça ou, ainda, ao estabelecer mecanismos formais de controle constitucional. Será, porém, indireta quando, tutelando diversamente determinado bem jurídico (por exemplo, os direitos da personalidade ou os direitos coletivos ou difusos) ou uma determinada categoria de sujeitos (crianças, adolescentes, idosos, consumidores etc.), dá ensejo a que o legislador infraconstitucional preveja regras processuais específicas para que o juiz concretize a norma jurídica no caso concreto¹².

10 SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Leituras complementares de Direito Constitucional – Teoria da Constituição**. Marcelo Novelino (org.) Salvador: Editora Jus Podivm, 2009, p. 31-32.

11 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. "O Processo Civil Na Perspectiva Dos Direitos Fundamentais". Fonte: www.alvarodeoliveira.com.br.

12 CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. Panóptica, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, p. 1-44. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>, p. 1.

Nessa linha, o processo é um importante mecanismo de afirmação dos direitos reconhecidos na Constituição. A expressão “neo” (novo) chama a atenção do operador para mudanças paradigmáticas, pois o Direito não pode ficar engessado aos métodos arcaicos, engendrados pelo pensamento iluminista do século XVIII¹³, devendo ser focado, em sua concretização, em pensamentos contemporâneos, não se dissociando da realidade e das múltiplas relações sociais, políticas e econômicas. Esse é o desafio dos estudiosos ao combater o imobilismo conceitual, buscando práticas mais adequadas àquilo que a Constituição põe como objetivo fundamental, que é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I da CF/88).

Basicamente, os direitos foram assegurados, ou seja, formalmente existiam, porém, isso não é suficiente. Devem ser materialmente concretizados. Busca-se a melhor forma de interpretá-lo ou digeri-lo.

Luis Roberto Barroso sintetiza que vivemos a perplexidade e a angústia da aceleração da vida, pois os tempos não andam propícios a doutrinas, mas para mensagens de consumo rápido. Para *jingles*, e não para sinfonias. O Direito vive uma grave crise existencial. Não consegue entregar os dois produtos que fizeram sua reputação ao longo dos séculos. De fato, a injustiça passeia pelas ruas com passos firmes e a insegurança é a característica da nossa era. Na aflição dessa hora, imerso nos acontecimentos, não pode o intérprete beneficiar-se do distanciamento crítico em relação ao fenômeno que lhe cabe analisar. Ao contrário, precisa operar em meio à fumaça e à espuma. Talvez esta seja uma boa explicação para o recurso recorrente aos prefixos pós e neo: pós-modernidade, pós-positivismo, neoliberalismo, neoconstitucionalismo. Sabe-se que veio depois e que tem a pretensão de ser novo. Mas ainda não se sabe bem o que é. Tudo é ainda incerto. Pode ser avanço. Pode ser uma volta ao passado. Pode ser apenas um movimento circular, uma dessas guinadas de 360 graus¹⁴.

13 Trata-se de um movimento cultural europeu, que ocupa o século que corre entre a Revolução Inglesa (1688) e a Revolução Francesa (1789). Foi uma teoria filosófica que, em termos práticos, insurgiu-se com a Revolução Francesa. Tinha por fundamento a razão acima de todas às coisas. E, mais especificamente, fazer com que fosse assegurado na Carta Política dos Estados – sua Constituição -, princípios fundamentais inerentes à pessoa humana, os quais são insitos ao Direito Natural. Como forma de garantir aos cidadãos direito coletivos e individuais perante o Estado, ocorreu uma divisão dos poderes, facilitando o controle dos governantes, repudiando, assim, o absolutismo do poder. Criou-se o Estado Democrático de Direito, organizado e controlado por um documento denominado Constituição, com o poder na mão do povo, assegurando a igualdade, liberdade e fraternidade.

14 BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil.** Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 25 dez. 2010, p. 1.

O neoconstitucionalismo pode ser dividido em três aspectos distintos: (i) histórico, (ii) filosófico e (iii) teórico.

(i) Sobre o aspecto **histórico**, as transformações mais importantes no Direito Constitucional contemporâneo se deram a partir da 2ª Grande Guerra Mundial, na Europa, pois, com a derrota dos regimes totalitários, verificou-se a necessidade de serem criados catálogos de direitos e garantias fundamentais para a defesa do cidadão, frente aos abusos que poderiam vir a ser cometidos pelo Estado ou por quaisquer detentores do poder em quaisquer de suas manifestações (político, econômico, intelectual etc.), bem como mecanismos efetivos de controle da Constituição (jurisdição constitucional).

Assim, a era da validade meramente formal do direito foi superada, não bastando o Estado cumprir o processo legislativo para que a lei viesse a ser expressão do direito. Foram estreitados os vínculos entre Direito e Política, na medida em que conceitos como os de razoabilidade, senso comum, interesse público etc. são informados por relações de poder. A dignidade da pessoa humana passa a ser o núcleo axiológico da tutela jurídica, não se restringindo ao vínculo entre governantes e governados, mas se estendendo para toda e qualquer relação, mesmo entre dois sujeitos privados.

Os reflexos das alterações constitucionais, ocorridas na Europa, foram sentidos, significativamente, no Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1988, que marca, historicamente, a transição para o Estado Democrático de Direito.

(ii) No aspecto **filosófico** a expressão “vontade da lei” foi superada pela hermenêutica jurídica, distinguindo regras e os princípios, para dar força normativa a estes, com o escopo de ampliar a efetividade da Constituição.

Seriam de pouca valia os direitos fundamentais se não dispusessem de aplicabilidade imediata, porque não passariam de meras e vagas promessas. A tal raciocínio denomina-se de pós-positivismo, na medida em que os princípios jurídicos

deixam de ter aplicação meramente secundária, como forma de preencher lacunas, para ter relevância jurídica na conformação judicial dos direitos.

Nessa linha, por exemplo, o artigo 126 do CPC, reprodução do art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro¹⁵, que é de 1942, consagra a proibição ao *non liquet*, impondo ao magistrado ter que decidir o litígio, não podendo abster-se. Tal artigo demonstra esse resquício, pois não resiste às interpretações evolutivas do direito nem as teológicas do papel do juiz, na medida em que a norma jurídica, enquanto resultado do processo hermenêutico, não mais se enquadra na arcaica visão da decisão enquanto um silogismo jurídico (premissa maior: a regra jurídica; premissa menor: os fatos; e conclusão), seja porque se adota no Brasil, desde a Constituição Republicana de 1891, o *judicial review* (isto é, o controle difuso da constitucionalidade), nos moldes norte-americanos, decorrente do caso *Marbury vs. Madison* (1803), com a possibilidade de se negar – no plano formal e/ou material - validade à regra jurídica por se opor a um princípio constitucional, seja porque a técnica legislativa se ampara cada vez mais nas cláusulas gerais (p. ex., art. 421, CC/02, ao tratar da função social do contrato; art. 1228 §1º CC/02, ao prever a função social da propriedade; art. 113 do CC/02, prevendo que os contratos devem ser interpretados à luz da boa-fé etc.), sendo os textos legislativos polissêmicos, a possibilitar mais de uma interpretação possível.

Em conformidade com esse artigo, os “princípios gerais do direito” são a última fonte de integração das lacunas legislativas. Há uma grave imprecisão, inadequada à nova realidade do pensamento jurídico. Em 1942, norma era a lei, entendida como regra; princípios não tinham eficácia normativa; dependiam das regras para concretizar-se. O pensamento mudou; a interpretação há de mudar, também. O juiz não decide a “lide” com base na lei; o juiz decide a “lide” conforme

15 Redação dada pela Lei n. 12.376/10, em que foi substituída a vetusta expressão “Lei de Introdução ao Código Civil”, que notoriamente estava equivocada.

o “Direito”, que se compõe de todo o conjunto de espécies normativas, inclusive os princípios. Os princípios não estão “fora” da legalidade, entendida essa como o Direito positivo: os princípios a compõem¹⁶.

(iii) O aspecto **teórico** reflete três vertentes: o reconhecimento da força normativa da constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

Afirmar a força normativa da Constituição é afastar o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político. Sua concretização ficava, invariavelmente, condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição¹⁷.

Daí se extrai a vetusta expressão de que a Constituição é uma carta de intenções. A vinculação positiva de todas as normas constitucionais, inclusive aquelas que a doutrina clássica taxava de programáticas, implica, conseqüentemente, na expansão da jurisdição constitucional.

A expansão da jurisdição constitucional nunca esteve tão em voga, principalmente com a explosão da litigiosidade, bem como do acesso à justiça. A difusão das causas de menor complexidade (principalmente com os Juizados Especiais cíveis e criminais), os litígios de massa (regulamentação da ação popular e da ação civil pública) e a ampliação da atuação do Ministério Público, possibilitaram que questões relevantes ficassem mais em evidência e pudessem possibilitar um melhor acesso à justiça, efetivando direitos fundamentais, colocando o Judiciário no centro das atenções e das perspectivas da sociedade.

16 Fredie Didier Jr. **Editorial 72**, de 26.10.2009.

17 BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 25 dez. 2010, p. 3.

Como dito, o *judicial review* aproxima o Judiciário da política, pois ações governamentais podem ser contestadas judicialmente. Nesse contexto, surgem críticas ao neoconstitucionalismo, em que se questiona o papel do juiz como um protagonista do sistema, eis que o magistrado não teria legitimidade democrática para tanto. Todavia, diante da crise da democracia representativa, pois, na maioria das hipóteses, a vontade do representante não coincide com a vontade do representado, bem como pela falência do parlamento, pelo excessivo número de Medidas Provisórias, mesmo os membros do Judiciário não tendo sido eleitos pelo povo, isso não lhes retira a missão constitucional de efetivar direitos fundamentais.

A reserva do possível, a reserva de consistência¹⁸, o princípio da motivação e da proporcionalidade são os principais limites da atuação judicial. Logo, a postura do ativismo judicial deve ser reservada à concretização das condições materiais mínimas de tutela da dignidade da pessoa humana (mínimo existencial). A questão, por fim, do que vem a compor a esfera do mínimo existencial não está posta de forma explícita na Constituição, não prescindindo da necessária interação entre a Política e o Direito.

Posturas do Judiciário, que demonstram claramente um ativismo judicial, como a concessão de remédio para aidéticos, devem sempre ser lembradas¹⁹.

Como última barreira à atuação do Poder Judiciário, impõe-se o mito do legislador positivo, pelo qual o juiz pode, nos moldes do pensamento iluminista, apenas declarar a vontade concreta da lei ou, no máximo, atuar como legislador negativo declarando a inconstitucionalidade de uma lei contrária à Constituição, não tendo ampla liberdade para a concretização de direitos. Tal compreensão não se compatibiliza com o modelo de Estado previsto na Constituição Brasileira de 1988, requerendo, além das prestações negativas para a

18 O Judiciário, ao proceder a interpretação judicial, deve apresentar argumentos substanciais de que o ato ou a omissão do agente público é incompatível com a Constituição.

19 STF, AgRgRE n. 271.286-RS, 2ª T., rel. Min. Celso de Mello, julgado em 12.09.2000.

garantia dos direitos de liberdade, também prestações positivas inerentes à implementação de direitos fundamentais à subsistência, à alimentação, ao trabalho, à educação, à saúde e à moradia²⁰.

As críticas são indispensáveis. A história do pensamento jurídico costuma desenvolver-se em movimento pendular: essas transformações puxam para um lado; as críticas, para o outro; no final do “cabo de guerra”, chega-se ao equilíbrio²¹.

3.1. Nova dogmática interpretativa

Nesse contexto, gradualmente, a lei deixou de ser o centro do ordenamento jurídico. Algumas mudanças fundamentais podem ser apontadas: princípios ao invés de regras (ou mais princípios do que regras); ponderação no lugar de subsunção (ou mais ponderação do que subsunção); justiça particular em vez de justiça geral (ou mais análise individual e concreta do que geral e abstrata); Poder Judiciário em vez de Poder Executivo ou Legislativo (ou mais Poder Judiciário e menos Poder Legislativo ou Executivo); Constituição em substituição à lei (ou maior, ou direta, aplicação da constituição em vez da lei)²².

Tanto é que o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu que “a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, ilumina a interpretação da lei ordinária”²³.

Sob a Constituição de 1988, o Direito Constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. O surgimento de um sentimento constitucional no País é algo que merece ser celebrado. Trata-se de um sentimento ainda tímido, mas real e sincero, de maior respeito pela Lei Maior, a despeito da volubilidade de seu texto²⁴.

20 CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. Panóptica, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, p. 1-44. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>, p. 15.

21 DIDIER Jr., Fredie. "Teoria do Processo e Teoria do Direito: o neoprocessualismo". fonte: www.academia.edu/, p. 6.

22 ÁVILA, Humberto. "Neoconstitucionalismo": entre a 'ciência do direito' e o 'direito da ciência'. **Revista Eletrônica de Direito de Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n° 17, janeiro/fevereiro/março 2009, disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em 26.04.2010.

23 Cfr. HC 9.892-RJ, 6ª T., rel. Min. Fontes de Alencar, julgado em 16.12.1999.

24 BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 25 dez. 2010, p. 3.

Assim, não há controvérsia quando se defende, em tese, a dignidade da pessoa humana. Mas quando, por exemplo, discute-se se, em determinado caso concreto, é possível a interrupção da gravidez de um feto com anencefalia²⁵, alguns defenderão, sob o argumento da tutela da dignidade humana, a vida do feto (bem indisponível e acima de qualquer outro direito contraposto), já outros, com o mesmo argumento da dignidade, em favor da gestante, argumentarão que deve ser preservada a integridade física e psíquica da mulher, evitando um sofrimento imenso e inútil, sabendo-se que a gestação é, cientificamente, inviável. Pode-se afirmar que ambas as argumentações são simultaneamente válidas; contudo, isto torna a dignidade da pessoa humana uma fórmula vazia, sem nenhum valor argumentativo.

Para dar conteúdo ao referido valor, uma das duas interpretações deve ser considerada, necessariamente, falsa, tornando a dignidade humana um valor relativo às circunstâncias situacionais importas pelo caso concreto. Nesse contexto, quanto ao papel da norma, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo, bem como o papel do juiz não é apenas o de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo²⁶.

3.2. Constitucionalização do processo

A Constituição, portanto, é o ponto de partida para a interpretação e a argumentação jurídica, assumindo um caráter fundamental na construção do neoprocessualismo. A partir do momento em que se contemplaram amplos direitos e garantias, tornaram-se constitucionais os mais importantes fundamentos dos direitos material e processual, surgindo a denominada constitucionalização do direito infraconstitucional. Deste modo, alterou-se, radicalmente, o modo de construção (exegese) da norma jurídica.

A lei (e sua visão codificada do século XIX) perdeu sua posição central como fonte do direito e passou a ser subordinada à Constituição, não valendo por si só, mas somente se conformada com a Constituição e, especialmente, se adequada aos direitos fundamentais. A função dos juízes, pois, ao contrário do que desenvolvia Giuseppe Chiovenda, no

25 Cfr. STF, ADPF n° 54.

26 CAMBI, Eduardo. **Ne Constitucionalismo e neoprocessualismo**. Panóptica, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, p. 1-44. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>, p. 20-21.

início do século XX, deixou de ser apenas atuar (declarar) a vontade concreta da lei e assumiu o caráter constitucional, possibilitando, a partir da *judicial review*, o controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos.

Atualmente já se fala que a jurisdição é uma atividade criativa da norma jurídica do caso concreto, bem como cria, muitas vezes, a própria regra abstrata que deve regular o caso concreto²⁷. Deve-se deixar de lado a opinião de que o Poder Judiciário só exerce a função de legislador negativo, para compreender que ele concretiza o ordenamento jurídico diante do caso concreto²⁸⁻²⁹.

O direito fundamental de acesso à justiça, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da CF significa o direito à ordem jurídica justa³⁰. Assim, a designação acesso à justiça não se limita apenas à mera admissão ao processo ou à possibilidade de ingresso em juízo, mas, ao contrário, essa expressão deve ser interpretada extensivamente, compreendendo a noção ampla do acesso à ordem jurídica justa, que abrange: (i) o ingresso em juízo; (ii) a observância das garantias compreendidas na cláusula do devido processo legal; (iii) a participação dialética na formação do convencimento do juiz, que irá julgar a causa (efetividade do contraditório); (iv) a adequada e tempestiva análise, pelo juiz, natural e imparcial, das questões discutidas no processo (decisão justa e motivada); (v) a construção de técnicas processuais adequadas à tutela dos direitos materiais (instrumentalidade do processo e efetividade dos direitos)³¹.

Assim, para uma perfeita compreensão de acesso à ordem jurídica justa faz-se necessário examinar o conjunto de garantias e dos princípios constitucionais fundamentais ao direito processual, o qual se insere no denominado direito fundamental ao processo justo.

Nesse conjunto de garantias e princípios constitucionais processuais incluem-se o direito de ação, a ampla defesa, a igualdade e o contra-

27 DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Editora Jus Podivm. 11ª Ed. v. I. p. 70.

28 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2007, p. 34.

29 No mesmo sentido, imprescindível leitura de MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 94-97, em que clama que o estudioso, com serenidade, discuta o problema da criação judicial do direito, enumerando várias proposições em sua defesa.

30 Cfr. Kazuo Watanabe. "Acesso à justiça e sociedade moderna". In: **Participação e processo**. Coord. Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe. São Paulo: RT, 1988. P. 135.

31 CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessoalismo**. Panóptica, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, p. 1-44. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>, p. 25.

ditório efetivo, o juiz natural, a publicidade dos atos processuais, independência e imparcialidade do juiz, a motivação das decisões judiciais, a possibilidade de controle recursal das decisões etc. Desse modo, pode-se afirmar que o direito ao processo justo é sinônimo do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada.

Essa constitucionalização dos direitos e garantias processuais torna-se relevante, pois, além de retirar o Código de Processo da centralidade do ordenamento processual, fenômeno designado de descodificação, ressalta o caráter publicístico do processo.

O Direito processual está, atualmente, divorciado da visão privatista, deixando de ser um mecanismo de utilização pessoal, para ser visto como um meio de realização da justiça.

4. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O NEOPROCESSUALISMO³²

A conformação da legislação processual ao texto constitucional não deve ficar apenas no plano teórico, exigindo do operador novas práticas, para que seja possível resistir a toda a forma de retrocessos, para a concretização da consciência constitucional e a formação de uma silenciosa cultura democrática de proteção dos direitos e garantias fundamentais.

Nessa linha, sobressai o neoprocessualismo, termo polissêmico, como interessante função didática de remeter imediatamente ao neoconstitucionalismo.

Sendo a tutela jurisdicional um direito fundamental (art. 5º, XXXV da CF/88), que deve ser prestado de modo efetivo, célere e adequado (art. 5º, LXXVIII da CF/88), há uma vinculação do legislador, do administrador e do juiz, pois os direitos fundamentais possuem uma dimensão objetiva, constituindo um conjunto de valores básicos e diretivos da ação positiva do Estado³³. Como cediço, os direitos fundamentais geram influência sobre todo o ordenamento, servindo de norte para a ação de todos os poderes constituídos³⁴.

32 CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. Panóptica, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, p. 1-44. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>. MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. São Paulo: RT, 2006. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. "O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais". Fonte: www.alvarodeoliveira.com.br.

33 Cfr. Ingo Wolfgang Sarlet. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1998. P. 140.

34 MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 266.

Nessa linha, é possível afastarmos a clássica dicotomia entre direito e processo, passando-se a cogitar na instrumentalidade do processo e em técnicas processuais. A instrumentalidade, na visão de Dinamarco³⁵, possui aspectos negativos e positivos.

Negativamente, com a instrumentalidade se combate o formalismo, afastando a visão do processo como um conjunto de armadilhas ardilosamente preparadas pela parte mais astuta em detrimento da mais incauta, todavia, sem gerar alternativismo destrambelhado, capaz de produzir a insegurança jurídica. Positivamente, com a instrumentalidade o processo torna-se apto a produzir todos os seus escopos institucionais (jurídico-políticos-sociais), como na ampliação dos Juizados Especiais, ampliação das defensorias públicas, consolidação do papel do Ministério Público, no dinamismo do processo na relação entre as partes, entre elas e o juiz, como entre o juiz e o processo, na plenitude e na restrição das garantias processuais, dentro da proporcionalidade, na justiça das decisões, na efetividade das decisões (como a melhor distribuição do ônus do tempo, a ampliação das sentenças mandamentais e executivas *lato sensu*, a concretização dos provimentos urgentes baseados em cognição sumária, o abandono da rígida separação entre cognição e execução, a desmitificação da verdade processual "*obtida*" formalmente com a coisa julgada etc.).

Assim, a construção de técnicas processuais hábeis a tutelar direitos materiais tornou-se o grande desafio do legislador e do juiz na concretização do direito a tutela jurisdicional adequada. Aquilo que depender do processo civil, da técnica processual, deve ser solucionado de modo adequado.

Nesse contexto, alguns pontos assumem grande relevância: o princípio da adequação do procedimento à causa; a ideia da tutela de interesses coletivos³⁶, pois o CPC foi idealizado em uma visão individualista, bastando consultar o seu art. 6º (que disciplina que a regra é ir a juiz em nome próprio, na defesa de direito próprio) e 472 (limites subjetivos da coisa julgada material); a melhor distribuição do tempo como um ônus a ser dosado de forma isonômica entre as partes; a aproximação da cognição à execução, incentivando poderes de efetivação da decisão, como o previsto no art. 461, § 5º, do CPC (princípio da atipicidade dos meios

35 Cfr. Cândido Rangel Dinamarco. "Relativizar a coisa julgada material". *Revista de processo*, v. 109, p. 9-38.

36 Nesse sentido, merece crítica a postura do STJ a cancelar a redação do art. 16 da Lei nº 7.347/85, bem como a inovação legislativa (Lei nº 9.494/97 que alterou o mencionado dispositivo), limitando a tutela coletiva. STJ, 1ª T., AgRg nos EDcl no REsp. 639.158/SC, rel. Min. José Delgado, julgado em 22.03.2005.

executivos)³⁷; a ampliação das chamadas cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados, superando o princípio da congruência (art. 128 c/c 460), permitindo-se, mesmo sem pedido expresso, que o juiz aplique o meio necessário à efetividade da tutela jurisdicional.

A EC 45/04 ressaltou a necessidade da razoável duração do processo, enfatizando a necessidade de ampliação de técnicas como as do art. 273, 461 e 84 do CPC, adotando-se meios de coerção diretos e indiretos³⁸, bem como uma maior adoção do sincretismo processual, extinguindo-se o processo autônomo de execução, transformando-o em uma fase executiva (cumprimento de sentença, na forma do art. 475-I).

Superou-se, ainda, o princípio da unidade e da unicidade do julgamento, que havia sido formulado por Giuseppe Chiovenda com fundamento na sua preocupação com a oralidade no processo e os seus desdobramentos (concentração dos atos processuais, imediatidade do contato entre o juiz com as partes e com as testemunhas, além da identidade física do juiz do começo ao fim do processo), os quais, na prática tanto brasileira quanto italiana, não resultaram na maior celeridade processual. Assim sendo, a efetivação do direito fundamental à tutela jurisdicional célere e à realidade forense implicou a necessidade de cisão do julgamento do mérito, ao contrário do que propugnava o modelo processual clássico³⁹.

Ocorre, porém, que todo esse afã por celeridade esbarra no garantismo. Mal comparando, mas é fato: toda vez que muito se acelera, muito se perde em segurança. Construir técnicas processuais adequadas e efetivas é adequar o sistema à efetividade, porém, é preciso compatibilizar tal processo com o respeito aos direitos e garantias fundamentais do demandado.

Desde as lições de Luigi Ferrajoli⁴⁰, o garantismo se sustenta em três pilares: o Estado de Direito, a teoria do direito e a crítica do direito e, por

37 Tais poderes, por óbvio, não podem ser desmedidos, para não se gerar arbitrariedade, devendo ser controlado, pela proporcionalidade: (i) deve ser adequado (compatibilizando-se com o ordenamento); (ii) deve ser necessário (deve ser indagado se há outro meio menos oneroso); (iii) as vantagens da adoção do meio executivo devem se sobrepor as desvantagens. Cfr. Luiz Guilherme Marinoni. "Controle do poder executivo do juiz". **Revista de processo**, v. 127, p. 54-74.

38 Fala-se em meios de coerção indireta quando se mostra necessário contar com a vontade do obrigado; fala-se em meios de coerção diretos quando a vontade do obrigado é irrelevante. Maiores considerações no capítulo sobre execução, mas podemos exemplificar o primeiro com as *astreintes* e o segundo, também denominado de meios de subrogação, como a execução de uma sentença de despejo, em que o magistrado requisita força policial para efetivar a sua decisão de desalijo.

39 Cfr. Luiz Guilherme Marinoni. **Técnica processual e tutela dos direitos**. Cit. p. 141-4.

40 Cfr. Derecho e razón. **Teoria del garantismo penal**. Madri: Editorial Trotta, 2001, p. 851 e seq.

último, a filosofia e a crítica da política. Enfim, busca-se um aporte teórico da democracia, em sentido substancial, que só se realiza com respeito aos direitos fundamentais, influenciando na construção do neoprocessualismo.

Por exemplo, a inversão do ônus da prova, bem como da teoria dinâmica do ônus da prova, são bons exemplos de técnicas processuais para uma melhor tutela jurisdicional. Todavia, a decisões que invertem o ônus da prova na sentença ferem a garantia do contraditório, inviabilizando a ampla defesa do fornecedor em juízo.

Também inviabilizam a ampla defesa, decisões que condicionam sempre a antecipação de tutela à prévia realização da garantia do contraditório, ignorando a urgência do pedido; bem como aquelas que tornam impossível a aplicação de presunções probatórias, exigindo, de forma rígida, que o demandante se desincumba da prova de um fato, cuja demonstração seria facilmente realizada pelo demandado, o que contraria a moderna teoria do ônus dinâmico da prova.

Portanto, a justa medida entre as tendências instrumentalista e garantista que, como acima observado, complementam-se, pela adoção do princípio da proporcionalidade, permitirá que os conflitos de direitos fundamentais sejam resolvidos, à luz do caso concreto, sem posturas inflexíveis que negariam tanto o neoconstitucionalismo quando o neoprocessualismo⁴¹.

Neste sentido, o neoconstitucionalismo e o neoprocessualismo servem de suporte crítico para a construção não somente de “novas” teorias e práticas, mas, sobretudo para a construção de técnicas que tornem mais efetivas, rápidas e adequadas a prestação jurisdicional.

4.1. Instrumentalidade e formalismo valorativo

Com o reconhecimento da autonomia da ciência processual, a partir, principalmente, da obra de Büllow, iniciou-se um movimento de radical autonomia em relação ao direito material. O escopo do processo foi redefinido, relacionando-se com a atuação do direito e na realização da justiça ou com a justa composição da lide.

Liebman fundou a Escola Paulista de Processo, contando com ilustres discípulos como Alfredo Buzaid, Moacir Amaral Santos, José Frederico Marques (1ª fase da escola) e também com Dinamarco e Ada Pellegrini

41 CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. Panóptica, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, p. 1-44. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>, p. 42.

Grinover (2ª fase da escola), inaugurando o estudo da instrumentalidade do processo, em que o direito processual civil passou a regular o modo de atuação em concreto do conteúdo das normas jurídicas. O processo passou a objetivar aspectos jurídicos, sociais e políticos.

A instrumentalidade tem vasta aplicação na doutrina pátria, passando a ser o núcleo e a síntese dos movimentos de aprimoramento do sistema processual. O processo é instrumento e *“todo instrumento, como tal, é meio; e todo meio só é tal e se legitima, em função dos fins a que se destina”*⁴².

Nesse sentido, a visão do formalismo valorativo, tema muito pouco discutido nos manuais, ainda não recebeu a merecida atenção e reconhecimento da doutrina processual brasileira, que é muito focada no conceito de instrumentalidade do processo. De igual modo, a jurisprudência é muito tímida sobre o assunto.

Desenvolvida na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sob a liderança de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira⁴³ que busca combater o excesso de formalismo, pois, diante do atual ambiente em que se processa a administração da justiça no Brasil, em que muitas vezes, para facilitar o seu trabalho, o órgão jurisdicional adota uma rigidez excessiva, não condizente com o estágio atual do desenvolvimento dos valores do processo, ou então a parte insiste em levar às últimas conseqüências as exigências formais do processo.

Nesse sentido:

Para Dinamarco, a instrumentalidade é o núcleo e a síntese dos movimentos pelo aprimoramento do sistema processual; para Alvaro de Oliveira, este núcleo e essa síntese consistem no entrelaçamento dos valores efetividade e segurança jurídica. De um lado, temos um valor (instrumentalidade) que define a concepção do processo e seu aprimoramento (Dinamarco). De outro, uma dinâmica e conflituosa relação entre dois valores (efetividade versus segurança), é que resultará nessa concepção e aprimoramento (Alvaro de Oliveira).

42 DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 206.

43 Em obra premiada com a medalha mérito Pontes de Miranda da Academia Brasileira de Letras Jurídicas: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**. 4ª ed. Ver. atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2010. Posteriormente, o mesmo autor, com o objetivo de refinar as ideias lançadas no mencionado livro: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. "O formalismo valorativo no confronto com o formalismo excessivo", in: **Revista Forense**, v. 388, p. 11-28.

Tais visões inauguram caminhos distintos a trilhar no que toca à evolução do processo civil. Tanto que, na visão instrumentalista de Dinamarco, as formas seriam “apenas meios preordenados aos objetivos específicos em cada momento processual”. Não se distinguem forma em sentido estrito e forma em sentido amplo. Para Alvaro de Oliveira, o formalismo-valorativo, ou forma em sentido amplo, é muito mais do que estes meios preordenados: é limite de poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação das atividades processuais, ordenação do procedimento e organização do processo. E, tudo isso, marcado por profunda influência cultural, e talhado pelo constante conflito entre efetividade e segurança⁴⁴.

A rigor, cremos ser o formalismo-valorativo um neoprocessualismo com o reforço da ética e da boa-fé no processo, em original ponderação entre efetividade e segurança jurídica⁴⁵. As premissas desse pensamento são as mesmas do chamado neoprocessualismo, que, aliás, já foi considerado um formalismo ético⁴⁶.

Em apertada síntese, apregoa o mencionado autor que formalismo ou forma no sentido amplo não se confunde com forma do ato processual individualmente considerado. Formalismo diz respeito à totalidade formal do processo, compreendendo não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais.

Forma em sentido amplo investe-se, assim, da tarefa de indicar as fronteiras para o começo e o fim do processo, circunscrever o material a ser formado, e estabelecer dentro de quais limites devem cooperar e agir as pessoas atuantes no processo para o seu desenvolvimento.

44 Extraído da tese de doutorado de Guilherme Rizzo Amaral, que teve como orientador Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, "A efetividade das sentenças sob a ótica do formalismo-valorativo: um método e sua aplicação". UFRS, Porto Alegre, 2006, p. 16.

45 Com a mesma conclusão: Nesse sentido: DIDIER Jr., Fredie. "Teoria do Processo e Teoria do Direito: o neoprocessualismo". fonte: www.academia.edu/, p. 7.

46 URIBES, José Manuel Rodriguez. **Formalismo ético y nostitucionalismo**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 101 e segs., *apud* DIDIER Jr., Fredie. "Teoria do Processo e Teoria do Direito: o neoprocessualismo". fonte: www.academia.edu/, p. 7.

O formalismo processual contém, portanto, a própria ideia do processo como organização da desordem, emprestando previsibilidade a todo o procedimento. Se o processo não obedecesse a uma ordem determinada, cada ato devendo ser praticado a seu tempo e lugar, fácil entender que o litígio desembocaria em uma disputa desordenada, sem limites ou garantias para as partes, prevalecendo ou podendo prevalecer a arbitrariedade e a parcialidade do órgão judicial ou a chicana do adversário. A forma assegura, ainda, uma disciplina na atuação judicial, garantindo a liberdade contra o arbítrio dos órgãos que exercem o poder do Estado.

Se o processo fosse organizado discricionariamente pelo juiz não se poderia prever o seu curso, faltando as garantias necessárias para o seu desenvolvimento.

De igual modo, o formalismo controla os eventuais excessos de uma parte em face de outra, atuando como poderoso fator de igualação dos contendores entre si, ou seja, uma paridade de armas.

Assim, o formalismo é elemento fundador tanto da efetividade quanto da segurança do processo; gera um poder organizador e ordenador, bem como um poder disciplinador. Ocorre, porém, que, com o passar do tempo, esse formalismo sofreu desgaste e passou a simbolizar um formalismo excessivo, de caráter essencialmente negativo.

De notar, ainda, que os verbos ordenar, organizar e disciplinar são desprovidos de sentido se não direcionados a uma finalidade. O formalismo, como o processo, é sempre polarizado pelo fim⁴⁷.

O processo é fruto do homem, não se encontra na natureza; portanto, a criação não pode ser desprovida de qualquer valor. O direito processual é o direito constitucional aplicado, a significar que o processo não se esgota dentro dos quadros da mera realização do direito material, constituindo, mais amplamente, a ferramenta de natureza pública indispensável para a realização de justiça e pacificação social.

O poder ordenador não é oco, vazio ou cego; não há formalismo por formalismo⁴⁸, o qual deve ser pensado para a organização de um processo justo, alcançando suas finalidades em tempo razoável e, principalmente, colaborar para justiça material da decisão.

47 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. "O formalismo valorativo no confronto com o formalismo excessivo", In: *Revista Forense*, v. 388, p. 10.

48 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4ª ed. Ver. atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 87.

A efetividade e a segurança apresentam-se como valores essenciais para a conformação do processo a valores constitucionais, todavia, ambos se encontram em permanente conflito, em relação proporcional, pois quanto maior a efetividade menor a segurança, e vice-versa⁴⁹.

É, porém, importante visualizar que a segurança não é o único valor presente no ambiente processual, pois o processo, como dito, é polarizado no fim de realizar a justiça material do caso, por meio de um processo equânime e efetivo. De tal sorte, o formalismo excessivo pode, inclusive, inibir o desempenho dos direitos fundamentais do jurisdicionado.

A efetividade, por sua vez, está consagrada na CR/88 (art. 5º, XXXV e LXXVII), pois não é suficiente abrir as portas do Judiciário, mas prestar a jurisdição tanto quanto possível eficiente, efetiva e justa, mediante um processo sem dilações temporais ou formalismos excessivos, que conceda ao vencedor no plano jurídico e social tudo a que faça jus.

Nos dias atuais, vários fatores têm determinado uma maior prevalência da efetividade sobre a segurança, principalmente pela mudança qualitativa dos litígios trazidos ao Judiciário, em uma sociedade de massa, com interesse de amplas camadas da população, a tornar imperativa uma solução rápida do processo e a efetividade das decisões judiciais.

Após a 2ª Guerra Mundial, abandonou-se a tramitação fechada e a minúcia dos procedimentos, para a adoção de princípios e a sua constitucionalização. O direito passou a ser mais flexível, menos rígido, determinando uma alteração no que concerne à segurança jurídica, que passa de um estado estático para estado dinâmico. A segurança jurídica é uma norma que se mede pela estabilidade de sua finalidade, abrangida em caso de necessidade pelo seu próprio movimento. A segurança deve ser um coeficiente de uma realidade, permitindo a efetividade dos direitos e garantias do processo.

A visão positivista do processo foi sendo, gradualmente, abandonada; o problema enfrentado é posto como o centro das preocupações hermenêuticas. O emprego de princípios, conceitos jurídicos indeterminados e juízos de equidade em detrimento de uma visão puramente formalista na aplicação do direito geraram reflexos no processo.

A lógica argumentativa foi definitivamente adotada, incentivado o diálogo judicial na formação do convencimento, na cooperação das partes

49 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. "O formalismo valorativo no confronto com o formalismo excessivo", In: *Revista Forense*, v. 388, p. 13.

com o órgão judicial e deste com as partes. O contraditório, nesse contexto, passou a ser essencial para um processo justo. A sentença deve resultar do trabalho conjunto de todos os sujeitos do processo, exigindo um juiz ativo e leal, colocado no centro da controvérsia.

Não se pode admitir uma valorização excessiva do rito, como afastamento completo ou parcial da substância, conduzindo à ruptura com o sentimento de justiça.

4.2. Combate ao formalismo excessivo

Pode acontecer do poder organizador e disciplinador gerado pelo formalismo, ao invés de concorrer na realização do direito, aniquilá-lo ou gerar um retardamento irrazoável da solução do litígio.

Essa é, exatamente, a proposta. O jurista deve estar apto para afastar as nefastas consequências do formalismo pernicioso ou negativo, impedindo esse desvio de perspectiva⁵⁰.

Não há mais espaço para a aplicação mecanicista do direito, o operador de se atentar às particularidades do caso concreto no trabalho de adaptação da norma. A rigor, o processo de aplicação do direito mostra-se, necessariamente, obra de acomodação do geral ao concreto, a requerer incessante trabalho de adaptação e criação. O legislador não é onipotente na previsão de todas e inumeráveis possibilidades oferecidas pela inesgotável riqueza da vida.

No direito processual, mais ainda do que em outros ramos do direito, seu caráter finalístico é evidente; finalismo esse que não pode ser voltado para si, pois inexistente finalismo em si, senão direcionado para os fins últimos da jurisdição. Visa-se atingir a um processo equânime, peculiar do Estado democrático de direito, que sirva à ideia de um equilíbrio ideal entre as partes e ao fim material do processo: a realização da justiça material.

Se a finalidade da prescrição foi atingida na sua essência, sem prejuízo a interesses dignos de proteção da contraparte, o defeito de forma não deve prejudicar a parte. A forma não pode, assim, ser colocada “além da matéria”, por não possuir valor próprio, devendo por razões de equidade a essência sobrepujar a forma. A não observância de formas vazias não implica prejuízo, pois a lei não reclama uma finalidade oca e vazia.

50 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. "O formalismo valorativo no confronto com o formalismo excessivo", *In: Revista Forense*, v. 388, p. 19.

O Tribunal Constitucional espanhol decidiu que “(...) *as normas que contém os requisitos formais devem ser aplicadas tendo-se sempre presente o fim pretendido ao se estabelecer ditos requisitos, evitando qualquer excesso formalista que os converteria em meros obstáculos processuais e em fonte de incerteza e imprevisibilidade para a sorte das pretensões em jogo.*”⁵¹

Nesse sentido, por exemplo, em direito processual, o nome atribuído à parte ao ato processual, embora equivocado, nenhuma influência haverá de ter, importando apenas o seu conteúdo. De outro lado, o seu invólucro exterior, a maneira como se exterioriza, também perdeu terreno para o teor interno⁵². Seguindo a visão finalística, um dos pontos mais importantes de um código de processo moderno encontra-se nos “*preceitos relativizantes das nulidades*”, pois prestigiam, atualmente, o formalismo valorativo.

O formalismo excessivo deve, portanto, ser combatido com emprego da equidade com função interpretativa-individualizadora, tomando-se sempre como medidas as finalidades essenciais do instrumento processual, os princípios e valores que são sua base, desde que respeitados os direitos fundamentais da parte e na ausência de prejuízo⁵³.

O autor tantas vezes aqui citado aponta alguns casos de aplicação do formalismo-valorativo⁵⁴: adoção do rito ordinário, em uma causa que deveria tramitar pelo sumário, pois será atingida de modo mais cabal a finalidade do procedimento sumário; a sublevação do prazo da ação rescisória, para uma melhor interpretação da lei e a busca de uma solução justa; a decisão que evitar a extinção do processo sem resolução de mérito, após toda a instrução probatória; a decisão que admite denunciação da lide, mesmo em hipótese de garantia imprópria, para se evitar uma ação regressiva autônoma; a visualização da existência de interesse de

51 Sentença 57, de 08.05.1984, na linha de outros precedentes, como ressalta Francisco Chamorro Bernal, **La tutela judicial efectiva (Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de La Constitución)**, Barcelona: Bosch, 1994, p. 315. No mesmo sentido, o mencionado tribunal entendeu haver excesso de formalismo na inadmissão de recurso por faltar 360 pesetas, em um preparo de 327.846.

52 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. "O formalismo valorativo no confronto com o formalismo excessivo", In: **Revista Forense**, v. 388, p. 24.

53 Nesse sentido o STJ afirma que não há nulidade pela não manifestação do MP em feito que atua incapaz, desde que não haja prejuízo: STJ, 2ª T., Resp 818.978/ES, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 9/8/2011. Precedentes citados do STF: RE 96.899-ES, DJ 5/9/1986; RE 91.643-ES, DJ 2/5/1980; do STJ: REsp 1.010.521-PE, DJe 9/11/2010, e REsp 814.479-RS, DJe 14/12/2010.

54 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. "O formalismo valorativo no confronto com o formalismo excessivo", In: **Revista Forense**, v. 388, p. 26-28.

agir, mesmo quando o autor ajuíza ação de conhecimento, muito embora disponha de título executivo extrajudicial; as raríssimas decisões do STJ⁵⁵ que, aplicando o princípio da cooperação, determinar que seja suprida a falha na formação do instrumento que acompanha o recurso de agravo, quando se trate de peça não obrigatória.

O formalismo valorativo informa a aplicação da lealdade e da boa-fé, não somente para as partes, mas para todos os sujeitos do processo, inclusive o órgão jurisdicional com as partes e destas com aquele. Exatamente o emprego da lealdade nessa liberdade valorativa é que pode justificar a confiança atribuída ao juiz na aplicação do direito justo. Ora, tanto a boa-fé quanto a lealdade do órgão jurisdicional seriam flagrantemente desrespeitadas sem um esforço efetivo para salvar o instrumento de vícios formais.

De igual modo, trata-se de formalismo excessivo a inadmissão de recurso por estar ilegível um determinado carimbo ou certidão lavrada pela serventia, bem como a informação processual prestada de modo equivocado, por meio do sítio do Tribunal de Justiça, não podendo tais fatos inviabilizar, por exemplo, um recurso da parte. À evidência, não pode a parte pagar por erro da secretaria do Tribunal.

Como dito, ainda são poucas as decisões aplicando o formalismo valorativo, todavia, a adoção do ponto tem sido crescente.

Exemplificativamente na hipótese de agravo de instrumento interposto via fax, perante o tribunal de origem, sem as cópias que formam o instrumento, posteriormente apresentadas juntamente com o original, o STJ⁵⁶, aplicando o formalismo-valorativo, afirmou que, como a Lei nº 9.800/99 não disciplina nem o dever nem a faculdade do advogado, ao usar o protocolo via fac-símile, este deve transmitir, além da petição de razões do recurso, cópia dos documentos que o instruem, a interpretação que deve ser orientada pelas diretrizes que levaram o legislador a editá-la, agregando-lhe os princípios gerais do direito.

Observado o motivo e a finalidade da referida lei, que devem ser preservados acima de tudo, vários foram os motivos apontados: (i) não houve prejuízo para a defesa do recorrido, porque só será intimado para contrarrazoar após a juntada dos originais aos autos; (ii) o recurso remetido por fac-símile deverá indicar o rol dos documentos que o acompanham, sendo vedado ao recorrente fazer qualquer alteração ao juntar os

55 STJ, Corte Especial, EREsp 433.687-PR, rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 05.05.2004.

56 STJ, Resp 901556/SP, Corte Especial, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 21.05.2008.

originais; (iii) evita-se um congestionamento no trabalho da secretaria dos gabinetes nos fóruns e tribunais, que terão de disponibilizar um funcionário para montar os autos do recurso, especialmente quando o recurso vier acompanhado de muitos documentos; (iv) evita-se discussão de disparidade de documentos enviados com documentos recebidos; (v) evita-se o congestionamento nos próprios aparelhos de fax disponíveis para recepção do protocolo; (vi) é vedado ao intérprete da lei editada para facilitar o acesso ao Judiciário fixar restrições, criar obstáculos, eleger modos que dificultem sua aplicação.

Aplicando a tendência metodológica do formalismo-valorativo, há decisões sobre o vício de falta de citação de litisconsortes necessários, adotando o formalismo valorativo para superar a controvérsia entre o cabimento de ação rescisória (art. 485) ou ação anulatória (art. 486), na hipótese de sentença homologatória⁵⁷.

De igual modo, foi reconhecido ser um excesso de formalismo cogitar em ilegitimidade da comissão de defesa do consumidor de assembleia legislativa estadual para ajuizar ação civil pública em defesa dos interesses e direitos individuais homogêneos do consumidor, relativamente ao aumento efetuado pela recorrida das mensalidades de plano de saúde dos segurados com mais de 60 anos, pois, nos termos dos arts. 81, parágrafo único, 82, III, e 83, todos do CDC, e 21 da Lei n. 7.347/1985, a legislação somente exige a atuação em prol dos direitos dos consumidores, motivo pelo qual exigir que o regimento interno da referida comissão preveja expressamente, à época da propositura da ACP, sua competência para determinar em juízo constitui excesso de formalismo⁵⁸.

Há, porém, inúmeros casos em que se deveria aplicar o formalismo valorativo, mas isso, emblematicamente, não ocorre. Trago à baila o caso dos documentos do agravo de instrumento. A falta de procuração no recurso interposto na instância especial é causa de sua inadmissão, sendo é inaplicável o disposto no art. 13 do Código de Processo Civil, não se admitindo, inclusive, a juntada da procuração no agravo interno⁵⁹. De igual modo, se não comprovado no agravo de instrumento a existência de feriado local, não se admite a comprovação em embargos de declaração, tampouco em agravo interno⁶⁰.

⁵⁷ STJ, Resp 1.028.503/MG, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 26/10/2010.

⁵⁸ STJ, Resp 1.098.804/RJ, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 2/12/2010.

⁵⁹ AgRg no Ag 1215835/SO, 4ª T., Rel. Min. Raul Araújo, julgamento 21.10.2010.

⁶⁰ EDcl no Ar 852908/RJ, 4ª T., Rel. Min. Honildo Amaral (convocado do TJ/AP), julgado em 01.06.2010.

5. INFLUÊNCIAS DE TAIS POSTULADOS NO NOVO CPC

Um dos pontos reconhecidos pela comissão de juristas responsáveis pela elaboração do Novo CPC é que, com a ineficiência do sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. A coerência substancial há de ser vista como objetivo fundamental e mantida em termos absolutos, no que tange à Constituição da República. Afinal, é na lei ordinária e em outras normas de escalão inferior que se explicita a promessa de realização dos valores encampados pelos princípios constitucionais.

Vejamos um trecho da exposição de motivos, onde se demonstra a preocupação com uma conformação constitucional:

“Com evidente redução da complexidade inerente ao processo de criação de um novo Código de Processo Civil, poder-se-ia dizer que os trabalhos da Comissão se orientaram precipuamente por cinco objetivos: 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recurso; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.”

O primeiro objetivo listado reflete, exatamente, o anseio doutrinário atual: a necessidade de que fique evidente a harmonia da lei ordinária em relação à Constituição Federal da República.

A metodologia jurídica atual, contemporânea, reconhece a força normativa dos princípios e tal ponto não poderia ser ignorado pela Comissão. Linhas fundamentais do CPC realmente só podem ser atingidas se pautadas nas premissas de um Estado Constitucional e no modelo constitucional de processo civil, refletindo princípios de segurança jurídica, igualdade de todos perante o Direito e o direito de participação no processo.

Um ponto é digno de nota: somente se mostra necessária a consagração expressa na legislação infraconstitucional em virtude do nosso ine-

gável ranço positivista, pois, do contrário, bastaria a Constituição. A previsão de citados direitos fundamentais na legislação infraconstitucional, a rigor, desempenha um papel simbólico, pois, ainda que se não houvesse previsão, deveriam ser aplicados.

Enfim, o problema não é legislativo, e sim cultural; ainda somos muito dependentes da lei.

Observe-se a redação do art. 1º do Anteprojeto:

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

Em uma primeira leitura pode parecer uma exposição do óbvio, contudo, como dito, talvez tal dispositivo desperte a atenção dos operadores do direito, forçando uma mudança cultural.

Estão sendo incluídos, expressamente, princípios constitucionais, na sua versão processual. Por outro lado, muitas regras foram concebidas, dando concreção a princípios constitucionais, como, por exemplo, as que preveem um procedimento, com contraditório e produção de provas, prévio à decisão que desconsidera da pessoa jurídica, em sua versão tradicional, ou “às avessas”⁶¹; a necessidade de, mesmo diante de questões de ordem pública, ser observado o contraditório.

A razoável duração do processo está consubstanciada na melhor regulamentação do julgamento conjunto de demandas que gravitavam em torno da mesma questão de direito.

Como forma de uma melhor organização, o Novo CPC irá ganhar, inclusive, uma parte geral, onde, *ab initio*, serão disciplinados os princípios e garantias fundamentais do processo civil (art. 1º).

Cumpra, inclusive, registrar que o art. 6º do Novo CPC enfatiza essa visão neoconstitucional, deixando claro que a atividade do juiz, ao aplicar a lei, deverá atender aos fins sociais a que ela se dirige, às exigências do bem comum, observando sempre os princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.

61 O Novo CPC prevê expressamente que, antecedida de contraditório e produção de provas, haja decisão sobre a desconsideração da pessoa jurídica, com o redirecionamento da ação, na dimensão de sua patrimonialidade, e também sobre a consideração dita inversa, nos casos em que se abusa da sociedade, para usá-la indevidamente com o fito de camuflar o patrimônio pessoal do sócio.

Observe-se que o atual art. 126 do CPC (*non liquet*) é reescrito com o nítido propósito de “*atualizá-lo*” metodologicamente, apesar de alguns desacertos redacionais, como, por exemplo, a afirmação de que princípio é fonte de integração de lacuna (princípio é uma norma); o art. 108 do NCPC afirma que “*o juiz não se exime de decidir alegando lacuna ou obscuridade da lei, cabendo-lhe, no julgamento da lide, aplicar os princípios constitucionais e as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito*”⁶².

5.1. Algumas notas positivas sobre a consagração dos princípios

O anteprojeto consagra, explicitamente, alguns princípios constitucionais processuais, como o da inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 3º), a razoável duração do processo (art. 4º e 8º), princípio do contraditório e seus decorrentes, como o da cooperação e o da participação (art. 5º, 8º, 9º e 10º) e da publicidade (art. 11).

Consagra, ainda, uma cláusula geral em que o magistrado, ao aplicar a lei, atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, observando sempre os princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência (art. 6º). Nesse ponto, o projeto, para o estudioso do direito, é literalmente truista, mas, como dito, ainda temos muito para evoluir; talvez tal redação atinja o incauto, que ainda não se familiarizou com o neoprocessualismo ou com o formalismo valorativo.

Observe-se que o projeto consagra a técnica da tutela jurisdicional a partir de cláusulas gerais, como “prazo razoável” (art. 4º), “fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum” (art. 6º), “lealdade e boa-fé” (art. 66, II), “medidas que considerar adequadas” (art. 278), “lesão grave” e “risco de lesão grave e de difícil reparação (art. 278 e 283)”.

Assegura-se, ainda, a isonomia material (art. 7º) das partes no 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.

O tratamento igual de todos perante o ordenamento determina a necessidade de um processo civil cooperativo, uma distribuição dinâmica

62 DIDIER Jr., Fredie. “A teoria dos princípios e o projeto de Novo CPC”, In DIDIER Jr., Fredie. MOUTA ARAÚJO, José Henrique. KLIPPEL, Rodrigo. **O projeto do Novo Código de Processo Civil**. Estudos em homenagem ao Prof. José de Albuquerque Rocha. Ed. JusPodium, 2011, p. 146.

do ônus da prova, bem como uma assistência judiciária integral aos hipossuficientes.

Diante das peculiaridades do caso concreto, poderá o magistrado, em decisão fundamentada, observado o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la, como se extrai do art. 262 do projeto. A adoção da teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova supera a vetusta teoria estática que, consagrada no art. 333 do atual CPC, prestigia a isonomia material, evitando-se situações em que o próprio acesso à justiça seria negado.

Ressalta-se que Anteprojeto, no art. 107, inciso V, permite ao magistrado adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa. Esse direcionamento atende ao modelo cooperativo de processo civil próprio do Estado Constitucional, que deve ser paritário no diálogo e assimétrico na decisão da causa⁶³.

A redação demonstra uma evolução, muito embora não afirme expressamente que a condução do processo deve ser cooperativa e que o juiz tem o dever de assegurar às partes igualdade de tratamento, diretrizes que emergem diretamente do texto constitucional (art. 5º, I e LIV da CR/88) e dos próprios fundamentos do anteprojeto (art. 5º, 7º, 8º, 10 etc.).

O mencionado inciso é complementado pelo art. 151 § 1º, no qual se determina que o juiz, quando o procedimento ou os atos a serem realizados se demonstrarem inadequados às peculiaridades da causa, promova o necessário ajuste, depois de ouvidas as partes e observados o contraditório e a ampla defesa. Cremos que tal dispositivo se mostra como um dos melhores sobre o tema.

Observe-se que se extrai toda a potencialidade para a justa solução do caso concreto, afastando normas frias e estáticas, construindo o direito em conformidade com suas peculiaridades, sempre respeitando o contraditório.

Essa postura rompe com a visão do Estado liberal. Assiste-se, com o surgimento da democracia social, à intensificação da participação do juiz, a quem cabe zelar por um processo justo⁶⁴, nas palavras de Marinoni e

63 MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIEIRO, Daniel. **O projeto do CPC: crítica e propostas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 87.

64 A expressão *processo justo* foi cunhada Cappelletti, sob a influência anglo-americana, denominado de *fair hearing*, como processo em que são asseguradas às partes todas as prerrogativas inerentes ao contraditório participativo.

Arenhart⁶⁵. O processo não busca somente atender ao interesse das partes, há um interesse público na correta solução do litígio.

De igual modo, o projeto assegura o direito ao benefício da gratuidade de justiça (art. 85), melhor organizando a Lei 1.060/50, permitindo que o magistrado determine, de ofício, a comprovação da insuficiência, bem como informa que, das decisões que apreciarem o requerimento de gratuidade de justiça, caberá agravo de instrumento, salvo quando tal decisão se der na sentença.

5.2. Algumas notas negativas na consagração dos princípios

Um Estado Constitucional qualifica-se pela segurança jurídica, justamente por exalar uma legítima confiança em seus cidadãos, na proteção à coisa julgada, bem como na adoção de precedentes vinculativos.

O legislador tem o dever de proteger a coisa julgada, como um postulado extraído do art. 5º, XXXV da CR/88, e, nesse sentido, os meios para a sua revisão devem ser bem delimitados.

Pretende-se reduzir os vícios rescisórios, como se observa no art. 884 do projeto, retirando-se, por exemplo, a rescisória por incompetência absoluta, bem como se reduzindo o seu prazo para um ano (art. 893).

O art. 496 §4º do Projeto repete a redação do art. 475-L §1º e art. 741, parágrafo único do atual CPC, que permite a revisão da denominada “*coisa julgada inconstitucional*”, sem, contudo, deixar claro que somente é admissível tal revisão se, ao tempo da formação da coisa julgada, já existia firmada jurisprudência no STF sobre o assunto.

O projeto segue a tendência de nosso ordenamento jurídico de cada vez mais se aproximar do sistema da *common law*, emprestando mais destaque ainda à jurisprudência. Várias são as passagens das quais se podem extrair tais ideias: art. 285, IV; 317, I e II; 847 e 853, 865, 895 a 906 e 956 a 959).

Um sistema de precedentes persuasivos enfatiza, além da segurança jurídica, a isonomia perante o Direito, evitando o tratamento diferenciado entre os jurisdicionados. Cumpre, contudo, registrar que o Projeto perdeu uma grande oportunidade de aprimorar o sistema de precedentes⁶⁶.

65 MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. "Comentários ao Código de Processo Civil". São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. V, tomo I, p. 192.

66 Observamos a mesma conclusão em: MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIEIRO, Daniel. **O projeto do CPC: crítica e propostas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 17. GARCIA, André Luis Bitar de Lima. "A ausência de um sistema de precedentes no NCP: uma oportunidade perdida", *In* DIDIER Jr., Fredie. MOUTA ARAÚJO, José Henrique. KLIPPEL, Rodrigo. **O projeto do Novo Código de Processo Civil**. Estudos em homenagem ao Prof. José de Albuquerque Rocha. Ed. JusPodium, 2011, p. 14.

Como demonstrado anteriormente, o magistrado, no contexto do neoconstitucionalismo, tem um papel tão criativo quanto o do seu colega do *common law*, controlando a constitucionalidade da lei, aplicando técnicas de interpretação conforme a constituição e, ainda, suprimindo omissões do legislador diante de direitos fundamentais⁶⁷.

Nessa linha, os precedentes são ferramentas extremamente valiosas para a concretização dos direitos fundamentais da igualdade, segurança jurídica e razoável duração do processo. Há que se pensar na igualdade diante das decisões judiciais, ou seja, não basta igualdade perante a lei, mas igualdade na interpretação da lei⁶⁸.

Diante de tal conjunto de ideias, esperava-se que o Novo CPC constrísse uma teoria do precedente, não apenas regulamentasse a jurisprudência. O art. 847, art. 882, nas alterações apresentadas pelo Senador Valter Pereira, ignora, ao que parece, a diferença entre jurisprudência, decisão judicial e precedente.

Somente se pode cogitar em precedente quando se tem uma decisão dotada de determinadas características, com basicamente a potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e magistrados. O precedente constitui decisão acerca de matéria de direito – ou, nos termos do *commom law*, de um *point of law* – e não de matéria de fato. A maioria das decisões judiciais diz respeito às decisões de fato⁶⁹.

De igual modo, além dessa imprecisão técnica, o NCPC não introduz um sistema de precedentes, não reconhecendo a eficácia vinculante dos fundamentos determinantes das decisões judiciais, tampouco aborda os institutos da *ratio decidendi*, *obter dicta*, *distinguishing*, *overruling*, *prospective overruling*, *anticipatory overruling*, *overriding* entre outras.

É certo que não é função do legislador definir conceitos, contudo, estabelecer uma melhor compreensão das técnicas de confronto, interpretação, superação e aplicação do precedente seria ideal, inclusive para uma melhor obtenção dos anseios do NCPC, bem como para conferir mais coerência à ordem jurídica.

67 MARINONI, Luiz Guilherme. "A transformação do *civil law* e a oportunidade de um sistema precedentalista para o Brasil". Disponível em: www.professormarinoni.com.br.

68 GARCIA, André Luis Bitar de Lima. "A ausência de um sistema de precedentes no NCPC: uma oportunidade perdida", In DIDIER Jr., Fredie. MOUTA ARAÚJO, José Henrique. KLIPPEL, Rodrigo. **O projeto do Novo Código de Processo Civil. Estudos em homenagem ao Prof. José de Albuquerque Rocha**. Ed. JusPodium, 2011, p. 17.

69 MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIEIRO, Daniel. **O projeto do CPC: crítica e propostas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 164-165.

Observe-se que o Novo CPC incorre em grande contradição, pois, como demonstrado, utiliza-se muito, e positivamente, da técnica das cláusulas gerais, o que, naturalmente, provoca, por parte da jurisprudência, a outorga de sentido aos textos normativos. Assim, é imperioso se atribuir força vinculante aos precedentes, do contrário, haverá um enorme estado de insegurança, pois cada magistrado poderá interpretá-lo no sentido que lhe aprouver.

6. CONCLUSÃO

Realmente é nítida a falta de sistematicidade do atual CPC, não apresentando ordem e unidade, somente podendo ser compreendido como um sistema a partir de um esforço doutrinário para acomodar os seus elementos.

Essa parece ter sido a proposta da Comissão e, realmente, esse parece ser o resultado atingido. O “Novo” CPC pouco acrescenta, não revolucionado metodologicamente o processo civil, pois, como demonstrado, somente consagra as ideias já firmadas pela doutrina e jurisprudência.

Quando Buzaid redigiu o CPC de 1973, houve uma ruptura absurda com as premissas do CPC de 1939, estabelecendo no plano normativo o que de melhor se havia pensado na primeira metade do século XX, principalmente na Itália.

Parece-me, com todas as vênias de estilo, que os operadores sentirão muito menos o “*choque da mudança*” com o novo CPC do que sentiram com a reforma da execução judicial determinada pela Lei nº 11.232/05. Há, a rigor, simples incorporações de textos constitucionais e de diplomas legislativos infraconstitucionais extravagantes.

Destarte, com o novo CPC dar-se-á mais organização ao sistema e, principalmente, se positivarão primados constitucionais no texto legal. Enfim, esse parece ser o grande lucro a ser obtido com tal mudança. Não obstante ser uma mudança de conteúdo simbólico, justamente por estar positivado, talvez alcance mais eco e melhor se aprofunde nos escaninhos da justiça. ❖

Mediação - Instrumento Eficaz para a Eficiência Regulatória*

Kátia Valverde Junqueira

Diretora Jurídica do Grupo Gas Natural Fenosa no Brasil (CEG, CEG RIO, Gas Natural São Paulo Sul e Gas Natural Serviços)

1. INTRODUÇÃO

Os conflitos fazem parte do cotidiano da humanidade desde o início dos tempos como fenômeno sociológico, seja nas relações familiares, seja nas sociais ou empresariais.

Nesse sentido a origem da mediação em sentido informal, confunde-se com a origem da própria Humanidade.

Entretanto, no sentido que hoje conhecemos, pode-se dizer que a mediação surgiu nos Estados Unidos para solucionar conflito entre a comunidade dos “Quakers” e os colonizadores holandeses, em 1636, garantindo o cumprimento dos princípios morais e as tradições de seus grupos, evoluindo desde então.

A mediação é um mecanismo de autocomposição de interesses conflituosos em que as partes envolvidas contam com a intervenção de um terceiro alheio ao litígio, denominado de mediador – não tendo autoridade ou poder coercitivo para impor a solução do conflito aos envolvidos –, que de forma imparcial desempenha o relevante papel de auxiliá-las na busca por uma solução que lhes seja satisfatória, com ganhos mútuos, privilegiando a conciliação entres as partes.

A utilização da mediação como meio de solução de conflitos no Brasil encontra-se prevista no inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal (Emenda Constitucional nº 45, de 2004), que determina que *“a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”*.

* Trabalho originalmente selecionado para o VI Congresso Brasileiro de Regulação, promovido pela Associação Brasileira de Agências de Regulação, 2009. Revisado e atualizado em outubro de 2011.

O mecanismo da mediação é um dos métodos alternativos de resolução de conflitos ou “Alternative Dispute Resolution” – ADR.

Entretanto, a mediação se distingue de outros institutos que buscam pôr termo aos conflitos, notadamente da arbitragem, que foi revitalizada no Brasil a partir da promulgação da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 e se caracteriza pela instalação do juízo arbitral pelos interessados, enfrentando controvérsias relativas a direitos patrimoniais disponíveis, em que um ou mais terceiros, de forma imparcial e sem interesse na causa, analisam e decidem questões de fato e de direito, com a observância de requisitos e formalidades previstas na lei e normas aplicáveis.

Tal distinção se deve ao fato de que a dinâmica da mediação caracteriza-se pela simplicidade de seu processo e pressupõe uma informalidade e agilidade bem mais acentuadas, principalmente pelo uso intenso da oralidade, além da flexibilidade decorrente da composição amigável dos interesses, seja por meio de conciliação, seja por meio da transação, com o objetivo de transformar uma situação inicialmente conflituosa em uma situação final satisfatória para os envolvidos.

Nesse sentido, o mecanismo da mediação tem como benefício adicional o fato de eliminar a ideia de vencidos e vencedores, considerando que a solução alcançada é construída e negociada pelas próprias partes envolvidas, refletindo um processo volitivo de ambas no que se convencionou chamar nos processos de negociação, de teoria do “ganha-ganha”.

Com efeito, na mediação as partes são figuras ativas, que precisam estar dispostas a transigir quanto aos pretensos direitos que detêm e também em relação aos objetivos colimados, sendo eles copartícipes das soluções resultantes do uso desse mecanismo.

Vale lembrar que a mediação está alicerçada no princípio da autonomia da vontade, segundo o qual as partes são livres para pactuarem como quiserem e o que quiserem e, portanto, é prerrogativa das partes decidir pela conveniência, ou não, da instauração do procedimento, não havendo obrigatoriedade de submissão do conflito aos processos de mediação e, tampouco, uma participação direta do mediador na decisão.

Assim, a mediação é uma maneira voluntária, informal e extrajudicial de solução de litígios, através da qual o mediador, livremente escolhido pelas partes, as ajuda e orienta a resolver suas divergências de maneira a que se atinja o melhor nível de satisfação de todos os envolvidos,

podendo ter caráter preventivo, de evitar o surgimento de conflitos, ou resolutivo, de solucionar conflitos já existentes.

Na realidade a atuação do mediador é a de um facilitador da autocomposição voluntária das partes, já que a mediação, como anteriormente destacado, tem por característica a inexistência de poder de intervenção ou imposição de qualquer solução do problema pelo mediador aos mediados.

Com efeito, no instituto da mediação as próprias partes constroem suas propostas e nenhuma delas é obrigada a aceitar a proposta da outra se esta não for de seu interesse. O papel do mediador, por outro lado, é sutil e busca a orientação das partes para que elas mesmas consigam chegar a um acordo satisfatório.

Justamente por essa ausência de poder decisório e impositivo do mediador, é necessário que essa função seja exercida por um profissional com perfil psicológico adequado e muito bem treinado e qualificado para seu *munus*, com profundo conhecimento da *psique* humana, do universo das negociações e dos negociadores e com o firme compromisso de alcançar efetivamente uma solução para o impasse que seja satisfatória para os envolvidos, sem qualquer resquício de parcialidade. Seu papel precípua é reduzir tensões, acalmar ânimos e fazer com que as partes alcancem uma composição construtiva e positiva dos conflitos. Em outras palavras, a função do mediador é tornar uma situação, em princípio negativa para os envolvidos, em uma situação final que lhes permita alcançar, ao menos, uma situação que lhes seja parcialmente benéfica. Assim, é evidente que o mediador deve ser um profissional qualificado e não um curioso que incentive a desavença entre as partes, ou que seja tendencioso, sem o sincero compromisso com o alcance de um acordo minimamente razoável para ambas.

Apesar da citada ausência de poder impositivo do mediador, a mediação vem se apresentando nos tempos atuais, como uma excelente alternativa para compor interesses e pôr termo às demandas, ao formalismo excessivo e à morosidade do sistema judiciário decorrente do intenso e irracional volume de demandas judiciais que vêm sendo propostas, evitando ainda que as partes incorram nos elevados custos dos processos judiciais e de honorários de advogados.

Nesse sentido, é relevante destacar a importância crescente da mediação no sentido de evitar a judicialização de demandas que poderiam

ser rápida e facilmente solucionadas por esse meio de resolução amigável de conflitos, sendo claro o interesse público envolvido na solução das demandas dos particulares por meio dessa metodologia.

2. DEMANDAS JUDICIALIZADAS

Dentre as empresas que mais contribuem para o assoberbamento do Poder Judiciário, encontram-se algumas concessionárias de serviços públicos que, de fato, contribuem significativamente para o acúmulo anormal de um significativo volume de demandas judiciais propostas por seus usuários. Consta-se que tais demandas assoberbam de forma anormal toda a estrutura dos Tribunais gerando custos de homem/hora de magistrados e serventuários, e de manutenção da infraestrutura dos Tribunais, tais como gastos com energia, telefonia, água, papel, disponibilização de espaço, mobiliário, compra e manutenção de equipamentos etc.

Portanto, é urgente a adoção de medidas que evitem que esse contingente exagerado de demandas atinja nossos Tribunais e gere, além de tudo, morosidade dessas e de outras demandas e, dentre tais medidas, destaca-se a mediação.

3. A ATIVIDADE MEDIADORA NO ÂMBITO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Aos órgãos reguladores é dada a competência de fiscalizar e regular os serviços públicos delegados a particulares. Nessas duas situações – fiscalização e regulação –, insere-se uma gama variada de atividades em que as Agências atuam como uma *longa manus* do Estado, apesar da necessária independência decisória e autonomia funcional.

No âmbito dessas atividades, lhes é dado apreciar uma série de questões envolvendo usuários, delegatários e Poder Concedente, ou seja, questões que envolvem interesses eminentemente públicos, mas também privados.

Um dos principais objetivos da regulação é zelar pela regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação dos serviços e modicidade das tarifas desses serviços públicos, de maneira a que os usuários possam usufruir da prestação do serviço público adequado, conforme previsto na Lei Federal de Concessões – Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 –, o que permite plenamente uma atuação mediadora.

De fato, a resolução amigável de conflitos vem encontrando importante espaço na atuação das Agências Reguladoras, notadamente nos casos que ensejam maior volume de demandas, ou seja, nas reclamações dos usuários contra os delegatários dos serviços públicos, sendo fundamental uma atuação ágil, imparcial e adequada dos reguladores na solução desses litígios.

Algumas Agências Reguladoras possuem em suas leis instituidoras, a competência expressa de atuação no campo da arbitragem para efeito de solução desses litígios. Dentre esses entes reguladores, citamos a ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações – e ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis.

Entretanto, a algumas outras Agências não foi dada essa competência originária, restando a esses reguladores, a atuação na resolução de conflitos no âmbito da mediação, que pode ser exercida no âmbito da competência remanescente dessas autarquias por não exigir previsão legal dessa competência.

O fato é que a atuação e consolidação das Agências Reguladoras, como instâncias mediadoras vem se tornando frequente e certamente tem um papel fortalecedor da regulação e dessas instituições, estabelecendo o papel do regulador como um facilitador e fomentador de soluções, evitando a judicialização das demandas dos usuários dos serviços regulados.

Nesse viés da atividade regulatória – mediação – que se constitui numa atividade estatal que envolve diversos escopos, a mediação deve ser adequadamente exercida como de resto as demais atividades regulatórias, além de outras razões, também como legítima retribuição às receitas auferidas pelas atividades desenvolvidas (taxas de regulação), sendo tais receitas, fonte de custeio das Agências Reguladoras.

Dessa forma, a atuação dos reguladores como mediadores, como comentado, além de ter o condão de solucionar as demandas, evitando a sua remessa aos Tribunais, tem a vantagem de ser uma atividade já remunerada pelas contribuições pagas pelas empresas delegatárias, não havendo ônus adicional às partes envolvidas.

4. REQUISITOS PARA ATUAÇÃO DO REGULADOR - MEDIADOR

Nesse contexto do viés mediador da atividade reguladora das Agências, vale ressaltar que a atuação do regulador como mediador

deve se revestir de algumas características básicas inerentes tanto à atividade mediadora, quanto à atividade regulatória, tais como imparcialidade, bom senso, boa-fé, flexibilidade, facilidade de comunicação, espírito apaziguador, compromisso com a confidencialidade e comprometimento com a solução dos conflitos de forma razoavelmente benéfica para ambas as partes.

É evidente que num processo de mediação se deve permitir às partes, muito embora de forma ágil e concentrada, que apresentem suas razões, argumentos e objetivos.

Ademais, a atuação do regulador naturalmente já está sujeita à observância dos princípios regentes da administração pública, muitos deles similares aos requisitos exigidos de um mediador comum, tais como o da razoabilidade, proporcionalidade, impessoalidade, legalidade e moralidade.

Por outro lado, na mediação, a hiposuficiência do usuário deve ser considerada na medida certa e sem exageros para que não se encurrale esse processo de resolução de conflitos num único e previsível final, que seguramente levaria ao insucesso desse meio alternativo de resolução de conflitos.

É relevante registrar também, a importância de o regulador, na condição de mediador, se despir de influências políticas ou de posturas influenciadas por interesses demagógicos, sob pena de se tornar essa tão importante atividade numa atividade meramente burocrática que, em nada, contribuiria para o interesse público.

Para o exercício dessa atividade, o regulador também deve dispor de estrutura apropriada, treinamento específico para seus funcionários, bem como procedimentos claros e transparentes, que estabeleçam os critérios para realização das mediações de sua competência. Por outro lado, na mediação dos conflitos, os reguladores devem buscar minimizar o grau de animosidade e emotividade das partes envolvidas que, em regra, buscam impor à outra parte, suas posições e interesses. Somente com essa postura apaziguadora e imparcial, poderá ser atingida a tão buscada eficiência no desempenho da mediação que poderá se constituir em contribuição efetiva para a redução significativa de demandas que chegam ao Judiciário.

De qualquer forma, fica evidenciada a vocação natural do regulador para atuar como mediador de conflitos e é certo que, dentro do conceito de autonomia funcional e administrativa e de equidistância de interesses

e, portanto, de imparcialidade em que deve se pautar a atuação do regulador, a solução de conflitos por meio do instituto da mediação é um meio adequado de atuar das Agências Reguladoras, que deve ser estimulado.

5. MEDIAÇÃO COMO MECANISMO DE MEDIÇÃO DA EFICIÊNCIA REGULATÓRIA

É de clareza meridiana que a eficiência dos reguladores não deve, nem pode, ser medida com base na quantidade de processos regulatórios instaurados ou de penalidades aplicadas, o que seria absolutamente prejudicial a todos os envolvidos e totalmente antieconômico, demonstrando um baixo grau de maturidade do ente regulador.

Felizmente, vemos muitos reguladores brasileiros com um alto nível de atuação e uma visão madura e eficiente de suas responsabilidades, que tendem a não incidir no erro descrito no parágrafo anterior e que buscam, de fato, numa visão mais ampla e evoluída, fomentar o desenvolvimento dos mercados em prol dos usuários.

De fato, considerando-se que a atividade regulatória, na sua essência, não deve ter por finalidade precípua penalizar, mas, ao contrário, deve se pautar na busca constante da satisfação de todo o mercado e de todos os *players* nele envolvidos, o que só se concretiza com uma atuação muito mais pedagógica e educativa do que efetivamente penalizadora, a mediação se apresenta como uma alternativa natural e eficiente se bem realizada.

Nesse sentido, a eficiência regulatória deve ser medida com base na quantidade de soluções obtidas para as questões que são submetidas ao Regulador, em âmbito pré-processual, ou seja, em âmbito administrativo-mediador, de maneira a que o instituto da mediação possa ter seus benefícios satisfatoriamente usufruídos como meio alternativo para a solução dos conflitos submetidos, em benefício de usuários e delegatários dos serviços públicos, bem como, quando for o caso, do próprio Poder Concedente, trazendo reflexos positivos para a administração da Justiça.

Dessa forma, é essencial que o mecanismo da mediação seja encarado como um efetivo instrumento de aferição do grau de eficiência das Agências no exercício de suas atividades, posto que ao Regulador cabe fomentar a universalização dos serviços públicos com a inafastável observância dos requisitos legais pertinentes e não fomentar a animosidade entre usuários e concessionários ou permissionários e Poder Concedente.

Assim, é recomendável que as Agências Reguladoras criem e divulguem seus índices de desempenho mediador, de maneira que não apenas os reguladores, mas também, os demais atores do mercado e a sociedade como um todo possam acompanhar periodicamente o desempenho das Agências quanto à realização de acordos por meio do mecanismo da mediação, aferindo o nível de eficiência regulatório e buscando sempre metas crescentes de solução de conflitos.

6. MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE FORTALECIMENTO DOS ENTES REGULADORES

O estímulo ao exercício da mediação pelos entes reguladores se constitui, ainda, em um eficiente instrumento de fortalecimento dos órgãos técnicos das Agências Reguladoras – e, portanto, das Agências – como Ouvidorias, Câmaras Técnicas e Assessorias Jurídicas, que revestidos desse poder mediador, adequadamente exercido, terão maior visibilidade e valorização, desde que, evidentemente, atuem dentro dos princípios básicos do instituto que, como visto, possui muitas similaridades com os requisitos exigidos para desempenho das atividades regulatórias.

Outro ganho para os reguladores no exercício eficiente da mediação é a fixação da imagem positiva perante a opinião pública e *players* do mercado, pelo dinamismo e rapidez na solução dos conflitos a eles submetidos.

Com isso, os processos essencialmente regulatórios, assim considerados aqueles levados à apreciação da instância superior das Agências Reguladoras, seriam aqueles em que realmente seria necessária uma análise mais demorada e aprofundada dos temas, sem possibilidades, ao menos aparentes, de realização de um acordo e, conseqüentemente, sem alternativas de solução tão abreviadas quanto se busca conseguir na mediação.

Dessa forma, com a adoção cada vez maior do instituto da mediação, os indicadores de desempenho das Agências devem também apontar a queda do número de processos regulatórios instaurados e em curso.

Vale destacar que, até mesmo depois de alcançada a fase de instauração do litígio na esfera regulatória, seria possível e eficaz – desde que houvesse a concordância dos envolvidos – a utilização da mediação como meio de viabilizar a solução da questão – desta feita em caráter resolutivo –, para finalização desses processos envolvendo questões ligadas aos interesses de usuários, delegatários dos serviços públicos e Poder Concedente.

7. RESULTADOS CONCRETOS DA MEDIAÇÃO NA ESFERA REGULATÓRIA

A ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica, responsável pelo atendimento de mais de 60 (sessenta) milhões de usuários, é uma Agência que encara com bastante seriedade, profissionalismo e eficiência, a atividade de mediação, existindo uma Superintendência específica para o assunto.

Trata-se da Superintendência de Mediação Administrativa Setorial – SMA, a quem compete “executar as atividades relacionadas aos processos de consulta aos agentes econômicos, a consumidores de energia elétrica e à sociedade e de atendimento a suas reclamações” (Portaria MME nº. 349, de 28/11/97).

Além dos requisitos gerais já referidos, para efeito de realização das mediações em sua esfera de atuação, a ANEEL observa a Norma de Organização ANEEL 001, aprovada pela Resolução Normativa ANEEL nº. 273/07.

Com base no citado dispositivo, o conflito é objeto de um processo de triagem para constatação do cabimento do mecanismo da mediação cuja instauração depende da concordância da outra parte envolvida.

Havendo instauração do procedimento, passa-se à fase de coleta de documentos e informações, montando-se uma sinopse cronológica do conflito – historiograma.

Na primeira reunião, as regras e procedimentos são informados aos envolvidos, realizando-se quantas reuniões quanto forem necessárias, com ativa participação dos reguladores, até se chegar a uma solução que atenda aos interesses dos envolvidos.

Como resultado concreto desse trabalho, a SMA/ANEEL tem alcançado uma média de 30 (trinta) mediações anuais, daí resultando em acordos 90% (noventa por cento) desses casos, o que denota um alto percentual de êxito.

Devemos considerar que esses acordos mediados representam o atendimento dos anseios das partes envolvidas, com atuação destacada dos mediadores/reguladores.

Dentre outros exemplos vitoriosos de uso do mecanismo da mediação na esfera regulatória podemos citar o da ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações –, que ademais de ter a competência para o exercício da arbitragem de conflitos, também atua como mediadora, o que vem

fazendo com bastante eficiência inclusive em matéria concorrencial como no caso da remuneração das interconexões entre as concessionárias de serviço telefônico fixo comutado.

Também a ANA – Agência Nacional de Águas –, vem tendo papel fundamental na mediação de conflitos pelo uso da água, podendo-se citar como caso emblemático de mediação na sua esfera de atuação, o conflito entre o setor de navegação e de energia elétrica ocorrido em 2001, relativamente à hidrovia Tietê-Paraná, cuja mediação impediu a interrupção da navegação na mais importante hidrovia brasileira, ameaçada por pretensões de aumento de geração de energia elétrica.

Também a atuação da Agência Reguladora de Serviços Públicos do Ceará – ARCE, tem sido bastante exitosa no âmbito das mediações. Em 2008, a ARCE alcançou o incrível índice de 99,63 % de sucesso nas mediações realizadas e nos anos seguintes vem mantendo sua performance em níveis equivalentes.

No Rio de Janeiro, a Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado, AGENERSA, em atividade desde 1998, muito embora ainda não tenha aderido até agora ao instituto da mediação, publicou recentemente a Resolução Nº 005 de 27 de setembro de 2011, que altera o Regimento Interno da Agência. Por meio dessa Resolução, a AGENERSA implantou o processo de *conciliação*, com base na seguinte disposição: “Nos processos regulatórios que envolvam Concessionária(s) regulada(s) pela AGENERSA, Usuário(s) e/ou Poder(es) Concedente(s), sempre que solicitado pela(s) parte(s) ou quando considerar necessário e oportuno, o Conselheiro-Relator poderá providenciar a realização de reunião de *conciliação* entre os litigantes”.

Trata-se de uma medida distinta da mediação, porém, conexas a ela. Tecnicamente, a diferença entre a mediação e a conciliação reside no papel destinado ao terceiro interveniente. Enquanto mediador, esse terceiro apoia as partes para que delas mesmas surja a solução, enquanto que, na conciliação, o terceiro tem a iniciativa de propor às partes a solução para o conflito.

Apesar dessa sutil – porém, importante - distinção, a expectativa é de que essa medida conexa atinja resultados positivos, assim considerados a agilidade e encerramento de feitos regulatórios e, notadamente, a redução do volume de processos regulatórios instaurados e o aumento do número de processos encerrados, como consequência lógica do sucesso

da iniciativa. Vale acompanhar o desenvolvimento dessa medida para verificação de sua real eficiência.

8. CONCLUSÃO

Como corolário lógico de todo o exposto neste trabalho, constata-se a importância do instituto da mediação no ambiente regulatório, como um excelente instrumento para se atingir a satisfação geral dos envolvidos, desconstruindo conflitos e fomentando soluções e acordos.

Vale lembrar que regular não é penalizar. Regular é muito mais que isso, regular é buscar incessantemente o sucesso da atividade regulada, para benefício dos usuários. Por outro lado, a eficiência da atividade regulatória não pode, nem deve, ser medida com base no indicador do número de multas impostas, mas sim, pelas soluções eficientes que as próprias partes encontram com o apoio dos mediadores/reguladores, que permitem a satisfação dos envolvidos sem a judicialização dos conflitos.

Cabe, assim, aos reguladores, estimular o uso dos procedimentos de mediação entre os *players* dos mercados regulados, já que uma solução mediada, em regra, é sempre mais benéfica, ágil e menos custosa do que um conflito continuado.

Resta claro ainda, que o sucesso do processo de mediação depende, precipuamente, da capacitação do mediador – neste caso, regulador –, que deve ter pleno domínio da técnica desse instrumento, de maneira a exercê-lo na sua completude, sob pena de gerar prejuízos aos interesses envolvidos e não contribuir para a redução da judicialização das demandas.

Assim, fica evidenciado que o adequado exercício do instituto da mediação pelos órgãos reguladores gera eficiência no desempenho das Agências Reguladoras, além de agregar valor à atividade regulatória, com reflexos positivos no segmento dos serviços públicos concedidos, de maneira a permitir que sejam efetivamente alcançados os objetivos principais da regulação, viabilizando a prestação do denominado serviço adequado, previsto na Lei Federal de Concessões, com a plena satisfação de seus usuários, das concessionárias e permissionárias, poderes concedentes e de toda a sociedade em geral.

Por fim, a eficiência dos Reguladores tem como efeito indireto, porém, extremamente relevante e benéfico, a redução de demandas judiciais, o que deve ser perseguido e estimulado em razão do interesse público envolvido, que extrapola o âmbito dos mercados regulados e se estende para toda a sociedade como um todo. ❖

Separação Judicial. Um Instituto Jurídico Derrogado?

Lidia Caldeira Lustosa Cabral

Mestre em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense. Professora de Direito Civil da UNISUAM

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo trata do interesse despertado pela doutrina e pela jurisprudência acerca da vigência da separação judicial no ordenamento civil brasileiro após a Emenda 66 da Constituição Federal do Brasil, que eliminou a parte final do comando do parágrafo 6º do artigo 226, retirando os pressupostos temporais, seja a partir de um ano da separação judicial, seja pelo decurso de prazo de dois anos da separação de fato. A redação do art. 226 do texto magno passou a dispor: “O casamento civil **pode** ser dissolvido pelo divórcio”. *grifo nosso*.

A reflexão que propomos realizar tem por escopo estabelecer a defesa da permanência da separação judicial no ordenamento jurídico, enquanto nova lei não venha extingui-la, o que encerraria por definitivo a cisão doutrinária e jurisprudencial.

2. DA SEPARAÇÃO JUDICIAL

Durante a vigência do Código Civil de 1916 o casamento era a única forma de constituição de família.

A comunhão de vida deveria dar-se “até que a morte os separe.”

Amparado na doutrina cristã da Igreja Católica, vigia o sacramento do casamento, segundo o qual “o que Deus uniu, o homem não separe.”

Contudo, sendo certo que os deveres do casamento eram, por vezes, descumpridos, o instituto da separação judicial se impunha, com a denominação de desquite.

As uniões extrapatrimoniais não tinham *status* jurídico de família, e se submetiam à vara cível, em caso de dissolução, não gerando os efeitos protetivos como, por exemplo, obrigações alimentícias após a dissolução

do vínculo. A jurisprudência e a doutrina aplicavam as regras da dissolução de sociedade de fato.

Em 1977, o caráter cultural inerente ao ordenamento jurídico, com fundamento “no fenômeno da Tridimensionalidade do Direito, introduzido em nossa doutrina pelo jurista Miguel Reale, ao entendimento de que a integração que se dá entre fato, valor e norma, consagra a eficácia, fundamento e vigência da norma jurídica” (Nader, 2008, p. 391), o conduziu à promulgação da Emenda Constitucional nº 9, que modificou a redação do § 1º do artigo 175 da Constituição Federal precedente, e revogou os artigos 315 a 318, bem como o § 1º do artigo 1605 do Código Civil vigente, pelo surgimento da Lei 6.515/77, instituindo-se o divórcio no ordenamento jurídico brasileiro.

A esse tempo, o ordenamento jurídico pátrio substituiu a palavra desquite pela expressão separação judicial.

Posteriormente, Constituição Federal vigente alterou o perfil contemporâneo de família, adotando os princípios do solidarismo, segundo o qual “embora presentes em muitas formas ordinárias, não dizem respeito à solidariedade constitucional, pela qual a participação das pessoas na gestão das formações sociais não deve dirigir-se ao eficientismo destas últimas, mas ao pleno desenvolvimento das pessoas” e o personalismo, “como o objetivo de construção dos membros que compõem a família, tendo em vista a formação de cada pessoa envolvida.” (Perlingiere, 1997, p. 35 e 36).

A adoção destes princípios estruturantes permitiu que o Constituinte recepcionasse a Lei do Divórcio, estabelecendo pressupostos temporais de um ano se houvesse separação judicial, ou dois anos, se comprovada a separação de fato entre os cônjuges.

Desde a promulgação da Lei 6.515/77, foram muitos os pressupostos para a decretação do divórcio e convolação de novas núpcias, no entanto, as alterações se estabeleceram, definitivamente, com a promulgação da atual Carta Magna que exigia, até 13 de julho de 2010, **a separação judicial com decurso de tempo de um ano, ou de fato por dois anos.**

As consequências do mundo contemporâneo globalizado, as transformações sociais, a urbanização, a globalização e a economia de mercado, transformaram a família clássica oriunda do casamento, para estabelecer o *status* familiar às mais diversas modalidades. A Constituição Federal consagrou as famílias formadas pela união estável e as monoparentais

(formadas por um dos pais e sua prole), mas novas formas de família, ligadas pelo laço afetivo e não sanguíneo, começam a tomar espaço nas decisões jurisprudenciais, como famílias socioafetivas.

A nova família é formada por pessoas, que tendem a realizar suas aspirações pessoais através da solidariedade dos seus membros.

A retirada da segunda-parte do artigo 226, § 6º da CF abre para os estudiosos do Direito a pergunta: Haverá sido derogada a separação judicial, se esta já não é exigida para a obtenção do divórcio?

3. DO SISTEMA DUAL DE DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO

A doutrina que identifica o sistema dual de extinção do casamento em nossa codificação civil aponta duas formas de dissolução. As que derivam de causas dissolutivas e as de causas terminativas (Farias e Rosenthal, p. 280).

Vale dizer que todas as causas de extinção do casamento são dissolutivas, por encerrarem a sociedade conjugal, mas dentre estas, apenas duas são terminativas (a separação judicial e a anulação ou nulidade do casamento).

Entendem os doutrinadores que a separação judicial tem por consequência terminar apenas a sociedade conjugal, pondo fim aos deveres recíprocos entre os cônjuges, e ao regime de bens.

Por manter-se o vínculo conjugal em suspenso, o mesmo poderá ser restabelecido com simples petição no processo de separação judicial.

A separação judicial, enquanto causa terminativa, não permite a convalidação de novo casamento, por manter intacto o vínculo conjugal.

Em contrapartida, as causas dissolutivas, como o próprio nome indica, rompem o vínculo, dissociando os cônjuges do laço jurídico que os ligava. Rompido, portanto, o vínculo conjugal, sua restauração impõe-se impossível. Somente mediante novo processo de habilitação, os ex-cônjuges poderão contrair novas núpcias.

As causas dissolutivas (morte e divórcio) põem igualmente fim aos deveres conjugais e ao regime de bens, de forma irremediável.

4. RAZÕES PARA A MANUTENÇÃO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL PELA SISTEMÁTICA DA LEI 6.515/77

A preservação do instituto da separação judicial tem o escopo de manter a liberdade entre os cônjuges para decidir acerca de sua relação

civil, haja vista que a proteção do Estado volta-se na nova ordem constitucional, para as pessoas, centro do ordenamento jurídico, e que seus direitos fundamentais devem, imperativamente, ser tutelados.

1ª razão:

O novo comando do artigo 226, § 6º da Constituição Federal, afastou o decurso de tempo como pressuposto para o divórcio no menor espaço de tempo – se separados judicialmente (um ano). Contudo, o tempo garantidor à melhor reflexão do passo a ser dado pelos cônjuges é de razão subjetiva, e *poderá* ser mantido agora sem tempo determinado.

O direito de contrair casamento, ou desfazê-lo, é de interesse particular das partes envolvidas, mantendo-se afastado o Estado, e acreditamos ter sido esta a razão do legislador ao eliminar a exigência da separação judicial prévia, ou de fato, por dois anos, para a obtenção do divórcio.

Neste sentido, caso seja de interesse dos cônjuges, a separação judicial poderá preceder o divórcio, resguardando-se a oportunidade de restaurar, a qualquer tempo, o casamento, sem contudo dissolver o vínculo matrimonial.

2ª razão:

O direito aos alimentos previstos no artigo 1704 do Código Civil decorrentes do dever de solidariedade entre os ex-cônjuges, e da necessidade do alimentando, visto não haver parentesco entre ambos, equaciona-se pela aferição de culpa eventual no caso da separação litigiosa.

Muito embora a admissão da culpa nas separações judiciais venha sendo a cada dia mais afastada pela jurisprudência, que admite ser direito dos cônjuges buscar o fim de um relacionamento civil que não mais comporta o afeto, pressuposto fundamental do matrimônio, esta ainda vige no parágrafo único do artigo 1704 CC para adequar o valor dos alimentos devidos ao cônjuge culpado ao mínimo necessário à sua existência digna.

Trata-se da ponderação devida pelo princípio do solidarismo, já tratado.

3ª razão:

Zelar pelo cônjuge acometido de doença mental grave, manifestada após o casamento, tornando impossível a vida em comum, *ex vi* do art. 1772 § 2º do Código Civil.

A doutrina a denomina de separação-remédio, e pode ser a medida adotada caso o cônjuge sadio e de boa-fé, pretenda continuar a zelar

pelo cônjuge enfermo, inclusive garantindo-lhe as consequências previdenciárias, e o pensionamento devido.

Neste caso, tanto socialmente, quanto juridicamente, uma eventual união estável com terceira pessoa, poderá ser reconhecida pelo ordenamento pátrio, sem que a ex-cônjuge esteja desamparada.

4ª razão:

A última ponderação diz respeito à derrogação da Lei 6.515/77, bem como dos artigos 1571, III e seguintes do Código Civil, que tratam da separação judicial.

A boa hermenêutica jurídica trazida pela Emenda 66 ao § 6º da CF há que ser aplicada de forma extensiva, haja vista que assim dispõe:

“O casamento pode ser dissolvido pelo divórcio.”

Cabe, portanto, interpretar-se tal dispositivo constitucional como ampliativo do direito subjetivo dos cônjuges de decidirem acerca do fim do casamento quando suas vontades livres assim se manifestarem, independentemente da injunção do Estado quanto a termo.

O comando constitucional, por seus princípios ou normas, não vedou o instituto da separação judicial, nem sequer a Emenda 66 fez qualquer referência à sua vedação. Pelo contrário, apenas deixa de existir a imperatividade da prévia separação judicial, ou de fato, para que o divórcio possa ser decretado.

5. CONCLUSÃO:

A se entender a perda da eficácia da separação judicial em nosso ordenamento jurídico, apenas apoiada na sua desnecessidade, significaria eliminar dos cônjuges o direito de adotar um tempo precioso que poderá ser necessário a novas experiências, e a tomada de uma decisão segura.

A reconciliação entre os envolvidos, enquanto instituto jurídico, estaria finda, eliminada a possibilidade em situação de dúvida, bem como nos casos de convicção religiosa, haja vista que alguns grupos excluiriam as pessoas que desfizessem o vínculo matrimonial, podendo optar pela singela forma da separação judicial a justificar o fim dos deveres conjugais (GAMA, palestra EMERJ, 20/06/2011).

Em não havendo vedação constitucional, ou derrogação expressa, há que se reconhecer a vigência formal do instituto, e que os operadores

do direito reconheçam, igualmente, a eficácia da separação judicial, posto que não há qualquer contrariedade à Carta Magna.

Em sentido contrário, doutrinadores há que tendem a superar o obstáculo justificando a opção pela separação de fato.

Muito embora a separação de fato seja instituto reconhecido pelo ordenamento pátrio, se é de fato, não é de direito, trazendo insegurança jurídica aos envolvidos, e exigindo produção de prova a favor de cônjuge oportunamente prejudicado.

Por todas as razões aqui expostas, optamos por apoiar os doutrinadores e julgadores que admitem a permanência da separação judicial no ordenamento jurídico pátrio.

A controvérsia persiste no Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e, em recente palestra proferida na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, os doutos magistrados não apresentaram posição pacificada, deixando aos juízes de primeiro grau a decisão a tomar, caso a caso.

Resta a nós, estudiosos do direito, aguardarmos o caminhar do antigo instituto jurídico da separação judicial, que ora vocaciona-se a extinguir-se. ❖

Discricionariedade Judicial: Considerações sobre a Perspectiva Positivista de Kelsen e Hart e a Proposta de Dworkin para sua Superação

Lucio Picanço Facci

Mestrando em Ciências Jurídicas e Sociais na Universidade Federal Fluminense (UFF). Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília (UnB). Membro Efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). Procurador Federal em Petrópolis/RJ.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto analisar a discricionariedade judicial, expressão referida neste trabalho sob a ótica oriunda do positivismo jurídico segundo a qual, ante uma ação judicial que não possa ser resolvida por uma regra formal de direito clara, estabelecida de antemão, o Judiciário teria “poder discricionário” para decidir o caso de uma maneira ou de outra.

Para tanto, iremos inicialmente dedicar algumas linhas a respeito do modelo positivista, apresentando seus traços característicos a partir dos estudos realizados por alguns dos mais expressivos representantes dessa escola do pensamento jurídico: Hans Kelsen e Herbert Hart.

Após, buscando entabular uma crítica a tais modelos, abordaremos alguns aspectos do pensamento de Ronald Dworkin no sentido de propor uma superação das soluções fortemente afinadas com o positivismo jurídico para o problema das incompatibilidades ou lacunas legais.

2. DECISÃO JUDICIAL SOB A ÓTICA DO POSITIVISMO JURÍDICO

2.1. Características gerais

Como se sabe, é ao final da Idade Média, no início do século XVI, que surge o Estado moderno. Atribui-se a Nicolau Maquiavel a utilização do vocábulo com essa acepção pela primeira vez em seu famoso **O príncipe**, em 1513.¹ Neste processo, o poder político paulatinamente descola-se da Igreja, que conferia legitimidade a uma fundamentação dos direitos através de cosmovisões metafísicas ou religiosas, imunes à crítica e à reflexão.² Com as Revoluções Francesa e Inglesa, a soberania desloca seu centro de gravidade do monarca para o povo, retirando o poder do rei e o atribuindo à lei, e promovendo a transição histórica que superou o absolutismo pelo legalismo, identificado no primado na lei como premissa fundamental do Direito.

O advento e ampla influência do Código Civil de Napoleão passam a conferir plena afirmação ao direito positivo. Esse diploma pretendeu fundar o direito em bases seguras e unitárias, livre do caos normativo do Antigo Regime e inspirado nos ideais racionalizadores do Iluminismo, gestados por uma suposta razão universal.³ Não por outra razão, surge na França, por volta do século XIX, a chamada Escola da Exegese, justamente em decorrência do fascínio em relação à lei e, em especial, ao Código Civil francês de 1804. Para essa Escola, o monopólio da revelação do Direito (juspositivismo) competia unicamente ao legislador, reduzindo o Direito estritamente à lei escrita, *“não cabendo ao intérprete buscar a solução do caso em outras fontes, fora do texto legal, privilegiando-se, assim, a análise gramatical”*⁴.

A partir da identificação plena do direito com a lei escrita, do positivismo jurídico decorrem, principalmente, o apego excessivo ao formalismo jurídico e a completa dissociação do Direito da Moral e da Ética.

A seguir, com vistas a acentuar as principais características do positivismo jurídico, iremos abordar alguns aspectos do pensamento de Hans

1 Neste sentido, v. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 51.

2 HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Volume I. Tradução de Flávio Beno Siebenichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, p. 131.

3 SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2008, p. 67-68.

4 VELOSO, Zeno. **Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil – arts. 1º a 6º**. 2. ed. Belém: Unama, 2006, p. 91.

Kelsen e Herbert Hart, dois importantes teóricos do Direito representantes desse modelo jurídico.

2.2 O caráter político da interpretação judicial na teoria pura do Direito de Hans Kelsen

Pode-se afirmar que a principal finalidade da obra de Hans Kelsen foi conferir cientificidade ao Direito. Para tanto, seria preciso delimitar o campo jurídico, prevenindo-o de valorações de índole moral, ética ou política que, tendo em vista seu caráter controvertido, colocaria em risco a afirmação do Direito como ciência.

Para Kelsen, a ciência do Direito deveria ter um objeto formal autônomo e independente, livre de qualquer interferência extrajurídica. A sua **Teoria Pura do Direito**, como o próprio nome sugere, busca eliminar elementos alheios à matéria própria de uma teoria dos fenômenos jurídicos específicos de um sistema de Direito, tais como os trazidos das ciências naturais, da Sociologia, da Ética, da Psicologia e da Teoria Política.

Nesse sentido, afirma o mestre vienense logo ao início da sua famosa obra:

Quando a si própria se designa como 'pura' teoria do Direito, isto significa que ela propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental⁵.

Para alcançar a pureza do Direito pretendida, Kelsen sustentava inicialmente uma radical separação entre o *ser* e o *dever ser*, representando a exclusão do campo da ciência do Direito de todo e qualquer elemento oriundo das ciências naturais. Essa cisão resultou na total desconsideração da *causa* do domínio normativo do Direito: ao enunciar o que deve ocorrer, a norma não seria decorrência ou a explicação de fatos, mas apenas sua provocação.

5 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed.. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 1.

Outrossim, para o jurista austríaco, deveria ser eliminado da Teoria do Direito não somente o momento causal, mas ainda o *teleológico*, isto é, para a validade da norma seria indiferente a realização do seu fim. Para além disso: o sentido mesmo da norma só existiria enquanto houvesse a possibilidade de que não ocorresse o que ela manda, sob pena de transformar-se numa lei natural explicativa.

Para Kelsen, portanto, o jurista deve considerar os fatos apenas sob o ângulo da sua coincidência ou não com o conteúdo da norma, devendo desconsiderar sua sucessão causal ou mesmo sua ínsita finalidade. Nas suas palavras, “*a ciência jurídica, com efeito, não pretende, com as proposições jurídicas por ela formuladas, mostrar a conexão causal, mas a conexão de imputação entre os elementos do seu objeto*”.⁶

Com a dissociação feita entre o Direito e a Moral, Kelsen alude a norma fundamental (*grundnorm*) como fundamento pressuposto de validade da Constituição, última norma jurídica positiva. Kelsen sugere que a Constituição seja suposta como válida em virtude dessa norma fundamental pressuposta, em razão da qual os legisladores constituintes foram investidos do poder legítimo de editar a Constituição. Assim, as normas constitucionais deveriam ser consideradas válidas pelo só fato de constarem da Constituição.⁷

Tais concepções promovem uma leitura do Direito não como norma, mas como ordenamento, como sistema, a saber: como conjunto de normas formalmente coordenadas e conectadas entre si. Pela ótica kelseniana, seria impossível descobrir a natureza do direito a partir do exame de uma norma jurídica atomizada, eis que a característica fundamental do sistema jurídico é a coerência, o caráter completo e unidade do fundamento de validade.

Kelsen vê o Direito como um ordenamento de tipo *dinâmico*, cujas normas não estão conectadas em virtude de seu conteúdo, como ocorre com as normas morais, de tipo estático.⁸ As normas jurídicas se consideram válidas se editadas por uma autoridade competente de acordo com uma norma superior. O Direito, assim, é dotado de estrutura hierárquica e regula sua própria criação.

6 *Ibidem*, p. 100.

7 *Ibidem*, p. 225.

8 *Ibidem*, p. 219.

A partir da 2ª edição do seu **Teoria Pura do Direito**, em 1960, Kelsen passa a cuidar do tema da interpretação, fazendo distinção entre a *autêntica* e *científica*.⁹ Enquanto esta última se refere às proposições, isto é, às interpretações dos doutrinadores, a primeira, única dotada de validade e eminentemente *política*, seria a dada pelo juiz ao criar a norma individual para o caso.

Com efeito, Kelsen enxerga a decisão judicial apenas como a continuação do processo de criação jurídica, conferindo-lhe caráter normativo: a norma individual (sentença) vale na medida em que se ajusta a norma superior criadora dos órgãos encarregados de concretizar o ordenamento. A validade da norma individual não depende de sua conformidade com o *conteúdo* de uma norma geral superior e, acaso não extirpada do universo jurídico pelo meio indicado pelo ordenamento, é plenamente válida e deve ser cumprida e aplicada.

Assinala Kelsen:

*Mas autêntica, isto é, criadora de Direito é a interpretação feita através de um órgão aplicador do Direito ainda quando cria Direito apenas para um caso concreto, quer dizer, quando esse órgão apenas crie uma norma individual ou execute uma sanção. A propósito importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa*¹⁰.

Para o modelo kelseniano, portanto, a validade de uma decisão judicial se assenta tão somente no fato de haver sido proferida por quem detinha competência segundo o ordenamento jurídico. A interpretação estaria, dessa maneira, fora da ciência do Direito, pois corresponderia a um ato *político* do juiz, alheio ao campo científico do Direito e pertencente ao mundo da prática jurídica.

⁹ *Ibidem*, p. 387.

¹⁰ *Ibidem*, p. 394.

Nas palavras de Kelsen:

*A interpretação jurídico-científica não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica. Como conhecimento do seu objeto, ela não pode tomar qualquer decisão entre as possibilidades por si mesma reveladas, mas tem de deixar tal decisão ao órgão que, segundo a ordem jurídica, é competente para aplicar o Direito. Um advogado que, no interesse do seu constituinte, propõe ao tribunal apenas uma das várias interpretações possíveis da norma jurídica a aplicar a certo caso, e um escritor que, num comentário, elege uma interpretação determinada, de entre as várias interpretações possíveis, como a única “acertada”, não realizam uma função jurídico-científica, mas uma função jurídico-política (de política jurídica). Eles procuram exercer influência sobre a criação do Direito. Isto não lhes pode, evidentemente, ser proibido. Mas não o podem fazer em nome da ciência jurídica, como frequentemente fazem.*¹¹

2.3. Discricionariedade judicial no conceito de Direito de Herbert Hart

Herbert Hart, jurisfilósofo britânico, também de vertente positivista, promove uma distinção entre regra e hábito, ressaltando a importância do ponto de vista “interno” para caracterizar a primeira: ao passo que o hábito expressa apenas uma conduta regular, uniforme, que o observador pode registrar do ponto de vista externo, a condição de existência das regras é a sua visão pelo grupo social como pautas ou critérios gerais de comportamento e da sua violação como ato censurável.

Assinala o famoso teórico do Direito que, como existem conceitos jurídicos sem definição precisa, as normas jurídicas são integradas por termos que, junto a um núcleo de significado suficientemente claro, carregam uma zona de indeterminação e incerteza à sua interpretação.

Como demonstra Genaro Carrió, jurisfilósofo argentino estudioso da obra de Hart, o ordenamento jurídico na visão hartiana constitui um sistema *aberto* de normas, recusando por isso mesmo a tese da plenitude hermética ou finitude lógica da ordem jurídica¹². Nessa linha, afirma Hart

¹¹ *Ibidem*, p. 395-396.

¹² CARRIÓ, Genaro. **Algunas palabras sobre las palabras de la ley**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1971, *passim*.

o caráter criativo e construtivo da atividade jurisdicional ante os chamados “casos difíceis”, repudiando a tese da função meramente declarativa da jurisdição. Noutras palavras: a teoria analítica hartiana admite que o ordenamento jurídico é lacunoso e que os juízes dispõem de poder para criar o Direito.

Hart marca a distinção entre normas *primárias* (impositivas de condutas) e *secundárias* (de instituições centralizadas para criar e aplicar as normas primárias). Partindo de uma hipotética sociedade primitiva, conclui o pensador britânico que, eventual ausência de normas secundárias acarretaria graves distorções, decorrentes principalmente de três causas fundamentais: (i) insuficiente pressão social tendente ao cumprimento das normas impositivas de conduta, ante a ausência de órgãos específicos a esse fim; (ii) estaticidade do sistema, resultante da ausência de alteração e adaptação das normas às modificações ocorridas no plano fático, social; (iii) incerteza quanto ao sentido e alcance das normas primárias vigentes no sistema.¹³

Aponta Hart, portanto, para a necessidade de complementação das regras primárias pelas secundárias, de forma a conferir ao regime de regras um caráter de sistema. Na sua visão, o Direito pode ser caracterizado como uma união de regras primárias de obrigação com regras secundárias institucionais.

Ao contrário das normas primárias, as normas secundárias não criam obrigações, mas atribuem poderes. Na ótica hartiana, existem três tipos de normas secundárias: (i) de *juízo*, disciplinadoras do processo e identificação dos órgãos e pessoas que devem julgar;¹⁴ (ii) de *alteração*, que confere poder a um indivíduo ou corpo de indivíduos para introduzir novas regras primárias disciplinadoras da vida social;¹⁵ e (iii) de *reconhecimento*, que serve para estabelecer critérios dotadas de autoridade para identificar as regras válidas do ordenamento jurídico.¹⁶

Quanto às normas secundárias de reconhecimento (*rule of recognition*), Hart assinala que a sua existência não expressaria senão uma questão de fato, *in litteris*:

13 HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. Tradução Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986, p. 102-106

14 *Ibidem*, p. 106.

15 *Ibidem*, p. 105.

16 *Ibidem*, p. 104.

Uma tal questão não pode ser posta quanto à validade da própria regra de reconhecimento que faculta os critérios; esta não pode ser válida ou inválida, mas é simplesmente aceita como apropriada para tal utilização. Expressar este simples fato dizendo de forma pouco clara que a sua validade é 'suposta, mas não pode ser demonstrada', é como dizer que supomos, mas não podemos demonstrar, que a barra do metro-padrão em Paris, que é o teste último da correção de toda medida métrica, é ela própria correta.¹⁷

Assim, é possível identificar distinção entre a *grundnorm* de Kelsen e a *rule of recognition* de Hart: enquanto a existência ou validade da primeira deveria ser objeto de pressuposição, esta última não é válida nem inválida – expressa uma existência fática, isto é, um fato efetivo referente à forma pela qual são identificadas as regras de um sistema eficaz.

3. DECISÃO JUDICIAL E A TEORIA DOS PRINCÍPIOS

3.1. Para além do texto: superação do modelo positivista na contemporaneidade

Muito embora dotada de alto grau de generalidade, considerando que sob sua rubrica podem ser incluídas múltiplas escolas do pensamento jurídico que guardam importantes distinções teóricas entre si, certo é que a expressão “*pós-positivismo*”¹⁸ ou mesmo “*neopositivismo*”¹⁹ tem sido atualmente utilizada para designar modelos que representam uma ruptura com o positivismo jurídico, principalmente no que se refere à rígida separação entre o Direito e a Moral e a Política.

Com efeito, o fim da Segunda Guerra Mundial, com a derrota do fascismo na Itália e nazismo na Alemanha e a perplexidade planetária com as desumanidades praticadas sob amparo da legalidade (de que são exemplos marcantes o campo de concentração de Treblinka e a explosão das bombas atômicas em Hiroshima e Nagasaki), impôs uma releitura das

¹⁷ *Ibidem*, p. 120.

¹⁸ Por todos, v. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 242.

¹⁹ Cf. CAMBI, Eduardo. *Neonconstitucionalismo e neoprocessoalismo – direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 78.

concepções teóricas que concebiam o ordenamento jurídico como algo indiferente a valores éticos. Passa-se a repensar as regras jurídicas sob a perspectiva de sua relação com os princípios e os valores, quadra em que se encontra o Direito contemporâneo.

A dissociação do Direito para a Moral era sustentada pelo positivismo jurídico como resultante de uma concepção do Direito como um sistema que deveria ser *neutro*. Todavia, por ser insuficiente para garantir o efetivo controle dos abusos praticados pelo próprio Estado, o princípio da legalidade formal não se mostrou capaz de impedir o uso totalitário e antidemocrático do poder, podendo transformar “*o delicto em direito supremo*”.²⁰

Sobre a relação entre Direito e Moral, cumpre registrar lição contundente de José Fernando de Castro Farias, *in verbis*:

Não podemos voltar à ética grega – na qual o direito e a ética estavam intimamente ligados –, mas também não podemos admitir a distinção que é comumente feita pela filosofia do sujeito entre a moral – referindo-se às relações sociais que caem sob a responsabilidade pessoal – e o direito e a justiça política – como âmbito das relações que são mediadas institucionalmente.

Devemos rejeitar a tese da neutralidade e da suposição de um sistema jurídico fechado, contestar a ideia de uma legitimação do direito através da simples legalidade do procedimento que normatiza o direito, a fim de vislumbrar o princípio hermenêutico de modo reconstrutivo. Neste sentido, é fundamental a articulação entre o direito e a moral. O direito e a moral se cruzam constantemente. A moral não é estranha ao direito, pois a regra de direito é precisamente o reconhecimento pela massa das consciências individuais da necessidade da aplicação de certos valores éticos e morais numa sociedade. Ao lado dos aspectos fático e normativo, o aspecto axiológico – consubstanciado nos valores que fundamentam o direito – é um elemento constitutivo da experiência jurídica.

20 ZAGREBELSKY, Gustavo. **A Lei, o Direito e a Constituição**. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos030101.html>. Publicado em 28 de novembro de 2003. Acesso em 02/02/2011.

*O direito não está subordinado à moral no sentido de uma hierarquia de normas, mas existe uma “relação de complementariedade recíproca” entre o direito e a moral. Os princípios morais e as finalidades políticas devem ser traduzidos para a linguagem do direito e engatadas no código jurídico porque, como afirma Habermas, “em sociedades complexas, a moral só obtém efetividade em domínios vizinhos, quando é traduzida para código do direito”. Por trás do direito positivo existe um complexo sentido de validade do direito legítimo mas, sobretudo em decisões sobre princípios, os argumentos de ordem extralegal, considerações de tipo pragmático, ético e moral, devem traduzir-se em argumentos jurídicos.*²¹

Sobre o tema, afirmam Antonio Carlos Diniz e Antônio Carlos Cavalcanti Maia:

*Suprimida a rígida clivagem entre direito e moral, baluarte do positivismo jurídico até a obra de Hart, caminhamos a passos largos rumo a uma Teoria do Direito normativa, fortemente conectada com a Filosofia política e a Filosofia moral.*²²

Diniz e Maia destacam cinco aspectos do modelo pós-positivista: a) inclusão de temas como os princípios gerais do Direito, a argumentação jurídica e a reflexão sobre o papel da hermenêutica jurídica; b) a importância dos casos difíceis; c) o abrandamento da dicotomia descrição/prescrição; d) a busca de um lugar teórico para além do jusnaturalismo e do positivismo jurídico; e) o papel dos princípios na resolução dos casos difíceis.²³

Iremos abordar a seguir especificamente o último desses aspectos, tendo em vista sua maior aproximação com a questão da discricionariedade judicial, objeto do presente estudo, e por representar o tema no qual Ronald Dworkin expõe um método de aplicação dos princípios para os casos difíceis e, com isso, formula uma crítica e propõe uma superação da proposta positivista para a solução dos problemas que não encontram resposta clara diretamente a partir dos textos legais.

21 FARIAS, José Fernando de Castro. **Ética, Política e Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 281-282.

22 DINIZ, Antonio Carlos; MAIA, Antônio Carlos Cavalcanti. “Pós-positivismo”. In: BARRETO, Vicente (org.). **Dicionário de filosofia do Direito**. Rio de Janeiro-São Leopoldo: Renovar/Unisinos, 2006, p. 650-651.

23 *Op. e loc. cit.*

3.2. O papel do julgador na teoria do Direito de Ronald Dworkin

Ao tratar dos casos difíceis, artigo originariamente publicado na Revista da Faculdade de Direito de Harvard em 1975 e posteriormente publicado como capítulo do seu livro *Levando os direitos a sério*²⁴, o jurisfilósofo americano Ronald Dworkin formula uma crítica à concepção positivista segundo a qual os juízes seriam possuidores de um “poder discricionário” para decidir casos para os quais não encontravam solução direta pela simples leitura dos diplomas normativos. Para Dworkin, assim agindo, os juízes estariam a legislar novos direitos jurídicos, aplicando-os retroativamente ao caso em questão. Dworkin entende que essa teoria da decisão judicial é totalmente inadequada e defende uma teoria melhor.

Para DWORKIN, mesmo nos casos difíceis, o juiz deve *descobrir* quais são os direitos das partes e não *criar* novos direitos, *in litteris*:

*Em minha argumentação, afirmarei que, mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa. O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente. Já devo adiantar, porém, que essa teoria não pressupõe a existência de nenhum procedimento mecânico para demonstrar quais são os direitos das partes nos casos difíceis. Ao contrário, o argumento pressupõe que os juristas e juízes sensatos irão divergir frequentemente sobre os direitos jurídicos, assim como os cidadãos e os homens de Estado divergem sobre os direitos políticos. Este capítulo descreve as questões que juízes e juristas têm que enfrentar, sem garantir que todos eles dêem a mesma resposta a essas questões.*²⁵

Sustenta o pensador norte-americano que os juízes não deveriam ser e não são legisladores delegados. Para justificar sua posição, estabelece uma distinção fundamental entre *argumentos de princípio* e *argumentos de política*: Embora ambos justifiquem uma decisão política, os últimos mostram que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo (v.g., argumento em favor de um

24 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 127-203.

25 *Ibidem*, p. 217.

subsídio para a indústria aeronáutica, que apregoa que tal subvenção irá proteger a defesa nacional, é um argumento de política), ao passo que os *argumentos de princípio* mostram que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo (v.g., o argumento em favor das leis contra a discriminação, aquele segundo o qual uma minoria tem direito à igualdade de consideração e respeito).²⁶

Para Dworkin, não foge à competência do Poder Legislativo aderir a argumentos de política. Mas as decisões judiciais *não originais* deverão sempre ser justificadas pelos argumentos de princípio, mesmo que a lei em si tenha sido gerada por uma política. Passa a problematizar essa afirmação com a ideia de caso difícil: “*se o caso em questão for um caso difícil, em que nenhuma regra estabelecida dita uma decisão em qualquer direção, pode parecer que uma decisão apropriada possa ser gerada, seja por princípios, seja por políticas.*” Para, em seguida, concluir que as decisões judiciais nos casos civis, mesmo em casos difíceis, devem ser geradas por princípios e não por políticas.²⁷

Esclarece Dworkin que dois argumentos se combinam para sustentar o ideal de que a decisão judicial deve ser o menos original possível: (i) uma comunidade deve ser governada por pessoas eleitas pela maioria e responsáveis perante ela, como ocorre com os legisladores e não é o caso dos juízes, o que os impede de criar leis; (ii) se um juiz criar uma nova lei a aplicá-la retroativamente ao caso concreto, a parte perdedora será punida por ter violado um novo dever, criado pelo juiz após o fato. Para Dworkin, essas duas objeções são muito fortes se oferecidas contra decisões judiciais geradas por *políticas*. Não constituem objeção a decisões geradas por princípio. Isso porque, quanto à alegada falta de legitimidade dos juízes, os argumentos de princípios não se fundamentam em pressupostos sobre os interesses e necessidades da comunidade; a objeção quanto à vedação de originalidade judicial também não tem força contra as decisões que aplicam princípios, baseadas no conjunto normativo existente e não criados judicialmente.

O referido jurista critica a ideia de que o direito costumeiro reduziria a área do poder discricionário de um juiz, mas não eliminaria inteiramente essa área. Para ele, essa tese é insatisfatória por dois motivos: (i) não elucida se alguma moralidade acha-se assentada no conjunto

²⁶ *Ibidem*, p. 129.

²⁷ *Ibidem*, p. 131-132.

de decisões proferidas por outros juizes no passado; e (ii) os juizes não decidem os casos difíceis em duas etapas, avaliando primeiramente os limites das restrições institucionais para, só depois, resolver as coisas a seu modo. Para Dworkin a tese dos direitos oferece resposta melhor e menos metafórica para a questão da interação entre a moralidade *pessoal* (do juiz) e a moralidade *institucional* (precedentes), *in verbis*:

A tese dos direitos, segundo a qual as decisões judiciais tornam efetivos os direitos políticos existentes, sugere uma explicação mais satisfatória do ponto de vista dessas duas exigências. Se essa tese é válida, a história institucional age não como uma restrição do juízo político dos juizes, mas como um componente de tal juízo, pois a história institucional faz parte do pano de fundo que qualquer juízo plausível sobre os direitos de um indivíduo deve levar em consideração. (...) Desse modo, desaparece a alegada tensão entre originalidade judicial e história institucional: os juizes devem fazer novos julgamentos sobre os direitos das partes que a eles se apresentam, mas esses direitos políticos antes refletem as decisões políticas tomadas no passado do que a elas se opõe. Quando um juiz opta entre a regra estabelecida por um precedente e uma nova regra que se considera mais justa, ele não está fazendo uma escolha entre a história e a justiça. Em vez disso, faz um julgamento que requer uma certa conciliação entre considerações que em geral se combinam em qualquer cálculo de direitos políticos, mas que aqui competem uma com a outra. (...) Portanto, a tese dos direitos oferece uma explicação mais satisfatória a respeito do modo como os juizes utilizam o precedente nos casos difíceis, uma explicação melhor do que a oferecida por qualquer teoria que atribua um lugar mais proeminente à política.²⁸

Logo a seguir, Dworkin afirma que os juizes se sujeitam, assim como qualquer autoridade política, ao princípio da responsabilidade política. Isso implica no dever de justificação da sua decisão particular, através de um dever de coerência na forma de uma “*consistência articulada*”.²⁹

²⁸ *Ibidem*, p. 136.

²⁹ *Ibidem*, p. 138.

Dworkin irá tentar definir direitos institucionais a partir de uma analogia com o jogo de xadrez. Para ele, os direitos institucionais podem ser encontrados em vários tipos de instituições e, assim como um jogador de xadrez tem um direito enxadrístico de ganhar um ponto em um torneio sempre que der um xeque-mate em seu adversário, em uma democracia um cidadão tem o direito legislativo de ver cumpridas as leis que protegem sua liberdade de expressão. O pensador norte-americano aprofunda essa ideia e a usa para reafirmar sua crítica à tese positivista da discricionariedade judicial, conforme abaixo transcrito:

*Temos, então, no caso do árbitro da partida de xadrez, um exemplo de uma autoridade cujas decisões sobre os direitos institucionais são consideradas como regidas por restrições institucionais, mesmo quando a força de tais restrições não for clara. Não achamos que ele seja livre para legislar, de modo intersticial, em um contexto de “textura aberta” de regras imprecisas. Se uma interpretação da regra que prevê a aplicação de uma penalidade protege a natureza do jogo e se uma outra não, os participantes têm um direito à primeira interpretação. Podemos encontrar, nesse caso relativamente simples, alguma característica geral dos direitos institucionais nos casos difíceis, que será relevante para a decisão de um juiz em um caso jurídico difícil.*³⁰

Conclui Dworkin que as partes têm direito ao melhor juízo do magistrado sobre a verdadeira natureza de seus direitos, ainda que as regras não sejam exaustivas e suficientemente claras, tratando-se de uma afirmação sobre as responsabilidades dos jogadores e das partes.³¹

Enfatiza Dworkin a importância de dois conceitos: o de *intenção ou propósito de uma determinada lei* e o de *princípios implícitos às regras positivas do direito ou que neles estão inscritos*. Afirma que, juntos, esses conceitos definem os direitos jurídicos como uma *função* dos direitos políticos. Partindo de tais conceitos, Dworkin irá inventar seu famoso juiz filósofo, *in litteris*:

Podemos, portanto, examinar de que modo um juiz filósofo poderia desenvolver, nos casos apropriados, teorias sobre

³⁰ *Ibidem*, p. 160.

³¹ *Ibidem*, p. 163.

aquilo que a intenção legislativa e os princípios jurídicos requerem. Descobriremos que ele formula essas teorias da mesma maneira que um árbitro filosófico construiria as características de um jogo. Para esse fim, eu inventei um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, a quem chamarei de Hércules. Eu suponho que Hércules seja juiz de alguma jurisdição norte-americana representativa. Considero que ele aceita as principais regras não controversas que constituem e regem o direito em sua jurisdição. Em outras palavras, ele aceita que as leis têm o poder geral de criar e extinguir direitos jurídicos e que os juízes têm o dever geral de seguir as decisões de seu tribunal ou dos tribunais superiores cujo fundamento racional (rationale), como dizem os juristas, aplica-se ao caso em juízo.³²

Dworkin irá sustentar que Hércules, o juiz de capacidade sobre-humanas que ele criou, deve desenvolver uma teoria da Constituição, procurando entender as regras que ela contém, as interpretações anteriores, e a filosofia política que embasa os direitos ali dispostos. Além disso, Hércules procurará a interpretação que vincula de modo mais satisfatório o disposto pelo Legislativo a partir das leis promulgadas e suas responsabilidades como juiz. Se perguntará qual argumento de princípio e de política convenceria o Poder Legislativo a promulgar a lei sob estudo. Hércules também utilizará uma teoria política para interpretar a lei, para descobrir o seu fim.

Dworkin desenvolve, ainda, o passo seguinte na busca de Hércules pela melhor resposta ao caso concreto, consistente na análise dos precedentes, especialmente quando o problema a ele submetido não seja regulado por nenhuma lei. Ao analisar os precedentes, Hércules levará em conta os argumentos de *princípio* – e não de política – que o embasaram. Refere a um dado que deve ser considerado por Hércules: a *força gravitacional* dos precedentes:

Não obstante, os juízes parecem concordar que as decisões anteriores realmente contribuem na formulação de regras novas e controvertidas de uma maneira distinta do que no caso da interpretação. Eles aceitam, por unanimidade, que

³² *Ibidem*, p. 165.

*as decisões anteriores têm força gravitacional, mesmo quando divergem sobre o quê é essa força. É muito comum que o legislador se preocupe apenas com questões fundamentais de moralidade ou de política fundamental ao decidir como vai votar alguma questão específica. Ele não precisa mostrar que seu voto é coerente com os votos de seus colegas do poder legislativo, ou com os de legislaturas passadas. Um juiz, porém, só muito raramente irá mostrar este tipo de independência. Tentará, sempre, associar a justificação que ele fornece para uma decisão original às decisões que outros juízes ou funcionários tomaram no passado.*³³

A força gravitacional de um precedente, para Dworkin, deve repousar na equidade: os casos semelhantes devem ser tratados do mesmo modo. Sustenta que, para definir a força gravitacional de um precedente, Hércules só levará em consideração os argumentos de princípio que justificam esse precedente. Essas ideias estão bem sintetizadas no trecho abaixo transcrito:

*Hércules concluirá que sua doutrina da equidade oferece a única explicação adequada da prática do precedente em sua totalidade. Extrairá algumas outras conclusões sobre suas próprias responsabilidades quando da decisão de casos difíceis. A mais importante delas determina que ele deve limitar a força gravitacional das decisões anteriores à extensão dos argumentos de princípio necessários para justificar tais decisões. Se se considerasse que uma decisão anterior estivesse totalmente justificada por algum argumento de política, ela não teria força gravitacional alguma.*³⁴

Assim, Hércules construirá uma cadeia de princípios que fundamentam o direito costumeiro, a partir das justificações dadas nas decisões pretéritas. Esses princípios devem ser capazes de justificar de maneira coerente por que determinadas decisões foram tomadas. Dworkin irá dizer que o direito pode até não ser uma trama inconsútil, mas o demandante tem o direito de pedir a Hércules que o trate como se fosse, isto é, como se o ordenamento fosse como algo inteiro, sem emendas.

³³ *Ibidem*, p. 175.

³⁴ *Ibidem*, p. 177.

Mesmo seguindo todo esse caminho, Hércules sabe da possibilidade de encontrar decisões incoerentes. Por isso precisa também de uma teoria sobre os erros. Ele construirá a primeira parte de sua teoria dos erros por meio de dois conjuntos de distinções, *in verbis*:

Em primeiro lugar, distinguirá entre, de um lado, a autoridade específica de qualquer evento institucional, que corresponde ao seu poder de produzir, enquanto ato institucional, exatamente aquelas consequências institucionais que descreve e, por outro lado, sua força gravitacional. Se Hércules classificar algum evento como erro, ele não negará sua autoridade específica, mas estará negando sua força gravitacional, e não pode então, de modo consistente, apelar para essa força em outros argumentos. Ele também distinguirá entre erros enraizados e erros passíveis de correção; os primeiros são aqueles cuja autoridade específica acha-se estabelecida de tal maneira que ela sobrevive à perda de sua força gravitacional; os segundos são aqueles cuja autoridade específica depende da força gravitacional, de modo que ele não pode sobreviver à perda dela.³⁵

A segunda parte da sua teoria deve demonstrar que é melhor que exista uma teoria dos erros do que o seu não reconhecimento. Hércules utilizará duas ordens de argumentos para demonstrar que uma determinada corrente jurisprudencial está errada. Irá se valer de argumentos históricos ou de uma percepção geral da comunidade, para mostrar que um determinado princípio que já foi historicamente importante hoje não é mais, não exerce força suficiente para gerar uma decisão jurídica. Também utilizará argumentos de moralidade política, demonstrando que tal decisão ou princípio fere a equidade.³⁶

Dworkin responde ainda a uma eventual objeção, que ele chama de “política”, segundo a qual Hércules decidiria com base em suas próprias convicções e preferências, o que pareceria injusto, contrário à democracia e ofensivo ao princípio geral de direito. A esse respeito, assinala Dworkin:

Trata-se, na verdade, de uma objeção ao fato de ele (e aqui ele se refere ao juiz Hércules) confiar na solidez de algumas

³⁵ *Ibidem*, p. 189.

³⁶ *Ibidem*, p. 192.

*de suas convicções; esta objeção sustenta que ele deve acatar certos juízos emitidos por outros ainda que, em sua opinião, tais juízos estejam errados. É difícil, contudo, ver quais de seus juízos a objeção supõe que ele deva submeter aos outros. Não teríamos este tipo de problema se Hércules tivesse aceito, em vez de recusar, uma teoria corrente da decisão judicial.*³⁷

Aqui, se refere à tese positivista segundo a qual os juízes devem primeiro procurar a resposta no direito explícito e, se o mesmo não solucionar o caso, teria o juiz poder discricionário para decidi-los livremente. Para ilustrar este tipo de pensamento, Dworkin cria outro juiz, a que ele dá o nome de Herbert. A diferença entre o modo de decidir adotado por Herbert (juiz *positivista*) e por Hércules (juiz que adota a *tese dos direitos*) é tratada pelo pensador norte-americano da seguinte maneira:

Em todo caso, porém, estes argumentos que parecem feitos sob medida para Herbert, causam perplexidade enquanto argumentos contra Hércules. Hércules não encontra, primeiro, os limites do direito, para só então mobilizar suas próprias convicções políticas de modo que complemente o que o direito exige. Utiliza seu próprio juízo para determinar que os direitos têm as partes que a ele se apresentam. Quando esse juízo é emitido, nada resta que se possa submeter a suas convicções ou à opinião pública.

[...]

Esses casos hipotéticos demonstram que a objeção concebida contra Herbert tem muito pouco valor enquanto objeção contra Hércules. A teoria da decisão judicial de Hércules não configura, em momento algum, nenhuma escolha entre suas próprias convicções políticas e aquelas que ele considera como as convicções políticas do conjunto da comunidade. Ao contrário, sua teoria identifica uma concepção particular de moralidade comunitária como um fator decisivo para os problemas jurídicos; essa concepção sustenta que a moralidade comunitária é a moralidade política que as leis e as instituições da comunidade pressupõem. Ele deve, por certo, base-

³⁷ *Ibidem*, p. 194.

*ar-se em seu próprio juízo para determinar que princípios de moralidade são estes, mas essa forma de apoio é a segunda daquelas que distinguimos, uma forma que é inevitável em qualquer nível.*³⁸

4. CONCLUSÃO

O positivismo jurídico procurou carrear ao Direito máxima objetividade científica, equipando-o à Lei e promovendo o seu afastamento da filosofia e de novas reflexões, tendo exercido forte influência sobre o pensamento jurídico da primeira metade do século XX, principalmente a partir da edição da *teoria pura do direito* de Hans Kelsen e do *conceito de Direito* de Herbert Hart.

Ambos os pensadores conferiam ao magistrado ampla margem de liberdade para decidir os casos concretos: pela perspectiva *kelseniana*, a validade de uma decisão judicial decorre apenas do fato de ter sido proferida por quem detinha competência segundo o ordenamento jurídico e corresponde a um ato político do juiz, alheio ao campo científico do Direito e pertencente ao mundo da prática jurídica; pelo ângulo da teoria analítica *hartiana*, o ordenamento jurídico é lacunoso, e os juízes dispõem de poder para criar o Direito, devendo ser reconhecido o caráter criativo e construtivo da atividade jurisdicional ante os chamados “casos difíceis”, e repudiada a tese da função meramente declarativa da jurisdição.

O ocaso do positivismo jurídico é associado à derrota dos regimes autoritários (fascismo e nazismo), bem como às desumanidades praticadas na 2ª Guerra Mundial sob o amparo da legalidade formal. Após esse momento histórico, as reflexões sobre eticidade e a incidência dos valores e princípios passam a ocupar com maior ênfase o pensamento jurídico, abrindo-se espaço para novas reflexões no campo do Direito, em que se incluem a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de sua relação com os valores e regras.

Ainda que não possua grande valor científico, tendo em vista seu alto grau de generalidade, a expressão “*pós-positivismo*” ou “*neopositivismo*” pretende designar os modelos que representam uma ruptura com o positivismo jurídico, principalmente no que se refere à rígida separação entre o Direito e a Moral e a Política.

³⁸ *Ibidem*, p. 196-197.

Dentre as teorias críticas ao positivismo jurídico, destacamos alguns aspectos do pensamento de Ronald Dworkin quanto à aplicação do direito. Ao sustentar, por exemplo, que as decisões judiciais não devem se amparar em argumentos de política, mas de *princípios*, e que, mesmo nos casos difíceis, o juiz deve *descobrir* quais são os direitos das partes e não criar novos direitos, o jurista norte-americano marca sua distinção teórica com o positivismo jurídico ao elaborar uma proposta de superação das fórmulas positivistas a respeito do papel do julgador na teoria do Direito. ❖

O Inadimplemento Antecipado do Contrato no Direito Brasileiro

Luis Tomás Alves de Andrade

Advogado no RJ. Pós-Graduando em Direito Empresarial na FGV.

1. INTRODUÇÃO

Pode-se dizer que as obrigações são tidas como “*vínculos de curta duração*”¹, pois nascem já com o intuito de se extinguirem pelo cumprimento. Essa característica transitória é confirmada pelo fato de que, mesmo quando não caminham para o almejado cumprimento, ainda assim se extinguirão, embora pelas vias transversas do inadimplemento. Entende-se, assim, que: “*O cumprimento da obrigação é a regra*” e “*o inadimplemento, a exceção*”².

De acordo com AGOSTINHO ALVIM³, vista pela ótica do devedor, a figura do inadimplemento pode traduzir-se em inadimplemento absoluto ou inadimplemento-mora. O primeiro ocorre quando a obrigação não foi cumprida, nem mais poderá vir a ser, não subsistindo para o credor a possibilidade de receber a prestação (ou, então, nos casos em que, ainda que possível, a prestação se torna inútil ao credor, de acordo com o disposto no art. 395, parágrafo único, do Código Civil⁴); o inadimplemento-mora, ocorre quando a obrigação não foi cumprida no lugar, no tempo ou na forma pactuada, subsistindo, porém, a possibilidade do seu cumprimento.

O inadimplemento antecipado é figura de natureza jurídica controversa, cujas feições, por vezes, a aproximam do inadimplemento absoluto; por outras, a relacionam com a mora. Por outro lado, alguns autores sustentam que ele não se identifica com nenhuma dessas figuras, consti-

1 ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. **Direito das Obrigações**, Coimbra, Coimbra, 2000, p. 915; No entanto, o próprio autor aceita exceções a essa afirmativa, como é o caso, por exemplo, das obrigações de trato sucessivo.

2 ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências**, 5ª ed., Saraiva, São Paulo, 1980, p.6.

3 *Op. cit.*, p. 7.

4 “Parágrafo único. Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos.”

tuindo-se como instituto jurídico autônomo, que não se caracteriza pela quebra da obrigação principal, e sim pelo descumprimento de deveres laterais⁵ — que a doutrina chama de violação positiva do contrato⁶.

O instituto é também conhecido, em terminologia mais precisa, como “*inadimplemento anterior ao termo*”⁷. No entanto, para melhor compreender essa modalidade de ruptura antecipada do contrato — originária do ordenamento britânico e conhecida como “*anticipatory breach of contract*”⁸ —, é preciso que se compreenda o verdadeiro significado de “*termo*” do contrato.

Segundo ARAKEN DE ASSIS, o termo nada mais seria do que o momento no qual “*o crédito passa a dotar-se de pretensão, permitindo ao credor exigi-lo*”⁹. Assim, parte-se da noção de que as obrigações são marcadas por um lapso temporal e pela existência de uma época propícia ao seu cumprimento.

Não obstante, muito embora as obrigações estejam normalmente subordinadas a esse termo, em determinadas situações específicas é possível considerar como antecipadamente inadimplida a obrigação do devedor. De acordo com a doutrina, duas seriam as principais hipóteses caracterizadoras da referida antecipação, quais sejam: “(i) quando o devedor manifesta a vontade de não adimplir [também chamada de repúdio ou de recusa expressa]; e (ii) quando o devedor pratica atos que tornam seguramente impossível o adimplemento no momento contratado”¹⁰. Ambas as situações serão estudadas ao longo deste trabalho.

No ordenamento jurídico pátrio, não existe previsão expressa para o inadimplemento antecipado, de modo que seu reconhecimento depende não somente de uma interpretação extensiva da lei, mas também

5 MARTINS, Raphael Manhães, “Inadimplemento antecipado: perspectiva para sua aplicação no direito brasileiro” *In Revista de Direito Privado*, Ano 8., n. 30, abr.-jun./2007, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2007, p. 237; SAVI, Sérgio, “Inadimplemento das obrigações, mora e perdas e danos” *In TEPEDINO, Gustavo (coord.), Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*, Renovar, Rio de Janeiro, 2005, p. 476.

6 SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, Renovar, Rio de Janeiro, 2007, p. 268

7 TERRA, Aline de M. Valverde. *Inadimplemento Anterior ao Termo*, Renovar, Rio de Janeiro, 2010, p. 122.

8 DAVID, René, *Les Contrats en Droit Anglais*, LGDJ, Paris, 1973, p. 373-374; TREITEL, G. H., *Remedies for breach of contract: a comparative account*, Clarendon Press, Oxford, 1992, p. 379-380.

9 *Resolução do Contrato por Inadimplemento*. 4ª ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004, p. 106.

10 MOSCO, Luigi. *La risoluzione del contratto per inadempimento*. Eugenio Jovene, Napoli, 1950, p. 35. Tradução livre. Trecho Original: “Vi sono cioè due casi in cui il creditore di una prestazione legata corrispettivamente con un'altra, può agire in risoluzione prima ancora che sia scaduto il termine; ciò significa che in quei due casi il comportamento del debitore equivale ad inadempimento, sebbene non sia ancora scaduto il termine. I due casi si hanno: 1) quando il debitore manifesti la volontà di non adempiere; 2) quando il debitore compia un atto che rende sicuramente impossibile l'adempimento al momento della scadenza.”

de uma interpretação sistemática dos contratos, levando-se menos em conta o teor estrito das cláusulas contratuais, e dando-se mais importância ao comportamento das partes, sempre norteado pelo princípio da boa-fé objetiva e da confiança entre os contratantes.

O instituto distancia-se, portanto, da visão tradicional e estática da relação obrigacional — voltada única e exclusivamente para o cumprimento e para o advento do termo — e se insere em uma visão mais dinâmica das obrigações, onde a relação obrigacional é vista como um “*sistema de processos*”, composto por um “*conjunto de atividades necessárias à satisfação do interesse do credor*”¹¹.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO

2.1 Inspiração: *The duty to mitigate the losses doctrine*

Antes de analisar a inserção do inadimplemento antecipado no ordenamento jurídico brasileiro, é preciso remontar a uma teoria que não apenas o influenciou, mas que serviu como base para a sua criação no sistema da *Common Law*. Trata-se da doutrina inglesa da “*mitigation of losses*”, inspirada em ideia que se apresenta como ramificação, ou mesmo, “*figura correlata*”¹² ao princípio da boa-fé objetiva.

De acordo com os juristas ingleses, em razão da boa-fé, o credor que se sentir lesado por algum comportamento do devedor terá o dever legal de agir de maneira a não agravar a sua perda ou o dano provocado pela contraparte. Segundo ANELISE BECKER¹³, tal doutrina determinou a possibilidade da quebra antecipada do contrato, pois, quando o devedor tiver atuado de forma a comprometer a preservação do contrato, o credor não apenas poderá, como também terá o dever de evitar o prolongamento dos danos — devendo, inclusive, invocar a quebra do contrato.

Para contextualizar a teoria, reproduza-se o seguinte exemplo, trazido pela doutrina¹⁴: Determinada companhia de aviação teria encomendado três aeronaves para serem entregues em dois anos contados da contratação. Passados dois meses, o fabricante de aviões declara expres-

11 COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A Obrigação como Processo**. FGV, Rio de Janeiro, 2006, p. 10.

12 PINTO, Cristiano Vieira Sobral, **Direito Civil Sistematizado**, 2ª Edição, Forense, Rio de Janeiro, 2011, p. 318.

13 “Inadimplemento Antecipado do Contrato” in **Revista de Direito do Consumidor**, n.º 12 - Outubro/Dezembro, 1994, p. 74.

14 LABOURIAU, Miguel, “Algumas considerações sobre o inadimplemento antecipado no direito brasileiro” in **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 42, abril/junho 2010, Padma, Rio de Janeiro, p. 114-115.

samente não poder realizar a prestação. Nesse caso, é plenamente justificável que a companhia busque os meios resolutórios em tempo hábil e extinga o contrato com base no inadimplemento antecipado. Isso porque, caso a companhia permaneça inerte e aguarde até o advento do termo para tomar alguma providência, os danos que lhe serão causados alcançarão proporções muito maiores, e, quem sabe, irreparáveis a esse tempo.

Diante disso, caso o credor venha a atuar de maneira negligente e deixe de tomar as medidas cabíveis à mitigação das perdas, o devedor faltoso poderá pedir a redução das perdas e dos danos, em proporção idêntica ao montante que poderia ter sido diminuído.

No entanto, há quem critique esse entendimento, uma vez que, mesmo em tal hipótese, ainda subsistiria para o devedor a possibilidade de retratar o seu repúdio à realização da prestação. Afirma-se que, em razão da continuidade na aceitação do cumprimento pelo credor, e também pelo aumento dos danos no transcorrer do tempo, haveria um estímulo ao devedor para se retratar¹⁵.

Apesar das críticas, o fato é que, em 1980, com a ratificação da Convenção de Viena Sobre Venda Internacional de Mercadorias, a doutrina da “*mitigation of losses*” veio a ser positivada em diversos países de *Civil Law* (assim como o próprio instituto da “*anticipatory breach of contract*”, que ganhou um dispositivo específico na Convenção). Assim ficou estabelecido no artigo 77 da Convenção:

*“A parte que invoca a violação do contrato deve tomar as medidas razoáveis, face às circunstâncias, para limitar a perda, aí compreendido o lucro cessante, resultante da violação contratual. Se não o fizer, a parte faltosa pode pedir uma redução da indenização por perdas e danos, no montante da perda que deveria ter sido evitada.”*¹⁶

Apesar de a doutrina da mitigação das perdas não ter sido traduzida em norma expressa no nosso ordenamento, ela passou a ser vista como decorrência do princípio da boa-fé objetiva, conforme se extrai do Enunciado n.º 169 da III Jornada de Direito Civil: “*O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo*”.

15 WASHOFISKY, Leonard. A., “*Contracts – Anticipatory Breach – Specific Performance*” in *Tulane Law Review*, v. XXXIII, 1959, p. 233.

16 <http://www.globalsaleslaw.org/_temp/CISG_portugues.pdf> Acessado em 27.01.11 às 17:20.

2.2 O caso *Hochster v. De La Tour*

Analisada a base estrutural do instituto, importante que se remeta aos julgados que lhe deram origem. Sendo assim, impõe-se remontar ao caso *Hochster v. De la Tour*, pois, mesmo não tendo sido o primeiro caso a versar sobre a antecipação do termo contratual, ele é tido como *leading case* da matéria¹⁷, e seus reflexos são responsáveis pela construção da figura da “*anticipatory breach of contract*”(ou “*anticipatory repudiation*”) no sistema de *Common Law*.

Julgado em 1853 pelo *Queen’s Bench* da Inglaterra, o caso versou sobre um contrato de prestação de serviços, mediante o qual *Hochster* teria sido contratado mensageiro de *De la Tour* para acompanhá-lo em uma viagem que se iniciaria em 1º de junho daquele ano. Não obstante, antes mesmo do início da viagem, em 11 de maio, o autor recebeu uma comunicação por escrito do réu informando que os seus serviços não mais seriam necessários. Mais ainda, foi-lhe comunicado que não seria atribuída qualquer compensação pelo rompimento do contrato em questão.

Diante disso, em 22 de maio – ou seja, 10 dias antes do termo inicial do contrato – o autor entrou com uma ação, alegando, em síntese, que a recusa expressa do réu, por si só, caracterizaria o inadimplemento do contrato, não sendo necessário aguardar a data de execução da obrigação. Por outro lado, alegou *De la Tour* que, caso *Hochster* não aceitasse o seu repúdio prévio, seria ele obrigado a se colocar à sua disposição durante esse tempo e aguardar até a data de execução do contrato, não podendo, inclusive, aceitar outros trabalhos durante esse período.

Em decisão final, o relator do caso, Lord Campbell, entendeu que não seria necessário esperar o advento do termo contratual para se ajuizar a ação e, muito menos, se colocar à disposição da outra parte, recusando qualquer outro serviço, quando já se sabia, de antemão, que o contrato não se realizaria. De acordo com o relator, nessa hipótese, não seria justo obrigar o autor a considerar o contrato válido, razão pela qual lhe foi conferida a indenização cabível pelo rompimento¹⁸.

Esse julgado foi considerado um marco para a teoria do inadimplemento, que, naquela época, ainda era muito influenciada pela visão tradicionalista das obrigações, originária dos estudos de ROBERT JOSEPH

17 ROWLEY, Keith A. **A Brief History of Anticipatory Repudiation**. *Cincinnati Law Review*, Cincinnati, 2001, p. 273-275.

18 GILSON, Bernard. **Inexécution et Résolution en Droit Anglais**, LGDJ, Paris, 1969, p. 58-59.

POTHIER¹⁹ - mais tarde consagrados no art. 1.146 do Código Civil francês²⁰ -, mediante a qual o advento do termo constitui e caracteriza a mora, e, quando somado à impossibilidade de cumprimento, gera a figura do inadimplemento absoluto.

Desde então, muito se ampliou essa noção de inadimplemento. A partir do surgimento de novas situações jurídicas – tal como a retratada no caso citado –, passou a ser necessária uma nova visão da relação obrigacional.

Importante mencionar que, depois de *Hochster v. De la Tour*, outros julgados também contribuíram de maneira substancial para a construção, nos países do *Common Law*, do instituto do “*anticipatory breach of contract*”, tais como *Frost v. Knight*²¹, *Equitable Trust Co. v. Western Pacific R. Co.*²² e *Tenavision Inc. v. Neuman*²³.

2.3 O Código Civil Italiano

O instituto do inadimplemento antecipado veio a ser positivado em país integrante do sistema de *Civil Law* em 1942, com a entrada em vigor do novo Código Civil italiano – o que demonstra a influência que os precedentes anglo-saxões vieram adquirindo com o passar do tempo. O artigo 1.219 do referido diploma passou a prever a constituição automática da mora sempre que o devedor declarar por escrito que não irá cumprir a obrigação:

“Il debitore è costituito in mora mediante intimazione o richiesta fatta per iscritto (1308; att. 160).”

¹⁹ *Oeuvres de Pothier*, volume I, Chanson, Paris, 1821, p. 192.

²⁰ Art. 1146. Les dommages-intérêts ne sont dus que lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation, excepté néanmoins lorsque la chose que le débiteur s'était obligé de donner ou de faire ne pouvait être donnée ou faite que dans un certain temps qu'il a laissé passer.” FUZIER-HERMAN, Ed. *Code Civil Annoté*, Tome Troisième, Soufflot, Paris, 1936, p. 242.

²¹ “Inglaterra, 1872”, in CHESHIRE, FIFOOT & FURMSTON'S, *Law of Contract*, 11ª Edição, Butterworths, London, 1981, p. 484; Neste julgado, foi concedido à Frost perdas e danos, pois Knight - que havia se comprometido a casar-se com ela depois da morte de seu pai - ainda durante vida de seu pai, declarou que jamais a desposaria. No caso, não foi necessário aguardar a morte do pai para conferir a referida indenização.

²² “Estados Unidos, 1917”, in AZULAY, Fortunato, *Do Inadimplemento Antecipado do Contrato*, Brasília/Rio, Rio de Janeiro, 1977, p. 103; No caso, restou assentado que “a lei [o *Uniform Commercial Code*] sempre tem disposto que, quando uma parte deliberadamente se incapacita ou torna impossível o perfazimento da sua prestação, o seu ato constitui injúria à outra parte, que fica assim autorizada a propor ação por quebra do contrato”.

²³ “Estados Unidos, 1978”, in FARNSWORTH, E. Allan; YOUNG, William F.; SANGER, Carol. *Contracts: cases and materials*, 6ª ed., Foundation Press, New York, 2001, p. 740; O caso foi importante para definir de maneira mais precisa a recusa expressa do devedor, também chamada de repúdio: “De modo a constituir um repúdio, a linguagem da parte deve ser suficientemente segura, sendo razoavelmente interpretada de modo a significar que a parte não quer ou não pode adimplir” (tradução livre).

Non è necessaria la costituzione in mora:

1) quando il debito deriva da fatto illecito (2043 e seguenti);

2) quando il debitore ha dichiarato per iscritto di non volere eseguire l'obbligazione;"²⁴

A respeito dessa previsão, explica ALBERTO TRABUCCHI²⁵ que existiriam, no ordenamento italiano, dois tipos de mora, a *ex re* e a *ex personae*, sendo que a principal diferença entre elas residiria nas suas formas de constituição. Na primeira delas, a mora se caracterizaria pelo advento do termo e independeria de qualquer ação por parte do credor; já na segunda, que ocorre nas obrigações sem termo definido, a mora dependeria de uma intimação ou notificação, por escrito, ao devedor. Segundo o autor, a hipótese da recusa expressa acarretaria na *mora ex re*, justamente porque seria inútil notificar a quem já declarou claramente não querer cumprir a obrigação.

A noção de que a referida recusa constitui automaticamente a mora se mostrou um enorme avanço para o instituto do inadimplemento antecipado, pois acabou por consagrar a ideia de que o repúdio funcionaria como uma forma de antecipação do termo contratual.

2.4 O Uniform Commercial Code

Mais adiante, em 1952, os Estados Unidos, que já possuíam um crescente número de precedentes a respeito do inadimplemento antecipado do contrato, positivaram, enfim, a matéria, por meio do § 2-610 do *Uniform Commercial Code* – o Código Comercial Americano:

"When either party repudiates the contract with respect to a performance not yet due the loss of which will substantially impair the value of the contract to the other, the aggrieved party may:

(a) for a commercially reasonable time await performance by the repudiating party; or

(b) resort to any remedy for breach (Section 2-703 or Section 2-711), even though he has notified the repudiating party that he would await the latter's performance and has urged retraction; and

²⁴ <http://www.jus.univr.it/cardoza/obiter_dictum/codciv/Lib4.htm> Acessado em 27/11/2010 às 17:13.

²⁵ *Istituzioni di Diritto Civile*, 31ª ed., Cedam, Pádua, 1990, p. 519.

*(c) in either case suspend his own performance or proceed in accordance with the provisions of this Article on the seller's right to identify goods to the contract notwithstanding breach or to salvage unfinished goods (Section 2-704)."*²⁶ (grifou-se)

Em comentário ao referido dispositivo, BRADFORD STONE²⁷ explica que a “*anticipatory repudiation*” pode ser vista (i) como uma comunicação expressa de intenções da parte, ou (ii) como um conjunto de ações que tornam o desempenho da obrigação impossível, acarretando uma evidente determinação em não dar seguimento à obrigação. Segundo o autor, na segunda hipótese, é preciso valorar se as atitudes do devedor “*prejudicam de maneira substancial*” o valor do contrato, acarretando verdadeira injustiça para a outra parte.

A partir dessa regra, restou consagrada não apenas a noção de que a recusa expressa configuraria o inadimplemento, mas também a de que o comportamento do credor, a partir da assinatura do contrato, poderia caracterizar o inadimplemento, desde que comprovado que suas ações teriam gerado a impossibilidade de cumprimento da obrigação.

2.5 A Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional

Por fim, em 1980, com a ratificação da Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional, o instituto do inadimplemento antecipado começou a penetrar em outros países do sistema da *Civil Law*, tais como a França e a Argentina, signatários da Convenção. Com efeito, o referido pacto internacional passou a prever em seu art. 72 que:

“(1) Se, antes da data do cumprimento, for manifesto que uma parte cometerá uma violação fundamental do contrato, a outra parte pode declarar a resolução deste.

“(2) Se dispuser do tempo necessário, a parte que pretender declarar a resolução do contrato deve notificar a outra parte, em condições razoáveis, para permitir a esta dar garantias suficientes da boa execução das suas obrigações.

²⁶ <<http://www.law.cornell.edu/ucc/2/2-610.html>> Acessado em 30/11/2010 às 14:05.

²⁷ *Uniform Commercial Code in a Nutshell*, 2ª ed., West Publishing Co., Minnesota, 1984, p. 84.

(3) As disposições do parágrafo anterior não se aplicam se a outra parte declarou que não executaria as suas obrigações.²⁸
(grifou-se)

Perceba-se que a terceira regra reproduz a noção já positivada no Código Civil italiano e nos precedentes anglo-saxões de que a recusa expressa do devedor constitui a mora, independentemente de notificação do credor.

Ainda assim, importante frisar que, após a ratificação da Convenção, a própria doutrina francesa – fundada em visão extremamente tradicionalista das obrigações – passou a defender a desnecessidade da constituição da mora ante a recusa expressa do devedor, tendo em vista que seria inútil a notificação do devedor que já declarou a sua recusa.²⁹

Esse breve panorama da evolução da teoria do inadimplemento antecipado demonstra a importância que o instituto veio adquirindo com o passar do tempo, ganhando força gradativamente e se consagrando perante ordenamentos jurídicos diversos, inclusive naqueles de visão mais tradicional.

3. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DO INADIMPLEMENTO ANTECIPADO

Conforme já mencionado, são duas as hipóteses reconhecidas pela doutrina como caracterizadoras do inadimplemento antecipado do contrato, quais sejam: (i) a recusa categórica do devedor em executar sua obrigação, manifestada antes do nascimento da pretensão e (ii) a conduta do devedor que torna definitivamente impossível o cumprimento da obrigação. A primeira delas significa uma manifestação da contraparte, isto é, uma exteriorização da sua intenção de não cumprir o contrato. Já a segunda mostra-se mais ligada ao comportamento do devedor, reque-rendo uma análise das condutas por ele realizadas desde a assinatura do contrato e até o momento conclusivo do inadimplemento – sendo este, obviamente, anterior ao termo contratual.

Os elementos constitutivos do inadimplemento antecipado podem ser divididos em objetivo e subjetivo: o elemento objetivo dirá respeito aos critérios específicos para a configuração da recusa expressa ou do

²⁸ <http://www.globalsaleslaw.org/_temp/CISG_portugues.pdf> Acessado em 27/11/2010 às 17:00.

²⁹ WIEDERKEHR, Georges. HENRY, Xavier. TISSERAND, Alice. VENANDET, Guy. JACOB, François. *Code Civil*, 103ª ed., Dalloz, Paris, 2004, p. 947. “*Une mise en demeure est inutile quand le débiteur prend l’initiative de déclarer à son créancier qu’il refuse d’exécuter son obligation*”.

comportamento concludente do devedor; o elemento subjetivo dirá respeito à culpa da contraparte pelo inadimplemento da obrigação.

3.1 Elementos objetivos que caracterizam a recusa do devedor

3.1.1 Declaração Expressa X Declaração Tácita

Para a devida configuração do repúdio, nada mais óbvio que deva existir uma manifestação do devedor no sentido de não adimplir o contrato. Mais especificamente, espera-se que haja a exteriorização da sua intenção de descumprir a avença. A dúvida, no entanto, diz respeito à possibilidade de se considerar tacitamente declarado o inadimplemento pelo devedor.

Para grande parte da doutrina, a recusa deve ocorrer de maneira expressa, afinal, a manifestação tácita estaria mais ligada, na verdade, ao comportamento concludente do devedor do que à sua recusa, propriamente dita. Conforme explica BERNARD GILSON, “a inexecução por antecipação se define como uma recusa categórica de executar que o devedor faz conhecer antecipadamente”³⁰. Da mesma forma, RUY ROSADO DE AGUIAR aponta que apenas será possível o inadimplemento antes do tempo quando o devedor “faz declarações expressas nesse sentido”³¹.

Não obstante, há quem defenda o reconhecimento da manifestação tácita do devedor para a configuração da sua recusa antecipada. É essa a posição adotada por RAPHAEL MANHÃES MARTINS, que, ao conceituar o inadimplemento antecipado por recusa, afirma que: “Esta manifestação pode ocorrer tanto de forma expressa (...) quanto tácita, através de uma conduta que demonstre a vontade da parte em não cumprir o avençado.”³² No entanto, como pode ser visto pela própria explicação do autor, trata-se de questão meramente conceitual, haja vista que alguns irão considerar o comportamento do devedor como recusa tácita e outros entenderão que se trata da segunda hipótese configuradora da quebra antecipada, ligada à conduta concludente do devedor.

Por fim, importante mencionar que a referida recusa – expressa ou tácita – pode dar-se tanto pela declaração de não cumprimento da

30 *Inexécution et Résolution en Droit Anglais*, LGDJ, Paris, 1969, p. 58 (tradução livre). Trecho original: “58. L’inexécution par anticipation se définit comme un refus d’exécuter catégorique que le débiteur fait connaître à l’avance (...)”

31 *Extinção do Contrato por Incumprimento do Devedor - Resolução*, 2ª Edição, Aide, Rio de Janeiro, 2004, p. 126.

32 *Op. cit.*, p. 208.

obrigação total, como pela recusa em cumprir o contrato nos termos e na forma pactuada.³³ Percebe-se, assim, que não há a necessidade de que a recusa se dê de maneira absoluta, bastando que o repúdio se volte aos termos previstos no contrato.

3.1.2 Necessária aceitação do Credor X Ciência do Credor

Outra questão acerca dos elementos objetivos do repúdio diz respeito à necessidade ou não de aceitação por parte do credor. Isso porque existem dois entendimentos doutrinários acerca do momento em que o repúdio se mostrará, de fato, dotado de eficácia.

Há quem entenda que a ciência do credor, por si só, garante a produção dos efeitos do repúdio, não sendo necessária qualquer manifestação positiva da contraparte. De acordo com essa noção, a recusa prescinde de aceitação. É essa, por exemplo, a visão defendida por ALINE TERRA,³⁴ que, ao enquadrar a recusa expressa do devedor como declaração receptícia de vontade – ou seja, que possui uma destinação específica e, portanto, requer apenas o recebimento pelo destinatário final –, demonstra que a ciência do credor se mostra suficiente para a produção dos efeitos do repúdio.

Diferentemente dessa posição, ANELISE BECKER³⁵ entende que somente haverá inadimplemento quando também a contraparte o considerar. Segundo a autora, é plenamente cabível que, caso o credor assim deseje, possa dar como ineficaz a notícia da intenção de não adimplir, tornando sem efeito o repúdio e aguardando-se o advento do termo contratual. No entanto, a própria autora ressalta que não é permitido ao credor manter o contrato unicamente com o propósito de, em oposição à recusa, exigir do devedor o pagamento do preço total da avença. Tratar-se-ia, nesse caso, de exercício abusivo do direito do credor.³⁶ Além disso, pode-se dizer que a referida não aceitação pelo credor iria de encontro com a já citada teoria da mitigação das perdas, pelo que lhe será imputável todo o dano que conscientemente deixou-se de evitar.

Sem retirar a importância do posicionamento da primeira autora, entende-se que a segunda visão se mostra mais condizente com a dinâ-

33 MARTINS, Raphael Manhães, ob. cit., p. 168.

34 *Op. cit.* p. 97.

35 *Op. cit.* p. 73.

36 BECKER, Anelise, *Op. cit.*, p. 74.

mica das relações contratuais, haja vista que, em regra, quem irá invocar o inadimplemento antecipado do contrato será o próprio credor, sendo certo, assim, que a materialização do instituto dependerá da sua aceitação ou não do repúdio.

3.1.3 Seriedade e definitividade da declaração

Mais adiante, para que esteja efetivamente constituída a quebra antecipada do contrato, segundo a doutrina, necessária também a comprovação de outros elementos objetivos, tais como a seriedade e a definitividade da declaração do devedor. É esse o posicionamento adotado por ALINE TERRA, que aponta como necessário que a declaração seja “*séria, dotada de notável grau de certeza e definitividade, bem como livre de vícios*”³⁷. Nesse mesmo sentido, RUY ROSADO DE AGUIAR exige “*uma absoluta e inequívoca intenção de repúdio ao contrato, de forma séria e definitiva*”³⁸. Segundo ele, em razão dessa exigência, a mera dificuldade do devedor em cumprir o contrato ou mesmo a impossibilidade temporária, não caracterizaria o inadimplemento antecipado, uma vez que a situação caracterizadora deve, obrigatoriamente, gerar um descumprimento que não pode ser evitado.

Nesse ponto, a doutrina não apresenta qualquer tipo de divergência; afinal, não há como permitir que manifestações jocosas, incertas ou mesmo desprovidas de definitividade acarretem a antecipação do termo contratual.

3.2 Elemento objetivo que caracteriza o comportamento concludente do devedor

3.2.1 Impossibilidade definitiva de execução do contrato

A segunda hipótese configuradora do inadimplemento antecipado é aquela na qual o devedor se comporta em sentido manifestamente contrário ao cumprimento das obrigações contratuais. Nesse caso, analisam-se as manifestações tácitas da contraparte, consubstanciadas no conjunto de condutas do devedor ao longo do período de vigência do contrato, as quais deverão culminar, de maneira conclusiva, na impossibilidade de cumprimento da avença.

³⁷ *Op. cit.*, p. 161.

³⁸ *Op. cit.*, p. 128.

Com isso, percebe-se que o comportamento do devedor deve estar vinculado a uma impossibilidade superveniente de se cumprir o pactuado, isto é, a conduta da contraparte deve, necessariamente, dar causa ao inadimplemento. Desse modo, excluem-se da quebra antecipada, por exemplo, as hipóteses de caso fortuito ou força maior, haja vista que, nesses casos, a superveniente impossibilidade de cumprimento não se vincula ao comportamento do devedor, e sim a fatores externos à relação obrigacional.

Na esteira da doutrina francesa, tem-se que o comportamento do devedor deve ser tal que torne a execução do contrato “*definitivamente impossível*”³⁹, afinal a ruptura do contrato anterior ao termo é medida excepcional, que não dá margem para incertezas. Assim, para que a quebra antecipada do contrato esteja efetivamente caracterizada, a impossibilidade de cumprimento das obrigações deverá se dar de forma definitiva e diretamente ligada ao comportamento do devedor.

3.3 Elemento subjetivo: a culpa do devedor

Por fim, para que esteja configurado o inadimplemento antecipado – seja na hipótese de recusa expressa, seja na de comportamento conclusivo do devedor –, há de se verificar não apenas os elementos objetivos acima elencados, mas também a existência do elemento subjetivo, qual seja, a culpa do devedor.

Segundo MIGUEL LABOURIAU⁴⁰, o inadimplemento das obrigações, em geral, se mostra intrinsecamente ligado à noção de culpa na prestação, de maneira que a sua caracterização dependerá, necessariamente, da imputabilidade do descumprimento ao devedor. Assim, tem-se que, da mesma forma que no inadimplemento pelo advento do termo, o inadimplemento antecipado também exigirá que a contraparte tenha agido de maneira culposa na configuração das suas hipóteses de incidência.

Importante ressaltar, portanto, que, do mesmo modo que no inadimplemento propriamente dito, a culpa do devedor analisada deve ser abrangida no seu sentido *lato*, de forma a abarcar tanto o dolo como a culpa *stricto sensu* (a qual abarcaria as hipóteses de imprudência, negligência e imperícia), eis que a ruptura antecipada do contrato não foge à regra.

39 GILSON, Bernard. *Op. cit.* p. 57. “L’inexécution par anticipation se définit comme un refus d’exécuter catégorique que le débiteur fait connaître à l’avance, ou comme un comportement de nature à rendre l’exécution définitivement impossible.” (tradução livre - grifou-se)

40 *Op. cit.*, p. 101.

3.4 Hipóteses não-configuradoras do inadimplemento antecipado

Diante de determinadas situações, é certo que a própria doutrina já se manifestou acerca da impossibilidade de configuração da quebra antecipada. Passa-se, portanto, a uma análise de algumas das referidas situações.

3.4.1 O caso fortuito e a força maior

Conforme já mencionado, nas hipóteses de caso fortuito e de força maior, deixa-se de aplicar a teoria do inadimplemento antecipado, haja vista a inexistência do seu elemento subjetivo, mais especificamente, da ausência de culpa do devedor pelo não cumprimento das obrigações.

É assim que se posiciona RAPHAEL MANHÃES MARTINS, o qual afirma que o inadimplemento antecipado não se configurará quando o devedor estiver “*diante de caso fortuito ou força maior.*”⁴¹. E nem poderia se dar de outra forma, uma vez que, nessas hipóteses, o inadimplemento estaria ligado a fatores absolutamente alheios à vontade do devedor, razão pela qual não se mostraria justa a imputação de responsabilidade pelo não cumprimento do contrato.

3.4.2 A mera dificuldade ou a impossibilidade temporária

Além disso, a mera dificuldade ou a impossibilidade temporária também impedem a configuração do inadimplemento antecipado, haja vista que, nesses casos, não haverá a necessária definitividade e certeza na recusa expressa ou no comportamento do devedor. Nesse sentido, explica RUY ROSADO DE AGUIAR que: “*Ficam excluídas a simples dificuldade e a impossibilidade temporária. A prática de atos contrários ao contrato e a declaração do devedor de que não honrará a obrigação devem estar devidamente demonstradas e caracterizadas, criando uma situação que inevitavelmente levará ao descumprimento.*”⁴²

Adotando o mesmo posicionamento, esclarece JOSÉ ROBERTO DE CASTRO NEVES que “*a mera dificuldade no futuro cumprimento ou o receio do credor de que não entregará a prestação não acarretam o inadimplemento antecipado.*”⁴³ Isso porque, no caso da impossibilidade de cumprimento, ela deve estar dotada de certeza a ponto de não gerar

⁴¹ *Op. cit.* p. 207.

⁴² *Op. cit.* p. 127.

⁴³ *O Direito das Obrigações*, GZ, Rio de Janeiro, 2008, p. 355.

dúvidas acerca da sua ocorrência e demonstrar definitividade a ponto de se mostrar irreversível. Por essa razão, caberá ao credor que invocar a quebra antecipada comprovar, de maneira objetiva, a sua ocorrência. Excluem-se, assim, o simples medo ou receio, porque insuficientes para a caracterização do inadimplemento antecipado.

3.4.3 O adimplemento substancial

Dependendo do estágio em que a relação obrigacional se encontra, pode ser inaplicável o instituto da quebra antecipada. Isso ocorre, por exemplo, quando o devedor já cumpriu parcela substancial da avença, de modo que a aplicação do instituto acabaria por gerar mais prejuízos do que efetivamente evitá-los. Com efeito, na hipótese de “adimplemento substancial”, deixa-se de aplicar a teoria do inadimplemento antecipado, em prestígio da doutrina da mitigação das perdas.

Nesse sentido, o ensino de ANELISE BECKER, para quem o referido instituto não pode ser aplicado *“quando a realização da prestação a cargo do devedor já foi iniciada e se encontra de tal modo completa que seria impraticável estimar os danos por ele sofridos”*⁴⁴. Em tais circunstâncias, mesmo diante da recusa do devedor, o credor deverá continuar a cumprir a obrigação que lhe incumbe.⁴⁵

3.4.4 A violação de deveres laterais pouco significativos

A ruptura antecipada do contrato também não é aplicável em casos nos quais a suposta violação atinge apenas deveres laterais pouco significativos, mantendo-se intacto o núcleo obrigacional e subsistindo a possibilidade de cumprimento pelo devedor.

É plenamente plausível, portanto, que venha a ocorrer o descumprimento de deveres decorrentes do vínculo obrigacional sem que se configure o inadimplemento antecipado. É o que explica JORGE CESA FERREIRA DA SILVA, ao excluir da hipótese da quebra antecipada *“o caso do descumprimento de deveres laterais pouco significativos ou da concretização de danos extrapatrimoniais vinculados ao contrato, mas não inviabilizadores da prestação futura”*⁴⁶.

44 *Op. cit.*, p. 74.

45 Ressalvando-se, é claro, o direito do credor de ser indenizado ou ressarcido pelo defeito da prestação.

46 *Op. cit.*, p. 259.

É preciso frisar que isso ocorre apenas em relação aos deveres laterais pouco expressivos, em relação aos quais não se mostraria razoável a imputação do inadimplemento antecipado, uma vez que o núcleo do contrato ainda se manteria executável. O descumprimento de deveres laterais expressivos e que possam comprometer a própria relação obrigacional, por óbvio, admite a invocação da quebra antecipada do contrato.

Desse modo, verifica-se que a constituição do inadimplemento antecipado nem sempre se dará de maneira clara e objetiva, sendo necessário, muitas das vezes, uma análise das circunstâncias do caso, a proporção do dano e as justificativas do devedor para o inadimplemento contratual.

4. A APLICABILIDADE DO INSTITUTO NO DIREITO BRASILEIRO

A ausência de previsão expressa para o inadimplemento antecipado poderia ser tida como um óbice à sua aplicação no ordenamento jurídico pátrio. Ainda assim, a verdade é que grande parte da doutrina vem defendendo a inserção do instituto no direito brasileiro, seja através de uma interpretação ampliada da lei e dos contratos, seja à luz dos princípios jurídicos que regem as relações obrigacionais.

4.1 Possíveis óbices de ordem processual e a sua superação

4.1.1 Arts. 580 e 618, III, do Código de Processo Civil

De acordo com ARAKEN DE ASSIS⁴⁷, são dois os óbices que o nosso Código de Processo Civil traria à figura do inadimplemento antecipado — ambos concernentes à fase de execução do eventual débito decorrente da ruptura antecipada.

Segundo o autor, o art. 580 do aludido diploma, ao impor que a execução poderá ser instaurada em face de obrigação “*certa, líquida e exigível*”⁴⁸, impossibilitaria a instauração do processo executivo com fundamento em inadimplemento antecipado, tendo em vista que, nesse caso, a violação teria ocorrido antes do advento do termo e, portanto, antes de a dívida se tornar exigível.

⁴⁷ *Op. cit.*, p. 107-108.

⁴⁸ “Art. 580. A execução pode ser instaurada caso o devedor não satisfaça a obrigação certa, líquida e exigível, consubstanciada em título executivo.”

Além disso, outro impedimento à instauração do processo executório diria respeito ao disposto no art. 618, III, do CPC⁴⁹, que prevê como nula a execução instaurada antes de ocorrido o termo contratual.

Esses argumentos são refutados pelos defensores da aplicabilidade da teoria do inadimplemento antecipado no direito brasileiro. De acordo com ALINE TERRA, tais dispositivos não poderiam ser tidos como entrave à quebra antecipada, haja vista que a conceituação do inadimplemento é questão de direito material, de modo que *“se à luz do direito civil, o conceito de inadimplemento abarcar a noção de inadimplemento anterior ao termo, o dispositivo processual incide na hipótese; caso contrário, não lhe é aplicado”*.⁵⁰

Antes mesmo de o instituto ganhar força no país, em meados da década de 50, MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES já defendia a sua aplicabilidade no ordenamento jurídico pátrio, afirmando que apesar de não possuímos um dispositivo legal que facilite uma interpretação por analogia do inadimplemento antecipado, *“isso não é obstáculo à aplicação de um princípio que não vulnera a estrutura que se possa considerar oposta a essa forma de vencimento antecipado”*.⁵¹

Com efeito, não é razoável que duas regras de ordem puramente processual possam ser invocadas como óbices à aplicação do inadimplemento antecipado. Ao contrário, o direito processual – que tem função meramente instrumental – é que precisa se adequar às evoluções do direito material, de modo a tornar as ferramentas processuais compatíveis com o Direito Civil moderno.

4.2 Possíveis óbices de ordem material e a sua superação

4.2.1 A ausência de previsão legal e a aplicação analógica do art. 477 do Código Civil

Argumenta-se também pela incompatibilidade do instituto com o direito brasileiro em razão da falta de previsão legal. Não seria possível, assim, caracterizar a quebra antecipada do contrato nem como inadimplemento absoluto, nem como inadimplemento-mora, em razão do não

⁴⁹ Art. 618. É nula a execução:
(...)

III - se instaurada antes de se verificar a condição ou de ocorrido o termo, nos casos do art. 572.”

⁵⁰ *Op. cit.*, p. 125.

⁵¹ **Exceções Substanciais: exceção de contrato não cumprido**, Freitas Barros, Rio de Janeiro, 1959, p. 293.

advento do termo. Sustenta-se que não caberia aos Tribunais o papel de legislador positivo, mediante a aplicação de modalidade alienígena de inadimplemento.

Essa visão tradicional das obrigações não se coaduna com as transformações que o Direito Civil vem sofrendo. Essa argumentação, claramente, se distancia da moderna *“perspectiva funcionalizada”*⁵² das obrigações, a qual pressupõe não apenas o cumprimento da prestação principal, mas também das prestações acessórias e dos deveres de conduta das relações jurídicas.

Veja-se que, a respeito desses deveres de conduta, o professor português JOÃO MATOS ANTUNES VARELA ensina que, apesar de eles não dizerem respeito nem à prestação principal, nem às acessórias, ainda assim são *“essenciais ao correto processamento da relação obrigacional em que a prestação se integra.”*⁵³

A concepção funcionalizada do adimplemento é bem defendida por ANDERSON SCHREIBER, para quem é juridicamente relevante não apenas a satisfação da obrigação principal, mas de todo o conjunto de deveres abarcados pela relação obrigacional. Segundo ele, *“o cumprimento da prestação principal não basta à configuração do adimplemento, exigindo-se o efetivo atendimento da função concretamente perseguida pelas partes com o negócio celebrado, sem o qual todo comportamento (positivo ou negativo) do devedor mostra-se insuficiente. Vale dizer: revisitado o conceito de adimplemento, de modo a corroborar a necessidade de um exame que abarque o cumprimento da prestação contratada também sob o seu prisma funcional, as hipóteses hoje solucionadas com o uso da violação positiva do contrato tendem a recair no âmago interno da própria noção de adimplemento.”*⁵⁴. Por isso, tem-se que a ausência de previsão legal não pode se apresentar como obstáculo à aplicação da quebra antecipada.

Há quem procure superar a falta de previsão legal de inadimplemento antecipado do contrato com a aplicação analógica do art. 477 do Código Civil⁵⁵. O artigo em questão permite que o credor, com fundado

52 TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Op. cit.*, p. 82.

53 **Das obrigações em geral**, v. I, 10ª Edição, Almedina, Coimbra, 2005, p. 123.

54 “A tríplice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras” *In Revista Trimestral de Direito Civil*, Ano 8, v. 32, Padma, Rio de Janeiro, 2007, p. 17.

55 Art. 477. Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la.

receio do inadimplemento, requeira do seu devedor que cumpra a obrigação devida antes da sua contraprestação ou, então, que ofereça garantia suficiente de que irá cumprir o avençado. Apesar de o dispositivo não tratar de inadimplemento antecipado, mediante o exercício dessa regra pelo credor – com a interpelação fundada em justo receio – e uma resposta negativa por parte do devedor, seria admissível a antecipação do termo. Como observa JOSÉ ROBERTO DE CASTRO NEVES: *“em situações como esta, parece justo que – mesmo não sendo absolutamente certo que vá ocorrer o descumprimento da prestação –, possa-se reclamar o inadimplemento antecipado, pois não é correto submeter o credor ao risco de no futuro sofrer o vultoso – e quiçá irreparável – dano.”*⁵⁶.

Não obstante, a verdade é que a referida norma não prevê expressamente a possibilidade de resolução do contrato, mas apenas de retenção da prestação devida – medida esta que nem sempre se mostra eficaz. De acordo com GUILHERME MAGALHÃES MARTINS, *“nos casos em que o inadimplemento antecipado resulta da conduta do devedor, que declara, expressamente ou mesmo tacitamente, que não irá cumprir sua prestação (...) a simples retenção da prestação mostra-se inócua, mostrando-se mais eficaz o recurso à execução específica da obrigação, ou, caso esta se mostre impossível, à resolução do contrato.”*⁵⁷.

Ressalvas à parte, o fato é que, com ou sem previsão expressa, o inadimplemento antecipado vem, mais e mais, sendo reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência pátria, o que demonstra uma evidente superação da omissão legislativa no direito brasileiro.

4.2.2 Arts. 333 e 939 do Código Civil

Afirma-se também a existência de dois óbices de ordem material, ligados a dispositivos específicos do Código Civil que, de uma forma ou de outra, se apresentariam como entraves à aplicação do instituto no direito brasileiro.

Em primeiro lugar, alega-se que o art. 333⁵⁸ do aludido diploma obs-

⁵⁶ CASTRO NEVES, José Roberto de, *op. cit.* p. 358.

⁵⁷ "Inadimplemento Antecipado do Contrato" *In Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 36, Padma, Rio de Janeiro, 2008, p. 100.

⁵⁸ "Art. 333. Ao credor assistirá o direito de cobrar a dívida antes de vencido o prazo estipulado no contrato ou marcado neste Código:

I - no caso de falência do devedor, ou de concurso de credores;

taria a aplicação da quebra antecipada do contrato, uma vez que esse artigo elenca hipóteses nas quais assiste ao credor o direito de cobrar a dívida antes do vencimento, sem mencionar, no entanto, a quebra antecipada do contrato. Tendo em vista que grande parte da doutrina⁵⁹ se posiciona no sentido da taxatividade do dispositivo e da impossibilidade de inserção de outras hipóteses de vencimento antecipado, poder-se-ia considerar como inaplicável a quebra antecipada no nosso ordenamento.

Por outro lado, a própria doutrina afirma que o rol de hipóteses do art. 333 do Código Civil se justifica em razão de uma aparente justiça, tendo em vista que *“os fatos que conferem ao credor o direito de cobrar imediatamente um crédito vincendo são de molde a diminuir a possibilidade de recebimento, se se fosse aguardar até o termo final”*⁶⁰. Por isso, não haveria como admitir que tal dispositivo, cuja precípua função é exatamente a de proteger o credor, pudesse servir de óbice à configuração do inadimplemento antecipado.

Corroborando esse entendimento, JUDITH MARTINS-COSTA, em comentário ao aludido dispositivo, observa que *“a hipótese prevista no art. 333 é de vencimento antecipado da prestação, e não a do cumprimento antes do termo, pelo devedor, ao seu alvedrio, quando isso é possível.”*⁶¹.

Mais ainda, em contra-argumentação à tese da inaplicabilidade do instituto, ALINE TERRA afirma que, na hipótese de inadimplemento anterior ao termo, não seria preciso: *“se valer de estratégia jurídica para autorizar o credor a exigir seu crédito; essa possibilidade lhe é oferecida desde o momento em que o devedor viola a prestação devida, que passa a ser imediatamente exigível, uma vez que o termo, ao deixar de realizar a função para a qual foi concedido, perde a tutela no ordenamento jurídico.”*⁶². Sendo assim, ainda que o rol do art. 333 fosse taxativo, não seria necessária a previsão expressa da ruptura antecipada do contrato, pois a comprovada violação contratual se mostraria como situação excep-

II - se os bens, hipotecados ou empenhados, forem penhorados em execução por outro credor;

III - se cessarem, ou se se tornarem insuficientes, as garantias do débito, fidejussórias, ou reais, e o devedor, intimado, se negar a reforçá-las.”

59 CASTRO FILHO *in* ALVIM, Arruda e ALVIM, Thereza (coord.), **Comentários ao Código Civil Brasileiro**, v. IV, Forense, Rio de Janeiro, 2006, p. 111.

60 RODRIGUES, Silvío, **Direito Civil**, v. II, 30ª Edição, Saraiva, São Paulo, 2002, p. 162.

61 **Comentários ao Novo Código Civil**, v. V, Tomo I, Forense, Rio de Janeiro, 2003, p. 344-345.

62 *Op. cit.*, p. 215.

cional, na qual, em razão da inutilização do termo, a dívida se dotaria automaticamente de exigibilidade.

Não obstante, há quem argumente pela inaplicabilidade do instituto em razão do disposto no art. 939 do Código Civil,⁶³ que prevê a responsabilidade civil do credor que demanda a dívida antes do seu próprio vencimento, violando o benefício constituído pelo termo contratual. Nesse sentido, a quebra antecipada não poderia gerar os efeitos do inadimplemento regular e, para piorar, ainda estaria sujeita às sanções impostas pelo referido dispositivo.

A doutrina reafirma a aplicabilidade do instituto no ordenamento jurídico brasileiro, esclarecendo que: *“As situações contempladas pelo art. 939 em nada se assemelham ao inadimplemento antecipado, lembrando-se que neste caso o credor age antes do termo para evitar que os prejuízos que lhe foram causados pelo devedor sejam ampliados.”*⁶⁴. Isso porque, nas hipóteses abarcadas pelo referido artigo, o credor que demanda a dívida antecipadamente assim o faz mediante manifesta má-fé, isto é, buscando a obtenção de um benefício que não lhe é de direito. Já no caso da ruptura antecipada, o credor assim o faz por não lhe restar alternativa ante a evidente violação contratual do devedor – neste caso, ao invés de se buscar um benefício indevido, pretende-se apenas mitigar as perdas, por meio da antecipação do termo.

Como se vê, apesar dos argumentos em contrário, a doutrina vem cada vez mais se posicionando no sentido da aplicabilidade do instituto no ordenamento jurídico pátrio. Diante disso, impõe-se desenvolver a análise dos argumentos favoráveis a essa aplicação.

4.3 O Princípio da Boa-Fé Objetiva e a confiança entre as partes

Um forte argumento a viabilizar o inadimplemento antecipado no direito brasileiro diz respeito, especificamente, aos deveres decorrentes do princípio da boa-fé objetiva. Com efeito, ocorre que tais deveres de conduta — mesmo quando as partes não os tenham expressamente declarado no contrato — não poderão deixar de ser observados e participarão do conteúdo da relação obrigacional. É o que explica JORGE CESA FERREIRA DA SILVA ao enunciar que, mesmo quando não declarados, os

⁶³ “Art. 939. O credor que demandar o devedor antes de vencida a dívida, fora dos casos em que a lei o permita, ficará obrigado a esperar o tempo que faltava para o vencimento, a descontar os juros correspondentes, embora estipulados, e a pagar as custas em dobro.”

⁶⁴ LABOURIAU, Miguel, *op. cit.*, p. 117.

deveres decorrentes da boa-fé “participação do conteúdo jurídico da relação, assim como participa desse mesmo conteúdo toda normatividade legal (em sentido estrito) não declarada ou querida pelas partes.”⁶⁵

Com isso, tem-se que uma vez percebida qualquer das hipóteses caracterizadoras da ruptura antecipada, em razão desse arcabouço de deveres correlacionados à boa-fé, o credor terá direito a pleitear a resolução do negócio. Conforme explica JUDITH MARTINS-COSTA: “Trata-se, pois, de deveres de adoção de determinados comportamentos, impostos pela boa-fé, tendo em vista o fim do contrato, em razão da relação de objetiva confiança que o contrato fundamenta”.⁶⁶

Mais ainda, a aplicação da teoria do inadimplemento antecipado também se justificaria em razão do princípio da confiança entre as partes contratantes. Com efeito, tem-se que, independentemente da vontade, a relação obrigacional será sempre pautada na boa-fé e na confiança mútua, se justificando a antecipação do termo nas hipóteses em que o devedor atuar de maneira contrária às legítimas expectativas da contraparte — tal como no caso do inadimplemento antecipado.

De acordo com a doutrina portuguesa, são quatro os requisitos para a proteção da confiança, os quais se articulam entre si sem que haja uma hierarquia. São eles: “1º Uma situação de confiança, conforme com o sistema e traduzida na boa fé subjectiva e ética, própria da pessoa que, sem violar os deveres de cuidado que ao caso caibam, ignore estar a lesar posições alheias; 2º Uma justificação para essa confiança, expressa na presença de elementos objectivos capazes de, em abstracto, provocarem uma crença plausível; 3º Um investimento de confiança, consistente em, da parte do sujeito, ter havido um assentar efectivo de actividades jurídicas sobre a crença consubstanciada; 4º A imputação da situação de confiança criada à pessoa que vai ser atingida pela protecção dada ao confiante: tal pessoa, por ação ou omissão, terá dado lugar à entrega do confiante em causa ou ao factor objetivo que a tanto conduziu.”⁶⁷ Percebe-se, portanto, que a partir do momento em que o devedor se comporta de maneira contrária à confiança gerada pelo contrato firmado com a contraparte,

65 *Op. cit.*, p. 54.

66 **A Boa-Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional**, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, p. 449.

67 MENEZES CORDEIRO, António, **Tratado de Direito Civil Português**, v. I, Tomo I, 2ª Edição, Almedina, Coimbra, 2000, p. 235.

justificável se apresentará a antecipação do termo pactuado, a fim de se remediar, ou ao menos dirimir, os danos causados à tutela da confiança.

Afasta-se, portanto, a concepção de que o vínculo obrigacional se traduz como um simples dever de prestar, adstrito às cláusulas contratuais e ao termo fixado, e aplica-se a noção de que o contrato abarca um conjunto de deveres e traduz interesses legítimos de ambas as partes. Nesse sentido, conclui ANTÓNIO MANUEL DA ROCHA E MENEZES CORDEIRO, afirmando que: *“A complexidade, intraobrigacional traduz a ideia de que o vínculo obrigacional abriga, no seu seio, não um simples dever de prestar, simétrico a uma pretensão creditícia, mas antes vários elementos jurídicos dotados de autonomia bastante para, de um conteúdo unitário, fazerem uma realidade composta.”*⁶⁸

4.4 A Concepção da “Obrigação como Processo”

Deve-se, por fim, remontar a uma relevante doutrina, construída por CLÓVIS DO COUTO E SILVA⁶⁹ e norteada pela visão funcionalizada das relações obrigacionais. Trata-se da noção da *“obrigação como processo”*, perspectiva que se afasta da noção estática das obrigações e as define como relação jurídica dinâmica, envolvida por um sistema de processos, voltados não apenas ao adimplemento, mas também à satisfação dos interesses do credor.

Por meio dessa visão moderna das obrigações, é possível verificar o nascimento de novos deveres, os quais passam a se ligar tanto ao adimplemento como ao seu próprio desenvolvimento. Conforme explica o autor, o conceito de obrigação como processo implica exatamente *“alterar o desenvolvimento, como tradicionalmente se entendia, do processo da obrigação. Visa-se, mediante o princípio da boa-fé, a instaurar uma ordem de cooperação entre os figurantes da relação jurídica.”*⁷⁰.

Desse modo, a concepção da *“obrigação como processo”* não apenas reconhece a aplicação do princípio da boa-fé objetiva nas relações obrigacionais, como também cria os referidos deveres de conduta, legitimando a persecução pelo fiel cumprimento de deveres laterais e do contrato como uma totalidade. Segundo o autor, *“nos negócios bilaterais, o interesse, conferido a cada participante da relação jurídica (mea res agitur),*

68 *Da Boa-Fé no Direito Civil*, v. I, Almedina, Coimbra, 1984, p. 584.

69 *Op. cit.*

70 *Op. cit.*, p. 169.

encontra sua fronteira nos interesses do outro figurante, dignos de serem protegidos. O princípio da boa-fé opera, aqui, significativamente, como mandamento de consideração."⁷¹

A importância dessa concepção para a teoria do inadimplemento antecipado é revelada pela exaltação da boa-fé objetiva frente à valorização da própria vontade humana, presente na elaboração do contrato e na fixação do termo. Diante disso, em razão da boa-fé objetiva e dos deveres de cooperação, o interesse do credor em resolver o contrato frente ao inadimplemento anterior ao termo se mostra plenamente justificável, haja vista que todas as características da relação obrigacional *"correlacionam-se e completam-se reciprocamente, nos termos adequados a, na sua totalidade, poderem proporcionar a satisfação da necessidade servida pelo contrato."*⁷²

Concluem GUSTAVO TEPEDINO e ANDERSON SCHREIBER que, diante da perspectiva dinâmica do vínculo obrigacional, *"não se pode, de fato, exigir que o credor permaneça paralisado até o vencimento da obrigação, enquanto o devedor evidencia, por seu comportamento inequívoco, o descumprimento iminente do ajuste."*⁷³

Diante disso, tem-se que os interesses envolvidos pelo contrato merecem ser perseguidos da melhor maneira possível, de modo a se justificar, inclusive, a não observância do advento do termo, frente ao inadimplemento antecipado do devedor.

5. A JURISPRUDÊNCIA

Além da crescente aceitação do instituto perante a doutrina pátria, o inadimplemento antecipado do contrato vem sendo, também, reconhecido e aplicado pelos Tribunais do país. Apesar de ainda serem relativamente poucos os precedentes, a quebra antecipada já foi proclamada em diferentes Tribunais de Justiça dos Estados e, inclusive, no Superior Tribunal de Justiça.

Veja-se, por exemplo, que no primeiro julgado do país a reconhecer o inadimplemento anterior ao termo, em razão da pouca disseminação do instituto na época do julgamento – que ocorreu em 1983 – a ruptura

71 *Op. cit.*, p. 34.

72 MOTTA PINTO, Carlos Alberto da, *Cessão de Contrato*, Saraiva, São Paulo, 1985, p. 239.

73 *In* AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord.), *Código Civil Comentado – Direito das Obrigações*, v. IV, Atlas, São Paulo, 2008, p. 344.

antecipada sequer veio a ser declarada de maneira expressa. Não obstante, em razão da evidente ocorrência de uma das suas hipóteses caracterizadoras, o inadimplemento foi totalmente considerado. É o que se extrai da ementa do seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de relatoria do ilustre Desembargador Athos Gusmão Carneiro:

“CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO, ASSEGURANDO BENEFÍCIOS VINCULADOS A CONSTRUÇÃO DE HOSPITAL, COM COMPROMISSO DE COMPLETA E GRATUITA ASSISTÊNCIA MÉDICO-HOSPITALAR. O CENTRO MÉDICO HOSPITALAR DE PORTO ALEGRE LTDA. NAO TOMOU A MÍNIMA PROVIDÊNCIA PARA CONSTRUIR O PROMETIDO HOSPITAL, E AS PROMESSAS FICARAM NO PLANO DAS MIRAGENS; ASSIM, OFENDE TODOS OS PRINCÍPIOS DE COMUTATIVIDADE CONTRATUAL PRETENDER QUE OS SUBSCRITORES DE QUOTAS ESTEJAM ADSTRITOS A INTEGRALIZAÇÃO DE TAIS QUOTAS, SOB PENA DE PROTESTO DOS TÍTULOS. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATOS EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO.”⁷⁴ (grifou-se)

Perceba-se que, nesse caso, por conta do não cumprimento das obrigações da contraparte de construir o hospital em tempo hábil, a rescisão do contrato se mostrou admissível, tendo em vista que o comportamento do devedor levaria a concluir pelo inadimplemento da avença, antes mesmo do advento do termo. Segundo o próprio relator, naquele caso, o que teria ocorrido seria o *“completo inadimplemento por parte de um dos contratantes. Já transcorreram mais de 5 anos, e o Centro Médico Hospitalar existe apenas de jure.”*

Já no que diz respeito ao precedente do Superior Tribunal de Justiça, o ilustre Ministro Relator Ruy Rosado de Aguiar reconheceu, de maneira explícita, a configuração da quebra antecipada do contrato. Nesse caso, mais uma vez, em razão do comportamento concludente do devedor em sentido contrário ao cumprimento, foi admitida a ruptura da avença antes do advento do termo. Leia-se a seguinte ementa, do acórdão da 4ª Turma do Tribunal Superior:

“PROMESSA DE COMPRA E VENDA. Resolução. Quebra antecipada do contrato.

74 Apelação Cível nº 582000378, rel. Des. Athos Gusmão Carneiro, 1ª Câmara Cível, j. 08.02.1983.

- Evidenciado que a construtora não cumprirá o contrato, o promissário comprador pode pedir a extinção da avença e a devolução das importâncias que pagou. - Recurso não conhecido.”⁷⁵ (grifou-se)

No referido julgado, o fato é que as partes teriam contratado a compra e venda de um imóvel, a ser construído e entregue em novembro de 1999. Apesar disso, em julho de 1998, as obras sequer teriam iniciado, motivo pelo qual o adimplemento do contrato, no prazo previsto, se mostrava impossível. Diante disso, o STJ reconheceu e declarou a quebra antecipada do contrato, de acordo com a conclusão do relator de que: *“Quando a devedora da prestação futura toma atitude claramente contrária à avença, demonstrando firmemente que não cumprirá o contrato, pode a outra parte pleitear a sua extinção.”*

Além desse caso, importante notar que, recentemente, novos precedentes têm surgido nos Tribunais de Justiça do país, os quais vêm, cada vez mais, reconhecendo o inadimplemento antecipado, em situações em que se encontram presentes os requisitos para a sua configuração. É esse o caso do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, onde, apenas no início do ano de 2011, já se aplicou, em duas ocasiões distintas, a teoria da quebra antecipada do contrato.

No primeiro precedente, a Desembargadora relatora Célia Maria Vidal Meliga Pessoa, em decisão monocrática – confirmada posteriormente pela Câmara julgadora –, decidiu que, *“quando as partes fixam o momento para o cumprimento das prestações, mas as condutas praticadas por uma delas revelam que não será adimplente ao tempo convencional, adianta-se o remédio resolutório como espécie de antecipação do inadimplemento, concedendo ao prejudicado a possibilidade imediata de desconstituição da relação, em vez de aguardar pelo desenlace avisado e sofrer prejuízos ainda mais amplos.”*⁷⁶

Já no segundo julgado, ao se tratar, mais uma vez, de atraso na conclusão de empreitada com prazo certo, a 20ª Câmara Cível, mediante acórdão de relatoria da Desembargadora Odete Knaack de Souza, aplicou a teoria do inadimplemento antecipado, afirmando que, *“apesar de a demanda ter sido promovida antes do escoamento do prazo fatal para*

⁷⁵ REsp 309626/RJ, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4ª Turma, j. 07.06.01, DJ. 20.08.01.

⁷⁶ TJRJ, Ap. 0117017-71.2008.8.19.0002, rel. Des. Célia Maria Vidal Meliga Pessoa, 18ª Câmara Cível, j. 07.01.2011.

conclusão da empreitada, incide a teoria do inadimplemento antecipado, visto ser incontroverso o atraso das obras, ao que a agravada anuiu ao imputá-lo a força maior, sem comprová-la, contudo.”⁷⁷

A fim de comprovar o crescente reconhecimento que o instituto vem ganhando nos tribunais, deve-se notar que, também os Tribunais de Justiça do Distrito Federal e de São Paulo já decidiram pela aplicação da teoria da ruptura antecipada. Com efeito, através de acórdão de relatoria do Desembargador Hermenegildo Gonçalves, da 1ª Turma Cível do TJDF, decidiu-se que *“não se pode exigir do comprador a espera da previsível falência do empreendimento para só depois buscar a rescisão do contrato, bem como daquilo que já se pagou se a demora na construção da obra é flagrante, e de fácil constatação o inadimplemento antecipado.”⁷⁸* Nesse mesmo sentido, decidiu também a 9ª Câmara de Direito Privado do TJSP, mediante acórdão de relatoria do Desembargador Piva Rodrigues, o qual concluiu que, *“examinando-se as condutas praticadas pela ré até a data da sentença, é possível afirmar que, inevitavelmente, as obras não estariam prontas no tempo convencionado.”⁷⁹*

Diante desse breve panorama jurisprudencial, é possível confirmar a amplitude que o instituto do inadimplemento antecipado vem ganhando perante diversos Tribunais de Justiça do país. No entanto, até o presente momento, confirma-se que a grande maioria dos casos de aplicação do instituto pelos tribunais se restringe ao comportamento concludente do devedor, voltado especificamente para casos de construção com prazo certo. Ainda assim, esse cenário comprova, invariavelmente, a aceitação do instituto pelo direito brasileiro.

6. CONCLUSÃO

Ao longo do estudo, foi possível traçar a evolução do instituto do inadimplemento antecipado do contrato, desde a sua criação pelo direito inglês até a sua inserção no direito brasileiro – primeiramente inserindo-se na doutrina pátria e depois sendo, mais e mais, aplicado pelos próprios Tribunais.

Com efeito, constatou-se que a atual concepção da obrigação, analisada mediante a sua perspectiva funcionalizada – e enraizada no princípio

77 TJRJ, Ag. 0004042-10.2011.8.19.0000, rel. Des. Odete Knaack de Souza, 20a Câmara Cível, j. 27.04.2011.

78 TJDF, Ap. 0001518-85.2002.807.00001, rel. Des. Hermenegildo Gonçalves, 1ª Turma Cível, j. 13.05.2002.

79 TJSP, Ap. 0110649-33.2003.8.26.0000, rel. Des. Piva Rodrigues, 9ª Câmara de Direito Privado, j. 09.03.2010.

da boa-fé objetiva – impõe aos contratantes uma série de deveres de conduta, que extrapolam as disposições contratuais. Exigem-se verdadeiros comportamentos do devedor, não apenas tendentes ao cumprimento de sua obrigação, mas vinculados à observância de inúmeros deveres laterais, os quais se ligam, principalmente, à satisfação das legítimas expectativas do credor.

Os argumentos de ordem processual e material citados não se mostram suficientes para impedir a aplicação do instituto da ruptura antecipada do contrato no ordenamento jurídico pátrio. Mesmo na ausência de dispositivo que preveja a sua ocorrência de maneira explícita, a antecipação do termo encontra fundamento na concepção funcionalizada da obrigação e nos princípios da boa-fé objetiva e da confiança entre as partes, como forma de proteção do credor frente aos abusos comportamentais do devedor.

A análise jurisprudencial aqui apresentada apenas confirma a viabilidade do inadimplemento antecipado do contrato no direito brasileiro. Conforme verificado, os precedentes vêm se espalhando pelo país, sendo certo que o próprio Superior Tribunal de Justiça já se posicionou pela aplicabilidade do instituto. Apesar de, na maioria dos julgados, a antecipação do termo ter sido reconhecida apenas em contratos de construção por prazo determinado, é possível imaginar que o atual destaque que o instituto vem ganhando na doutrina e na jurisprudência irá garantir que novas situações de aplicação do instituto sejam visualizadas pelos julgadores.

No entanto, é preciso frisar que esta modalidade de inadimplemento constitui hipótese excepcional, justificável apenas quando se mostrar impositiva a tutela da confiança, da boa-fé objetiva e da mitigação das perdas do credor. A banalização do instituto poderá gerar um exercício abusivo do direito, criando situações nas quais, mediante a utilização deturpada da boa-fé, a contraparte buscará, na verdade, uma sobreposição à autonomia da vontade e às disposições contratuais. Desse modo, é necessária cautela por parte dos aplicadores do direito, a fim de que se possa analisar, de maneira objetiva, as situações fáticas que acarretem a quebra antecipada do contrato.

É preciso que o credor demonstre, de maneira certa e precisa, a configuração dos elementos caracterizadores do instituto. A antecipação do termo se reveste de limitações, as quais devem ser cuidadosamente construídas e analisadas pela doutrina e pela jurisprudência nacional. ❖

Alienação Parental

(Uma visão jurídico-filosófico-psicológica)

Luiz Guilherme Marques

Juiz de Direito - TJEMG

Marisa Machado Alves dos Santos

Psicóloga

A alienação parental é conceituada no art. 2º da Lei 12.318/2010:

Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Com as separações/divórcios, muitos ex-cônjuges utilizam a maleabilidade psicológica dos próprios filhos como “arma” para atingir o outro ex-parceiro, tratado como “inimigo” e passando a ser visto pelos filhos como tal.

O ideal é tentar suavizar a animosidade criada entre os personagens, esclarecendo-os sobre a naturalidade da mudança de rumos ínsita na liberdade garantida por todos os ordenamentos jurídicos do mundo civilizado bem como pela Ética e pela Religião.

O misoneísmo tem feito com que muita gente se apegue aos padrões do passado e considere a própria liberdade como um crime ou um desajuste, que deve ser cerceado e punido.

O diálogo do juiz, advogado e promotor de justiça com as partes pode ajudá-las a aceitar como saudável a manutenção da amizade em lugar das intermináveis disputas, engendradas pela desinformação e intransigência.

O problema não deve ser minimizado, mas sim entendido como uma das mais importantes contribuições da Justiça para a boa harmonia social.

Baseio-me nas regras gerais do capítulo das provas do Direito Processual Civil e concluo que o magistrado tem toda a liberdade para analisar o assunto, bastando justificar seu embasamento.

Se, praticamente, levar em conta apenas a avaliação dos profissionais de Psicologia e Assistência Social, corre o risco de nem sempre acertar, uma vez que os interessados podem conseguir camuflar a alienação parental, já preparados que podem estar para escamotear a verdade.

Se exagerar a importância da prova testemunhal, pode acontecer de se perder no emaranhado de fatos isolados trazidos pelos depoimentos de “aliados” de uma parte e da outra.

Se estiver confiante demais no conteúdo dos depoimentos pessoais dos interessados, sem maior aprofundamento na observação de “pequenos importantes detalhes”, pode perder a oportunidade de descobrir a real situação.

Acima de tudo, tem de estar a acuidade de observação do juiz, como profissional acostumado a analisar pessoas para fazer-lhes real justiça.

Não se deve deixar influenciar pela natural pressa das partes em encerrar a fase probatória, esta que nunca deverá impedir o juiz de providenciar a apuração da verdade real.

Ocorre a alienação parental em 80% dos casos de separação/divórcio com filhos.

O legislador sentiu a gravidade do fato, ocorrente a nível de verdadeira “pandemia”, e procurou dar-lhe tratamento vigoroso, infelizmente minimizado em fase posterior, quando a penalização se reduziu à perda da guarda, quando deveria manter o reconhecimento de tipo penal específico.

O resultado que preconizo nos casos de comprovação da alienação parental não é o da penalização imediata, mas sim o aconselhamento, com intensidade variável de acordo com sua gravidade do fato e, sobretudo, índole do alienante, ficando, todavia, aberta a oportunidade de revisão da decisão, para mais e para menos, também sem nenhuma preocupação judicial de fechar-se a porta do questionamento a quem se sinta prejudicado por eventual mudança do quadro. Afinal, quem tenha praticado o ilícito pode redimir-se e quem foi a vítima pode tornar-se alienante, o que acontece não poucas vezes.

A época atual é de refinamento intelectual, ultrapassada que, no geral, já foi a fase da violência corporal, esta que era reflexo do primitivismo das gerações muito remotas.

Com isso, desenvolveram-se formas de crueldade e mentalidade sádica que não visam diretamente à integridade física das pessoas, mas sim seu psiquismo, como sejam o assédio moral, o *bullying* e a alienação parental.

Vejam algumas referências da Wikipédia (www.wikipedia.org) sobre cada uma dessas situações:

Assédio moral é

“a exposição dos trabalhadores e trabalhadoras a situações humilhantes e constrangedoras, repetitivas e prolongadas durante a jornada de trabalho e no exercício de suas funções.

São mais comuns em relações hierárquicas autoritárias e assimétricas, em que predominam condutas negativas, relações desumanas e antiéticas de longa duração, de um ou mais chefes dirigida a um ou mais subordinado(s), desestabilizando a relação da vítima com o ambiente de trabalho e a organização.

Por ser algo privado, a vítima precisa efetuar esforços dobrados para conseguir provar na justiça o que sofreu, mas é possível conseguir provas técnicas obtidas de documentos (atas de reunião, fichas de acompanhamento de desempenho, etc), além de testemunhas idôneas para falar sobre o assédio moral cometido.”

Bullying é

*“um termo em inglês utilizado para descrever atos de violência física ou psicológica, intencionais e repetidos, praticados por um indivíduo (bully - «tiranete» ou «valentão») ou grupo de indivíduos com o objetivo de intimidar ou agredir outro indivíduo (ou grupo de indivíduos) incapaz(es) de se defender. Também existem as vítimas/agressoras, ou autores/alvos, que em determinados momentos cometem agressões, porém também são vítimas de *bullying* pela turma.”*

Alienação parental é

“um termo cunhado por Richard A. Gardner no início de 1980 - Richard Gardner viria a suicidar-se, com múltiplas facadas no pescoço e no peito, em 2003 - para se referir ao que ele descreve como um distúrbio no qual uma criança, numa base contínua, deprecia e insulta um dos pais sem qualquer justificativa, devido a uma combinação de fatores, incluindo a doutrinação pelo outro progenitor (quase exclusivamente como parte de uma disputa da custódia da criança) e as tentativas da própria criança denegrir um dos pais. Gardner introduziu o termo em um documento de 1985, descrevendo um conjunto de sintomas que tinha observado durante o início de 1980.

A Síndrome de Alienação Parental não é reconhecida como uma desordem pelas comunidades médica e jurídica e a teoria de Gardner, assim como pesquisas relacionadas a ela têm sido amplamente criticadas por estudiosos de saúde mental e de direito, que alegam falta de validade científica e fiabilidade. No entanto, o conceito distinto, porém relacionado, de alienação parental - isto é, o estranhamento de uma criança por um dos pais - é reconhecido como uma dinâmica em algumas famílias durante o divórcio.

A admissibilidade da SAP foi rejeitada por um painel de peritos e o Tribunal de Apelação da Inglaterra e País de Gales, no Reino Unido, e o Departamento de Justiça do Canadá desaconselham seu uso. Entretanto, a admissibilidade ocorreu em algumas Varas de Família nos Estados Unidos. Gardner retratou a SAP como bem aceita pelo Judiciário, havendo estabelecido uma série de precedentes, mas a análise jurídica dos verdadeiros casos indica que sua alegação estava incorreta.

Não obstante a inicial controvérsia quando do DSM-IV, que motivou a não inclusão da SAP naquela edição e que o primeiro esboço do DSM-V não a tenha contemplado, hoje existe vasta publicação a seu respeito e muitas autoridades renomadas na psicologia e psiquiatria defendem sua inclusão no DSM-V e no CID-11, ambos a serem publicados.”

A alienação parental é o tema que nos interessa neste estudo, devendo-se observar que os processos que a abordam deveriam merecer prioridade especial, para tanto sendo necessária não só a multiplicação do número de Varas de Família como também uma preparação maior dos operadores do Direito de Família, por exemplo, através de cursos e seminários.

Infelizmente, pouco ainda se investe no estudo dessa matéria, gerando soluções nem sempre adequadas para os graves quadros ocorrentes.

As Escolas Judiciais dos Tribunais Estaduais e as Escolas da OAB e do Ministério Público deveriam promover maior quantidade de eventos destinados a divulgar esse tema, e igualmente as entidades de classe dos operadores do Direito, dentre as quais as de magistrados e do Ministério Público.

A mensagem mais importante que podemos passar aos prezados Leitores é de que o desconhecimento da matéria é muito grande e as soluções, portanto, muitas vezes imperfeitas.

Quando se trata, por exemplo, de dificuldade por um dos ex-cônjuges do exercício do direito de visita pelo outro costuma ser fácil detectar-se a alienação parental, mas quando a figura típica é praticada com a sutileza dos sádicos inteligentes, são frequentes os equívocos judiciais.

O presente comentário é feito com toda a reverência que merecem os operadores da área de família, mas também com toda a honestidade e sinceridade.

O resultado das nossas pesquisas sobre alienação parental está sendo enfeitado em um livro que virá a lume dentro em breve, todavia é conveniente trazer aos operadores do Direito, psicólogos, assistentes sociais e pais em geral alguns pontos importantes do assunto.

O aconselhamento é recomendável para que se tente desfazer as situações negativas existentes, procurando convencer o alienante a iniciar o trabalho sério e sincero de desfazer o mal já realizado, fazendo o filho retomar a boa convivência com o alienado.

Porém, em muitos casos, principalmente nos mais graves, essa medida é insuficiente, sendo necessária, como solução, a presença permanente do alienado junto ao filho para que este último passe a identificar-lhe as boas intenções e o amor.

Acontece da atuação do alienante ter sido tão bem urdida que nem necessário se faz a continuidade da indução demolidora, uma vez que o filho já consolidou a animosidade contra o alienado, passando a odiá-lo mecânica e automaticamente.

Voltando a conviver com o alienado, aos poucos tende a comparar as informações negativas do alienante com o quadro que vê pessoalmente.

Mesmo sem se reverter a guarda ao alienado, o importante é que o filho passe a amá-lo e querer com ele dividir seus planos e momentos agradáveis e também os difíceis.

Em suma, mais uma vez chamamos a atenção para a necessidade de o assunto ser bem conhecido, dando-se solução adequada a cada caso.

Milhões de pessoas sofrem com a alienação parental e a Justiça é a única que, de forma cogente, pode resolver esses casos.

A alienação parental tem acarretado enfermidades psicossomáticas infelizmente não computadas nas estatísticas oficiais, mas, a médio e longo prazos, com resultados danosos para os sistemas de Saúde Pública e Particular.

Sugerimos aos Governos a veiculação pela Mídia de informação sobre o assunto e suas consequências, além da realização de entrevistas de especialistas e sua divulgação na Internet.

A prevenção é melhor que a tentativa de reverter o mal feito.

Trata-se de uma das mais graves epidemias do século XXI como verdadeiro atentado à saúde psicológica de muitas pessoas.

Evitemos males maiores para pais, mães e filhos, vítimas, quase todos, da desinformação.

Se minimizarmos o problema, estaremos transferindo para as gerações futuras uma herança nociva, de imprevisíveis resultados. ❖

Durkheim e o Fenômeno Jurídico na Obra *Da Divisão do Trabalho Social: ensaio crítico*

João Maurício Martins de Abreu

*Advogado. Mestre em Sociologia e Direito pela UFF.
Professor de Direito Civil da UNESA (licenciado).*

1 – INTRODUÇÃO

O presente ensaio tem o objetivo de analisar e problematizar um dos principais pressupostos teóricos utilizados por Émile Durkheim (1858-1917) na obra **Da divisão do trabalho social**,¹ notadamente aquele segundo, o qual o Direito seria um *símbolo visível* da moralidade social.² Nesse livro, o autor defende a tese de que a divisão do trabalho social, além de sua conhecida função econômica, a maximização dos lucros, tem também uma função moral. E é no processo de construção argumentativa que a relação entre Direito e moralidade social é sobejamente desenvolvida.

Durkheim é considerado um dos fundadores da Sociologia como disciplina autônoma do conhecimento. Foi ele quem, com maior vigor dentre seus contemporâneos, reivindicou o caráter científico e específico ao conhecimento sociológico. Para tanto, teve de definir o *objeto* e o *método* particulares da Sociologia, procurando, assim, estabelecer uma separação objetiva em relação a outros campos do saber, como a filosofia e a psicologia, e, além disso, eliminar qualquer tipo de influxo de saberes não científicos em sua disciplina.

1 Tese de doutoramento escrita no último quarto do século XIX, em meio ao processo de massiva industrialização capitaneado pela Inglaterra. DURKHEIM. Émile. **Da divisão do trabalho social**. 2ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

2 É importante, desde já, pontuar em que sentido é concebida dita *moralidade social* para o autor: trata-se de um estado de dependência que liga o indivíduo à sociedade e conforma a conduta daquele às normas provenientes desta. *Op. cit.*, 2004, p. 420-1.

Percebem-se nitidamente, no pensamento do autor, influências do positivismo de August Comte³, traços evolucionistas⁴, e, o que é mais importante para sua compreensão, marcada posição em favor do que se convencionou chamar, posteriormente, de coletivismo metodológico⁵.

O coletivismo metodológico e a influência positivista, em especial, estão refletidos na importante noção de *fato social*, cunhada por Durkheim⁶ em resposta aos anseios de objetividade e de depuração do conhecimento sociológico, que sempre nortearam seus trabalhos.

Os *fatos sociais* representam o objeto específico, particular, da Sociologia. São constituídos por modos de pensar, agir e sentir, cuja singularidade reside em *existirem fora das consciências individuais*; são, portanto, *exteriores* aos indivíduos, mas, além disso, são também *coercitivos*. Exteriores, no sentido de que atuam sobre as consciências individuais independentemente de sua vontade; coercitivos, no sentido de que exercem sobre os indivíduos uma tal força, uma tal constrição, que impõem a sua conformação com as regras sociais que lhes transcendem, sob pena de sanções das mais variadas naturezas.

Um bom exemplo de fato social é a língua predominante em cada sociedade: ela independe da vontade conjuntural dos indivíduos e se lhes impõe.

3 Dentre os muitos pontos de contato com os pressupostos do positivismo, destacam-se do pensamento durkheimiano os seguintes: a reflexão científica deve partir da realidade sensível e o conhecimento científico é neutro. Cf., com breve exposição da classificação usual das teorias sociológicas e, em caráter propositivo, com uma perspectiva classificatória própria, MELLO Marcelo P. "Vertentes do pensamento sociológico empirista e naturalista e algumas razões para se duvidar delas". In: **Sociologia e direito: explorando as interseções**. Niterói: PPGSD, 2007, p. 9-37.

4 Não são raras as referências do autor a graus hierarquizados de sociedade: das simples (ou, como ele mesmo denomina, *primitivas*), às *complexas*. As transformações sociais obedeceriam, portanto, a um processo evolutivo das sociedades, onde o lugar da mudança não é a *revolução*, mas a *evolução*. V. GIDDENS, A. *Apud* SOUZA, Ricardo Luiz. "Normas morais, mudanças sociais e individualismo segundo Durkheim". In: **Confluências**. Niterói: PPGSD, nov. 2007, v. 9.2, p. 72.

5 Em oposição ao *individualismo metodológico*, que tem em Hobbes um de seus mais notórios defensores, Durkheim postula que a sociedade é uma espécie de sujeito transcendente e *sui generis*, maior do que a soma dos indivíduos que a compõem e modulador de suas relações sociais; para ele, "a sociedade determina tudo: a divisão do trabalho, o crime, o suicídio, as formas de classificação, a religião e as demais representações coletivas" (...), que "nada mais significam em si mesmos; eles encontram as razões de sua existência na capacidade de expressar ou projetar a existência da própria sociedade" (p. 157). VARGAS, Eduardo V. "Durkheim e o domínio da sociologia". In: **Antes Tarde do que nunca: Gabriel Tarde e a emergência das ciências sociais**. Rio de Janeiro: Contracapa/FAFICH/UFMG, 2000, v. 129-161.

6 A noção de *fato social* foi exposta em DURKHEIM, É. **As regras do método sociológico**. São Paulo: Nacional, 1963. Para uma síntese sobre o tema, cf. DURKHEIM, E. "O que é fato social?" In: Rodrigues, José Albertino (org.). **Émile Durkheim**. São Paulo: Ática, 1988, p. 46-52.

Como garantia da objetividade do conhecimento, os fatos sociais devem ser tratados como *coisas*, ou seja, como “objetos que se dão indiferentemente ao olhar neutro e cauteloso do sujeito”⁷.

Durkheim entrelaça, na obra analisada a seguir, dois *fatos sociais*: o Direito e a divisão do trabalho social.

2 – O DIREITO E A INTENSIFICAÇÃO DO PROCESSO DE DIVISÃO DO TRABALHO SOCIAL

Influenciado, como tantos outros contemporâneos seus, por estudos de biólogos do fim do século XIX, Durkheim (2004, p.3) identifica a divisão do trabalho como uma lei natural, reitora não só dos organismos, como também das sociedades, de modo que a divisão do trabalho *social* é, para ele, apenas um efeito particular daquele processo geral.

Assim como os organismos mais acabados, as sociedades complexas – como o são, p.ex., as sociedades industriais – verificam, com grande intensidade, o fracionamento de funções antes reunidas em poucas pessoas e grupos. A especialização massiva atinge não só as funções econômicas como também as funções políticas, administrativas, judiciárias, artísticas, científicas etc.

No entanto, constatado o fato de que existe um processo geral que tende para a divisão do trabalho, ainda assim impõe-se a pergunta: devemos resistir ou aderir a esse processo de especialização?

*Será nosso dever procurar tornar-nos um ser acabado e completo, um todo autossuficiente, ou, ao contrário, não ser mais que a parte de um todo, o órgão de um organismo? Numa palavra, a divisão do trabalho, ao mesmo tempo que lei da natureza, também é uma regra moral de conduta humana?*⁸

O autor responde afirmativamente à última questão: há, para ele, um intenso valor moral na máxima que nos manda especializar-nos. E esse caráter, em síntese apertada, está no fato de que, quanto mais a sociedade se fragmenta em funções díspares e especializadas, mais ela realiza o ideal de solidariedade social, o ideal de fraternidade, porque cada um depende tanto mais da sociedade quanto mais for dividido o trabalho social.

⁷ GIANNOTTI, *apud* VARGAS, E. V. *Op. cit.*, p. 143.

⁸ DURKHEIM, É. *Op. Cit.*, 2004, p. 4.

*Eis o que constitui o valor moral da divisão do trabalho. É que, por ela, o indivíduo retoma consciência de seu estado de dependência para com a sociedade; é dela que vêm as forças que o retêm e o contêm. Numa palavra, já que a divisão do trabalho se torna a fonte eminente de solidariedade social, ela se torna, ao mesmo tempo, a base da ordem moral.*⁹

A compreensão do modo como o Direito se inclui, de maneira fundamental, no processo de justificação dessa tese compõe o objeto desta seção do ensaio.

Pois bem. Para verificar e buscar comprovar que a divisão do trabalho social é a causa da *coesão social* nas sociedades complexas, em que o processo de especialização é intenso, o autor propõe uma análise comparativa do tipo de vínculo social oriundo dessas sociedades complexas com aquele oriundo de sociedades menos evoluídas (sociedades simples, primitivas), ou seja, uma comparação entre diferentes expressões da *moralidade social* – termo compreendido por Durkheim (2004, p.420-1) como o estado de dependência que liga o indivíduo à sociedade, conformando suas condutas.

No entanto, a moralidade social – seja nas sociedades complexas em que viveu o autor, seja nas primitivas de que ele cogitou – não se dá a conhecer diretamente pelo observador, por ser um fato interno, íntimo e psicológico das relações sociais propriamente ditas. Por isso, o autor propõe e defende inferir a moralidade social preponderante em cada tipo de sociedade a partir de um efeito concreto, seguro e observável que ela produza; a partir de um *fato social* presente em toda e qualquer sociedade, em todo e qualquer tempo.

Tal efeito, tal fato social, tal representação da moralidade social, Durkheim o vai encontrar nas regras jurídicas; o *símbolo visível da moralidade social é o direito*.

[A] vida social, onde quer que exista de maneira duradoura, tende inevitavelmente a tomar uma forma definida e a se organizar, e o direito nada mais é que essa mesma organização no que ela tem de mais estável e preciso. A vida geral da sociedade não pode se estender num ponto sem que a vida jurídica nele se estenda ao mesmo tempo e na mesma

⁹ DURKHEIM, É. *Op. Cit.*, 2004, p. 423.

*proporção. Portanto, podemos estar certos de encontrar refletidas no direito todas as variedades essenciais da solidariedade social.*¹⁰

Empreender, em certa medida, uma análise da sociedade a partir do Direito em vigor: é o que Durkheim propõe. Propõe, mais especificamente, verificar, a partir das normas jurídicas vigentes em cada sociedade, as variantes da solidariedade social, a fim de responder à questão que norteia a obra sob análise: há algum tipo especial de solidariedade do qual a divisão do trabalho social seja a causa? Já foi dito e antecipado: há sim. Apenas não foi individuada a espécie: trata-se da modalidade especial a que Durkheim denomina *solidariedade orgânica*, em oposição à *solidariedade mecânica* – essa última típica das sociedades simples ou primitivas.

A esta altura, para reflexão sociológica e jurídica, já se poderia propor a questão que justifica este ensaio, e que será objeto da próxima seção: é o Direito, como o compreende Durkheim, um reflexo *confiável* da moralidade social vigente?

Dessa questão outras tantas podem advir, inclusive sobre a relevância atual do tema (cf. Considerações finais), mas não é hora de desenvolver o raciocínio, porque nosso autor tem mais a dizer sobre a forma como concebe o Direito e suas normas.

Tenaz em seu rigor científico, Durkheim procura expurgar de sua análise desse *símbolo visível da moralidade social* – que, para ele, é o Direito – qualquer outra classificação das normas jurídicas que não seja feita de acordo com a *sanção* que lhes é correspondente. Isso por duas razões: (a) porque todo preceito de direito é correlato a uma regra sancionada e (b) porque as sanções variam de acordo com a gravidade do preceito, ao papel que desempenha na sociedade. E conclui: há dois tipos de sanções, em Direito; de um lado, apresentam-se as *sanções repressivas*, que implicam o sofrimento do agente e são típicas das normas de Direito Penal; de outro, as *sanções restitutivas*, que visam à reparação das coisas e são típicas do Direito Civil, Comercial, Administrativo etc.

Assim, a única classificação verdadeiramente científica das normas jurídicas é aquela que as divide em normas repressivas e normas restitutivas.

¹⁰ DURKHEIM, É. *Op. Cit.*, 2004, p. 32-3.

E é aqui que Durkheim promove, em bases objetivas, o entrelaçamento dos dois fatos sociais ora estudados. Para ele, é a preponderância *numérica* de normas repressivas, ou de normas restitutivas, num dado ordenamento jurídico, o reflexo material da moralidade vigente na respectiva sociedade: se fruto de solidariedade mecânica ou de solidariedade orgânica. E é a partir dessa premissa, que ele conclui se se está diante, ou não, de uma sociedade complexa; isto é, se se está diante, ou não, de uma sociedade em que a divisão do trabalho social é intensa.

Quanto mais preponderarem normas restitutivas, mais intensificada estará a divisão do trabalho social; quanto mais prevaletentes forem as repressivas, menos desenvolvida tal divisão.

Explica-se.

A preponderância numérica de normas jurídicas *repressivas* numa certa sociedade representa que ali vigora uma solidariedade do tipo *mecânica* (ou por similitudes). Isso porque tal *preponderância* representa que a maioria das transgressões, dos desvios comportamentais, é caracterizada como crime e, por conta dessa qualidade, imputa-se ao agente um sofrimento, um castigo. Ora, argumenta Durkheim, se são, na maioria das vezes, consideradas crimes as transgressões numa dada sociedade, assim é porque elas atingem frontalmente a sua *consciência coletiva*, corporificando atos universalmente reprovados – mais do que isso, universalmente e *fortemente* reprovados – pela média dos membros daquela sociedade.

O conjunto das crenças e dos sentimentos comuns à média dos membros de uma mesma sociedade forma um sistema determinado que tem vida própria: podemos chamá-lo de consciência coletiva ou comum.

(...)

[Os crimes] não são apenas gravados em todas as consciências: são fortemente gravados. Não são veleidades hesitantes e superficiais, mas emoções e tendências fortemente arraigadas em nós. O que o prova é a extrema lentidão com a qual o direito penal evolui.¹¹

Diz-se que se está diante, então, de uma sociedade simples (ou primitiva) uma vez que, aí, na maior parte das vezes, as consciências

11 DURKHEIM, É. *Op. Cit.*, 2004, p. 47-8.

individuais coincidem com a consciência coletiva, ou seja, o grau de diferenciação entre os membros da sociedade é inócuo: as opiniões e os hábitos são similares; logo, assim também o é a intensidade da reprovação às transgressões. Aqui, a solidariedade social se baseia na similitude dos indivíduos, na “atração do semelhante pelo semelhante”, na feliz expressão do autor (Durkheim: 2004, p. 98).

Por outro lado, o domínio *numérico* de normas restitutivas numa certa sociedade exprime uma modalidade mais sutil de moralidade vigente: trata-se da *solidariedade orgânica*.

Com efeito, as normas restitutivas, como o próprio nome deixa entrever, embora haja exceções, não visam a imputar castigo ou sofrimento ao transgressor, mas sim a *restaurar o statu quo ante*, ou seja, a recompor a situação fática ao seu estado “normal”. “Se já há fatos consumados, o juiz os restabelece tal como deveriam ter sido. Ele enuncia o direito, não enuncia as penas. As indenizações por perdas e danos não têm caráter penal, são somente um meio de voltar ao passado para restituí-lo, na medida do possível, sob sua forma normal” (Durkheim: 2004, p. 85). Entretanto, tal reparação não diz respeito, segundo o autor, apenas aos particulares envolvidos; não concernem, p. ex., apenas aos contratantes em litígio pelo cumprimento do acordo celebrado. Embora estranhas à consciência coletiva – que é comum a todos e que fundamenta as normas repressivas do Direito Penal – as normas restitutivas também representam uma ligação, uma dependência, do indivíduo em relação à sociedade; elas expressam a presença do valor de *cooperação* de cada um para com o todo; de modo que, ao restaurar o *statu quo ante*, a norma restitutiva reintegra o vínculo cooperativo que une a sociedade.

Ressalve-se, num parêntesis, que Durkheim põe à parte nesse elo indivíduo-sociedade as relações oriundas de *direitos reais* – ou seja, aquelas que unem as pessoas não entre si, mas com as coisas –, das quais o *direito de propriedade* é o exemplo modelar. Não há aí, diz ele, uma “solidariedade verdadeira, com uma existência própria e uma natureza especial, mas antes o lado negativo de toda espécie de solidariedade. A primeira condição para que um todo seja coeso é que as partes que o compõem não se choquem em movimentos discordantes. Mas esse acordo externo não faz a sua coesão; ao contrário, a supõe.” (Durkheim: 2004, p. 95).

Assim é que, exceto quanto às mencionadas relações oriundas de *direitos reais*, em que prevalecem em número as normas de natureza

restitutiva, está-se em presença de uma sociedade complexa, cujo vínculo de solidariedade social, baseado de forma preponderante na *cooperação dos indivíduos*, deriva especialmente da *divisão do trabalho social*, à moda de um organismo, em relação a suas células, tecidos e órgãos: cada um com sua função particular; todos jungidos e dependentes, ao fim e ao cabo, de uma mesma causa-final, que é o bom funcionamento do conjunto.

Em bela síntese, nosso autor anota: “[c]ooperar, de fato, é dividir uma tarefa comum” (Durkheim: 2004, p. 100).

Para Durkheim (2004, p. 422-3), é a intensificação da divisão do trabalho social o motivo determinante da solidariedade orgânica, uma vez que dela provém o processo correlato de diferenciação das consciências individuais – entre elas mesmas e, conseqüentemente, em relação à consciência coletiva (comum). Na mesma medida em que se especializam as funções dos indivíduos, formam-se personalidades díspares, grupos especiais e setorizados, que aos poucos vão perdendo a noção do todo. Não obstante isso, conscientes ou não, todos estão vinculados por inúmeros elos de cooperação, sem os quais a sociedade se dissolveria.

O escopo de uma análise sociológica sobre a divisão do trabalho social, como a feita por Durkheim, seria, então, *revelar* a solidariedade *cooperativa*, orgânica, daí oriunda.

Em resumo: o papel das semelhanças sociais, nas sociedades simples, é exercido pela divisão do trabalho social, nas sociedades complexas; naquelas são as similitudes, nestas a divisão do trabalho, a fonte primordial da coesão social. Provam-no, segundo nosso autor, o progressivo encolhimento verificado pelas normas jurídicas repressivas, e a conseqüente ampliação das normas jurídicas restitutivas, à medida que a divisão do trabalho social avança e as sociedades se tornam mais complexas.

3 - DIREITO E MORALIDADE SOCIAL: ALGUMAS REFLEXÕES

Durkheim buscou no Direito o *dado empírico da moral*, crendo que, sem isso, sem um fato concreto, observável e objetivo que lhe desse suporte, suas conclusões perderiam em *cientificidade*. A defesa veemente dessa etapa de seu raciocínio é reveladora de um positivismo sociológico hoje ultrapassado. No entanto, seria um grave erro relegar a um traço

histórico, datado e pouco importante da obra de Durkheim a judiciosa premissa que ele sustenta sobre a estreita relação entre Direito e moralidade social. Tal premissa merece ser analisada, discutida; e não ignorada. E é o que se busca fazer a seguir.

É curioso, mas outra não parece ser a realidade: ao eleger as normas jurídicas como reflexo concreto, observável e seguro da moralidade social, ou seja, ao elegê-las crendo encontrar nelas um *dado empírico*, Durkheim acaba por *idealizar* o processo de formação político-jurídica dessas mesmas normas, especialmente nas ditas sociedades complexas.

Cogitemos, inicialmente, de uma questão preliminar, que já denota certa *idealização*. Supondo-se, por hipótese, que o Direito reflita fidedignamente a moralidade social, devemos indagar, de qualquer modo, antes do mais, de que “Direito” estamos falando? Do Direito *posto* ou do Direito *aplicado* pelos juízes? A diferença é tão importante que gerou acesa controvérsia nos meios jurídicos do Ocidente durante boa parte do século XX, opondo, de um lado, a corrente do chamado *positivismo jurídico*, que define o Direito a partir da *norma posta* pelo Estado ou pelos costumes, e, de outro, a corrente do chamado *realismo jurídico*, que define o Direito a partir da aplicação dada pelos tribunais às normas positivadas (Bobbio: 2005, p. 58-68).

Durkheim opta claramente pelo Direito posto, e não pelo *aplicado*, ao estabelecer sua clivagem metodológica de acordo com a predominância, numa dada sociedade, de normas jurídicas *repressivas* ou *restitutivas*.

Normas, entretanto, não são o mesmo que *decisões*; e nem sempre as primeiras estão refletidas fielmente nas segundas.

Essa opção metodológica traz, de início, alguns inconvenientes e idealizações. Primeiro, o de preferir, como objeto de análise sociológica, a obra jurídica datada e abstrata de algumas poucas mentes privilegiadas (os projetistas de códigos) à análise da obra diuturna e concreta de magistrados e advogados.¹² Segundo, o de supor uma *representatividade política ideal* da população no Parlamento, como se os parlamentares que

12 É claro que qualquer opção metodológica traria inconvenientes; no entanto, especialmente para a análise das sociedades complexas, onde o intercâmbio e a importação de legislações são uma prática comum, gerando muitas semelhanças no âmbito do Direito posto, pareceria mais aconselhável, para os fins a que se propõe Durkheim, analisar o modo como são *aplicadas* essas mesmas normas jurídicas aos casos concretos, sob pena de se encontrarem mais similitudes do que realmente existem.

votam e deliberam sobre os códigos e as leis a serem promulgados representassem, proporcionalmente, cada um dos eleitores; como se não existissem grupos de pressão; como se não existissem grupos sociais menos numerosos, porém mais influentes, politicamente, que outros.

Mais do que essa questão preliminar, no mérito mesmo da tese durkheimiana há críticas pertinentes providas, ao menos, de dois matizes de orientações absolutamente conflitantes sobre Direito. E, neste caso, vale enfatizar que as críticas complementam-se uma à outra, em vez de se anular.

Por um lado, a relação estreita que o autor estabelece entre Direito e moralidade social faz lembrar, constantemente, a chamada teoria do “mínimo ético”, apresentada e, em geral, criticada já nos mais tradicionais manuais de Introdução ao Direito¹³. Essa teoria postula que as normas jurídicas representam *o mínimo necessário para que a sociedade sobreviva*. Como as regras morais, em geral, são cumpridas de maneira espontânea, a eficácia da sanção às suas transgressões não costuma ser contundente; por isso, quando se trata de preceitos morais mínimos, que garantem a *ordem social*, a “paz social”, é necessário dotá-los da coerção própria das normas jurídicas, obrigando, assim, a todos o seu cumprimento; aí, a moral se transforma em direito. Graficamente, a teoria do mínimo ético costuma ser representada por dois círculos concêntricos; um maior, outro menor; sendo este o campo mais restrito do Direito e aquele, o mais amplo da moral.

Ora, além de muitas normas jurídicas serem *moralmente indiferentes*, como o são as que estipulam prazos processuais, encontram-se também, especialmente nas sociedades que nosso autor denomina de complexas, normas jurídicas *imorais*. Assim, p. ex., atualmente no Brasil parece legítimo afirmar ser *imoral* a norma penal que determina que os apenados que detêm diploma de nível superior fazem jus a cumprir – só por esse fato, e não por uma questão de saúde ou algo do gênero – suas penas em prisões especiais, distintas das prisões comuns, para onde vão os demais (art. 295, VII, do Código de Processo Penal). A um só tempo, essa norma parece romper com o sentimento da *consciência coletiva* e com os elos de *cooperação* analisados por Durkheim, o que infirma, cabalmente, alguns exageros de sua defesa: dizer que é *desejável* que as normas jurídicas reflitam os imperativos morais mais importantes para que não se dissolva a *coesão social* – como o fazem, não sem contestação,

13 Por todos, cf. REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 42-44.

os juristas preocupados com a manutenção da ordem social – é diferente de dizer que elas, de fato, refletem, como faz Durkheim (2004, p. 32-3). Ele confunde, nesse ponto, o *ideal* com o real.

Por outro lado, desde que afastado o equívoco de negar ao Direito qualquer outra função que não a de ser *mero* instrumento de dominação,¹⁴ também da perspectiva marxista se podem retirar críticas pertinentes, e incisivas, ao idealismo acima referido. De fato, há inegavelmente um grande número de normas jurídicas – talvez aquelas que representem o núcleo duro do ordenamento jurídico das sociedades complexas (capitalistas) – que apresenta *fortes elementos de dominação de classe*, como o é a sanção penal exageradamente pesada atribuída aos crimes contra o patrimônio.

*Diante da colocação citada de Miguel Reale (a criminalização da apropriação indébita não atende apenas ao interesse da vítima, e sim ao interesse social), devemos perguntar-nos – sem que isso implique incondicional oposição a alguma tutela penal da propriedade – se a criminalização da apropriação indébita atende igualmente ao interesse de proprietários e de não-proprietários.*¹⁵

Nesse contexto, confrontar a realidade é querer ver, refletida no Direito, em termos genéricos, a moralidade social: em vez de revelar limpidamente qualquer coisa, o que o Direito nos sistemas de produção capitalista oculta, em grande medida, é a *desigualdade social*.¹⁶ Enquanto certas leituras marxistas sobre o Direito pecam por seu excessivo determinismo economicista, em *Da divisão do trabalho social*, Durkheim peca pelo que se poderia chamar de *determinismo moral do Direito*.

Por fim, façamos uma reflexão local sobre a argumentação durkheimiana. Supondo, uma vez mais por hipótese, que o Direito possa espelhar fielmente a moralidade social em certas sociedades, como na sociedade

14 Essa visão, baseada em escritos da juventude de K. Marx, postula um determinismo puro e simples das relações e instituições jurídicas pelas relações econômicas que lhes servem de base, negando à instância jurídica qualquer valor no processo de emancipação da classe trabalhadora. Contra essa perspectiva, remetendo-se a escritos da maturidade de Marx e de F. Engels, cf. MARTINS, Maurício V. "Sobre a lei, o Direito e o ideal: em torno da contribuição de E.P. Thompson aos estudos jurídicos". In: **Sociologia e Direito: explorando as interseções**. Niterói: PPGSD, 2007, p. 39-71.

15 BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, p. 57.

16 Sobre o lugar do Direito na perspectiva marxista, cf. as interessantes discussões suscitadas em MARTINS, Maurício V. *Op. cit.*, bem como o texto clássico sobre o tema: MIALLE, Michel. **Introdução crítica do Direito**. 2ª ed. Lisboa: Estampa, 1994, especialmente p. 75-84 e 86-103.

francesa, ponderemos se essa afirmação é generalizável a todos os ordenamentos jurídicos de tradição romano-germânica, como o é o francês: valeriam as reflexões de Durkheim para todos os ordenamentos baseados na autoridade da lei posta pelo Estado?¹⁷

Certamente, não.

Especialmente em formações sociais recentes e consideradas periféricas ou semiperiféricas, na economia e na política internacional, como ainda o é a brasileira, em que o sentimento de nacionalidade é incipiente, a influência e às vezes até a submissão a padrões estrangeiros de comportamento e de pensamento são uma marca secular. Sérgio Buarque de Holanda, já no primeiro parágrafo de seu livro mais conhecido, sentenciava: “somos ainda hoje uns desterrados em nossa terra” (Holanda: 1995, p. 31). Diferentemente do que ocorre na França, p. ex., que detém uma tradição jurídica própria e arraigada pela população, a tradição jurídica brasileira ainda está por construir, tendo vivenciado durante muitos anos, e esforçando-se para deixar de vivenciar, a pura e simples importação de modelos legislativos estrangeiros e sua aplicação às relações jurídicas locais: importações de Portugal, da França, da Alemanha, da Itália, dos Estados Unidos da América etc.

Um sinal disso, marcado em nossa história, é que, até o ano de 1917, quando passou a vigor o primeiro Código Civil brasileiro, após quase 100 (cem) anos de independência, sendo 28 (vinte e oito) de regime republicano, permaneciam em vigor, para regular as relações civis, as Ordenações Filipinas, publicadas no longínquo ano de 1603, durante a dominação espanhola sobre Portugal. E, curiosamente, quase 50 (cinquenta) anos antes de serem revogadas no Brasil, as Ordenações Filipinas já haviam sido revogadas em Portugal!¹⁸

Ora, será possível defender que nas Ordenações Filipinas de 1603, uma obra de espanhóis e portugueses, estariam retratados os elos de *cooperação*, ou a *consciência coletiva*, da sociedade brasileira do século XIX, cujas relações civis elas regiam? Parece certo que não.

Mas nem mesmo se progredirmos para o Código Civil de 1916, obra de um grande brasileiro, Clóvis Bevilacqua, elogiada por juristas de todo

¹⁷ Sobre a distinção entre a tradição romano-germânica e a anglo-saxônica, baseada na autoridade dos precedentes judiciais, orientados pelos costumes, cf. DAVID, René. **Os grandes sistemas do Direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, especialmente p. 31-171 e 351-508.

¹⁸ Sobre o tema, cf. GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, especialmente p. 1-23.

o mundo, poderíamos imaginar encontrar melhor sorte. De fato, com a pretensão de revogar não só toda a legislação vigente à sua época, como também os usos e costumes, atinentes ao Direito Civil;¹⁹ com nada menos que 1.445 artigos oriundos direta ou indiretamente do Direito Romano (Giordani: 1999, p. XVII), com marcada influência da escola alemã do Direito no século XIX, conhecida como Pandectas (De Cicco: 2006, p. 277-283); e, ao mesmo tempo, com um número considerável de transcrições do Código Napoleão (De Cicco: 2006, p. 275), em vez de refletir qualquer coisa da sociedade brasileira, nosso primeiro Código Civil parecia ter, muito ao contrário, um propósito “civilizatório” e educador para a sociedade brasileira, um propósito de, através de sua *força normativa*, mudar, em certos aspectos, a cultura vigente, aproximando-a dos padrões europeus.

*O Código Civil colocou-se, em conjunto, acima da realidade brasileira, incorporando idéias e aspirações da camada mais ilustrada da população. Distanciando-se dessa realidade, o seu papel seria, em pouco tempo, de grande significação na evolução cultural do país. Primeiramente, porque exerceu notável função educativa.*²⁰

Quantas leis nossas, a começar pela Constituição, não têm seguido o mesmo espírito e propósito? Quantas leis nossas – pensemos naquelas que internalizam tratados internacionais de direitos humanos – não têm sido simplesmente negligenciadas em vez de aplicadas pelos tribunais e pelo Estado brasileiro?

Dizer, nesse contexto comparativo, que, tanto o Estado francês como o Estado brasileiro, seguem a tradição jurídica romano-germânica²¹ não assegura qualquer semelhança entre as suas *sociedades*. A lei lá tem uma representatividade social muito diferente da que tem aqui. E se, por hipótese, as normas jurídicas francesas pudessem representar fielmente a moralidade social de seu povo, como defende Durkheim, no Brasil, salvo melhor juízo, isso definitivamente não ocorre: se não por outros argumentos, ao menos pelo fato de ser incipiente, pouco arraigada pela população e, ainda hoje, importadora de modelos legislativos e interpretativos a nossa tradição jurídica.

19 “Art. 1.807. Ficam revogadas as Ordenações, Alvarás, Leis, Decretos, Resoluções, Usos e Costumes concernentes às matérias de direito civil reguladas neste Código.”

20 GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p. 45.

21 Sobre a tradição romano-germânica e sobre sua expansão além da Europa, cf. DAVID, René. *Op. cit.* p. 33-81.

4 – CONSIDERAÇÕES FINAIS: UMA TESE DATADA?

À moda de um silogismo, poder-se-ia simplesmente concluir: não procede a tese pressuposta de Émile Durkheim segundo a qual o *Direito é um símbolo visível da moralidade social*, no mínimo em relação à formação sócio-jurídica brasileira – lembrando que a tese central propriamente dita, no sentido de que a causa determinante da *coesão social* nas sociedades complexas seria a divisão do trabalho social, não foi diretamente enfrentada por transbordar o recorte deste ensaio.

Mas será só isso? Talvez um leitor pergunte: de que vale chegar àquela conclusão silogística, passados quase cem anos da morte do autor e quase cento e cinquenta da elaboração da tese, defendida na França do último quarto do século XIX? Em resposta, que fiquem para reflexão outras questões: será que não encontramos, atualmente, especialmente no campo jurídico-político, afirmações veementes que vinculam a mera edição de novas leis a “avanços sociais”? será que não haverá, também aí, a precipitação de ver nas normas jurídicas um dado “empírico” do social, notadamente numa sociedade, como a brasileira, onde o hiato entre o Direito posto e o Direito aplicado é enorme? não serão essas generalizações atualizações, ainda que parciais e sob outra roupagem, daquela longínqua tese pressuposta de Durkheim?

São indagações para futuros desdobramentos.❖

A Objetivação do Controle Incidental de Constitucionalidade

Rafael Gomide Martinho

Advogado. Especialista em Direito Público e Privado pela EMERJ. Monitor Acadêmico de Direito Constitucional da EMERJ.

1. INTRODUÇÃO

O controle concreto de constitucionalidade foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição Republicana de 1891¹. Pela influência do direito norte-americano, em face de se ter adotado o paradigma da Constituição de 1787, o Supremo Tribunal Federal foi dotado de competência para julgar recursos em última instância que contestavam a constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo.

No controle concreto de constitucionalidade, a apreciação da constitucionalidade da lei ou ato normativo é submetida ao juízo de forma incidental, no curso de uma lide, conflito de interesses.

Dessa forma, qualquer juiz ou tribunal pode reconhecer a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo quando do julgamento de uma demanda. A apreciação da compatibilidade da lei ou do ato normativo com a Constituição Federal não é a questão principal, mas sim prejudicial para o deslinde da controvérsia trazida à baila pelas partes. O processo nesses casos é subjetivo, pois envolve um interesse veiculado na pretensão da parte autora em face de resistência da parte ré em entregar o bem da vida disputado, ou na exigência da manifestação do poder judiciário para a declaração de um direito que o autor reputa como sendo seu.

Assim, e adotando o entendimento clássico consagrado na doutrina e jurisprudência, tende-se a admitir apenas o efeito *inter partes* das decisões proferidas no controle concreto, já que se trata de um processo

¹ Nesse sentido, a Lei 221 de 1894 explicitou ainda mais o sistema difuso de controle de constitucionalidade, consagrando no seu artigo 13, parágrafo 10, a seguinte cláusula: "Os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição". BRASIL. Lei nº 221 de 30 de novembro de 1894.

subjetivo em que a questão de inconstitucionalidade se apresenta como prejudicial ou preliminar.

Para que a decisão em controle concreto tivesse efeitos gerais e eficácia *erga omnes*, era indispensável a edição de resolução do Senado Federal que suspendesse a aplicação da norma, nos termos do artigo 52, X da CRFB, dispositivo acrescentado pela Constituição de 1934 e repetido pelas demais.

Contudo, doutrinadores como Gilmar Mendes² e Luis Roberto Barroso³ defendem ser dispensável a edição de resolução pelo Senado Federal para conferir efeitos gerais às decisões proferidas pelo STF em controle concreto.

Afirmam os citados doutrinadores que a Constituição Federal de 1988, somada às alterações legislativas, trouxe profundas modificações ao sistema de controle de constitucionalidade, aproximando o controle concreto do controle concentrado. Em razão disso, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concreto de constitucionalidade, passaram a gozar do inevitável efeito *erga omnes*.

Ressalta o professor Gilmar Mendes que⁴:

Se o STF, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é mais a decisão do Senado que confere eficácia ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa força normativa. Parece evidente ser essa a orientação implícita nas diversas decisões judiciais e legislativas acima referidas. Assim, o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, uma vez que não se cuida de decisão substantiva, mas de simples dever de publicação. A não publicação não terá o condão de impedir que a decisão do STF assuma a real eficácia.

2 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

3 BARROSO, Luis Roberto. **O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da Doutrina e Análise Crítica da Jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2008.

4 MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. Cit.* p. 1084.

Em sentido contrário, o saudoso professor Celso Ribeiro Bastos⁵:

O traço diferencial apartador de uma ou outra via de provocação da atividade jurisdicional reside, na verdade, no fato de pela via de exceção pretender apenas o interessado ser subtraído da incidência da norma viciada, ou do ato inconstitucional. É certo que, para desobrigar aquele que invocou o supremo vício jurídico, deverão os juízes dos tribunais a que couber o julgamento do feito pronunciar-se sobre a alegada inconstitucionalidade. Entretanto, essa pronúncia não é feita enquanto manifestação sobre o objeto principal da lide, mas sim sobre questão prévia, indispensável ao julgamento do mérito. Na via de exceção ou defesa, o que é outorgado ao interessado é obter a declaração de inconstitucionalidade somente para efeito de eximi-lo do cumprimento da lei ou ato, produzidos em desacordo com a lei maior. Entretanto, esse ato ou lei permanecem válidos no que se refere a sua força obrigatória com relação a terceiros.

Alterações legislativas inseriram traços característicos do controle abstrato de constitucionalidade no controle concreto, admitindo a concessão de efeitos gerais às decisões proferidas pelo STF.

É o caso, por exemplo, da previsão inserida no artigo art. 557, § 1º-A, CPC, que permite ao relator dar provimento ao recurso quando a decisão recorrida estiver em confronto com a jurisprudência do STF (art. 557, § 1º-A, CPC). Também o parágrafo primeiro do artigo 518 do CPC, inserido pela Lei 11.276/2006, que instituiu a chamada “súmula impeditiva de recurso”, se traduz num eficiente instrumento de vinculação aos precedentes do Supremo Tribunal Federal.

Por força do citado dispositivo, ao fazer o primeiro juízo de admissibilidade no recurso de apelação, o juiz não deve receber o apelo caso a sentença esteja em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

Igualmente, o artigo 481, parágrafo único, do Código de Processo Civil dispõe ser incabível o incidente de inconstitucionalidade suscitado perante os tribunais, quando houver decisão plenária do Supremo Tribunal Federal.

⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

Ainda mais radical foi a criação da súmula vinculante pela Emenda Constitucional n. 45, editada pelo Supremo Tribunal Federal, tendo por base reiteradas decisões proferidas em controle concreto de constitucionalidade.

As súmulas vinculantes têm por objetivo superar controvérsia atual sobre a validade, interpretação e eficácia de determinadas normas capazes de gerar insegurança jurídica e relevante proliferação de processos judiciais. Tais normas poderão ser de natureza federal, estadual ou municipal, tendo por base eventual contradição ao texto Constitucional.

Exige-se, ainda, para edição da súmula vinculante, a preexistência de reiteradas decisões sobre a matéria constitucional, decorrentes, em princípio, de casos concretos, em que a análise de constitucionalidade de determinada norma se dá de forma incidental.

Todas essas inovações legislativas reforçam a teoria de objetivação do controle concreto de constitucionalidade e têm a finalidade maior de evitar o número crescente de demandas idênticas que possuem por objeto entendimento pacificado no STF.

Se não bastasse isso, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reforçou essa tendência legislativa de aproximação das modalidades de controles de constitucionalidade e admitiu que instrumentos próprios do controle concreto extrapolassem os seus limites subjetivos e passassem a ser utilizados com a finalidade maior de assegurar a efetividade das normas constitucionais.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal passou a conferir ao recurso extraordinário instrumento próprio de controle concreto de constitucionalidade, causa de pedir aberta, dispensando em alguns casos a observância do requisito do prequestionamento.

Cita-se o magistério de Fredie Didier e Leonardo José Carneiro da Cunha sobre o tema⁶:

À semelhança do que já acontece no julgamento das ações de controle concentrado de constitucionalidade, a causa de pedir (no caso, a causa de pedir recursal) é aberta, permitindo que o STF decida a questão da constitucionalidade com base em outro fundamento, mesmo que não enfrentado pelo tribunal recorrido. Trata-se de interpretação que confirma o

6 DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil**, v. 3. 5. ed. Bahia: Jus Podivm, 2008, p. 325.

que se vem afirmando sobre a correta exegese do enunciado n. 456 da sumulada jurisprudência dominante do STF.

Isso garante ao STF plena liberdade para analisar a questão de constitucionalidade no plano abstrato, sem estar adstrito às causas elencadas pelas partes, o que comprova que o recurso extraordinário atende de forma eficiente a sua vocação de pacificação da interpretação da norma Constitucional.

Reforçando essa característica de objetivação do recurso extraordinário, afirma Fredie Didier⁷:

O TSE, diante desse julgamento, conferindo-lhe eficácia erga omnes, (nota-se que se trata de um julgamento em recurso extraordinário, controle difuso, pois), editou a resolução n. 21.702/2004, na qual adotou o posicionamento do STF. Essa resolução foi alvo de duas ações diretas de inconstitucionalidade (3.345 e 3.365), relator Ministro Celso de Mello, que foram rejeitadas, sob o argumento de que o TSE, ao expandir a interpretação constitucional definitiva dada pelo STF, guardião da constituição, submeteu-se ao princípio da força normativa da Constituição. Aqui, mais uma vez, aparece o fenômeno ora comentado: uma decisão proferida pelo STF em controle difuso passa a ter eficácia erga omnes, tendo sido a causa da edição de uma resolução do TSE (norma geral) sobre a matéria.

A Ministra Ellen Gracie assim se manifestou ao admitir o recurso extraordinário mesmo sem o cumprimento do requisito do prequestionamento, defendendo a transformação daquele em remédio de controle abstrato de constitucionalidade, com a finalidade maior de conferir efetividade ao posicionamento do STF⁸:

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, em recentes julgamentos, vem dando mostras de que o papel do recurso extraordinário na jurisdição constitucional está em processo de redefinição, de modo a conferir maior efetividade às decisões.

⁷ DIDER JUNIOR, *op. cit.* p. 327 e 328.

⁸ A transcrição do voto proferido pela Ministra Ellen Gracie nos autos do Agravo de Instrumento n. 375.011 se encontra no **Informativo de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**, número 365, disponível no site <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo365.htm>. Acesso em 04/05/2011.

Recordo a discussão que se travou na Medida Cautelar no RE 376.852, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes (Plenário, por maioria, DJ de 27.03.2003).

Naquela ocasião, asseverou Sua Excelência o caráter objetivo que a evolução legislativa vem emprestando ao recurso extraordinário, como medida racionalizadora de efetiva prestação jurisdicional. Registro também importante decisão tomada no RE 298.694, rel. Min. Pertence, por maioria, DJ 23/4/2004, quando o Plenário desta Casa, a par de alterar antiga orientação quanto ao juízo de admissibilidade e de mérito do apelo extremo interposto pela alínea “a” do permissivo constitucional, reconheceu a possibilidade de um recurso extraordinário ser julgado com base em fundamento diverso daquele em que se lastreou a Corte a quo. Esses julgados, segundo entendo, constituem um primeiro passo para a flexibilização do prequestionamento nos processos cujo tema de fundo foi definido pela composição plenária desta Suprema Corte, com o fim de impedir a adoção de soluções diferentes em relação à decisão colegiada. É preciso valorizar a última palavra - em questões de direito - proferida por esta Casa.

Destaco, outrossim, que o RE 251.238 foi provido para se julgar procedente ação direta de inconstitucionalidade da competência originária do Tribunal de Justiça estadual, processo que, como se sabe, tem caráter objetivo, abstrato e efeitos erga omnes. Essa decisão, por força do art. 101 do RISTF, deve ser imediatamente aplicada aos casos análogos submetidos à Turma ou ao Plenário. É essa a orientação firmada pela 1ª Turma desta Casa no RE 323.526, rel. Min. Sepúlveda Pertence, unânime, DJ 31/5/2002, resumido na seguinte ementa: “Declaração, pelo Plenário do STF, no julgamento do RE 251.238-RS (red. para acórdão Nelson Jobim, 7.11.2001, Inf. 249), de inconstitucionalidade do art. 7º e parágrafos da L. 7.428/94, com a redação dada pela L. 7.539/94, do Município de Porto Alegre, que previam o reajuste automático bimestral dos vencimentos dos servidores municipais pela variação do índice de entidade particular (ICV-DIEESE).

Aplicação do art. 101 RISTF, a teor do qual - salvo proposta de revisão por qualquer dos Ministros - a declaração plenária de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei será de logo aplicada aos novos feitos submetidos à Turma ou ao Plenário: recurso extraordinário do Município conhecido e provido.

Outro exemplo dessa tendência é a possibilidade de análise acerca da constitucionalidade de determinado ato normativo no bojo da ação civil pública, que, por se tratar de ação coletiva, terá a inevitável eficácia *erga omnes*.

Nesse sentido, cita-se o julgado da relatoria do Ministro Neri da Silveira, que defende a análise da constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo em sede de ação civil pública, desde que esta não tenha por objeto propriamente dito a questão constitucional⁹:

Na ação civil pública ora em julgamento, dá-se controle de constitucionalidade da Lei nº 8024/1990 por via difusa. Mesmo admitindo que a decisão em exame afasta a incidência de Lei que seria aplicável à hipótese concreta, por ferir direito adquirido e ato jurídico perfeito, certo está que o acórdão respectivo não fica imune ao controle do Supremo Tribunal Federal, desde logo, à vista do art. 102, III, letra b, da Lei Maior, eis que decisão definitiva de Corte local terá reconhecido a inconstitucionalidade de lei federal ao dirimir determinado conflito de interesses. Manifesta-se, dessa maneira, a convivência dos dois sistemas de controle de constitucionalidade: a mesma lei federal ou estadual poderá ter declarada sua invalidade, quer, em abstrato, na via concentrada, originariamente, pelo STF (CF, art. 102, I, a), quer na via difusa, incidenter tantum, ao ensejo do desate de controvérsia, na defesa de direitos subjetivos de partes interessadas, afastando-se sua incidência no caso concreto em julgamento. 8. Nas ações coletivas, não se nega, à evidência, também, a possibilidade da declaração de inconstitucionalidade, incidenter tantum, de lei ou ato normativo federal ou local. 9. A eficácia erga omnes da decisão, na ação civil pública, ut art. 16, da Lei nº 7347/1997, não subtrai o julgado do controle das instâncias

9 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 600-0/SP. Relator: Min. Néri da Silveira. Publicado no DJ de 06.12.2003.

superiores, inclusive do STF. No caso concreto, por exemplo, já se interpôs recurso extraordinário, relativamente ao qual, em situações graves, é viável emprestar-se, ademais, efeito suspensivo. 10. Em reclamação, em que sustentada a usurpação, pela Corte local, de competência do Supremo Tribunal Federal, não cabe, em tese, discutir em torno da eficácia da sentença na ação civil pública (Lei nº 7347/1985, art. 16), o que poderá, entretanto, constituir, eventualmente, tema do recurso extraordinário. 11. Reclamação julgada improcedente, cassando-se a liminar.

É bem verdade que o Supremo Tribunal Federal passou a ter uma roupagem de Corte Constitucional, fenômeno esse que teve início na emenda constitucional n. 18/65 e se acelerou nos últimos anos com as inúmeras alterações legislativas que passaram a conferir efeitos gerais e eficácia *erga omnes* às suas decisões.

Todos esses argumentos embasam a tese de objetivação do controle concreto de constitucionalidade, que torna absolutamente dispensável a edição de resolução suspensiva pelo Senado Federal para que as decisões do STF tenham eficácia *erga omnes*.

Ademais, é inegável a superação da concepção de separação dos poderes existentes à época em que o instituto foi inserido no ordenamento jurídico pátrio, o que, aliado à omissão crônica do Senado Federal em editar a citada resolução, fez com que o artigo 52, X, da Constituição Federal se tornasse letra morta.

O próprio Supremo Tribunal Federal, apoiado nos ensinamentos de grande parte da doutrina¹⁰, tem afirmado que o Senado Federal não está obrigado a editar a resolução suspensiva, o que contribuiu para que o citado instituto caísse em desuso.

Aliás, o STF não comunica o Senado Federal acerca das suas decisões em sede de controle concreto de constitucionalidade desde 1995, concorrendo para a ineficácia do dispositivo.

10 Nesse sentido, afirma Paulo Napoleão Nogueira da Silva: "É de natureza decisória a competência privativa do Senado Federal para suspender a execução de lei ou decreto declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, pela via incidental. Ao Senado Federal compete aplicar os critérios de conveniência e oportunidade em relação à suspensão da execução da lei, além de cercar seu exame de cautelas necessárias para constar a reiteração dos julgados da Alta Corte, no mesmo sentido, prevenindo com essas cautelas uma eventual mudança de entendimento do Tribunal. O Senado, portanto, não está obrigado a suspender a execução de lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal: trata-se de um juízo de conveniência e oportunidade, que lhe foi deferido pelo constituinte". SILVA, Paulo Napoleão Nogueira. **A evolução do controle de constitucionalidade e a competência do Senado Federal**. Revista dos Tribunais, 1992.

Dessa forma, a omissão do Senado Federal em editar a resolução suspensiva, aliada à tese de objetivação do controle concreto de constitucionalidade, fez com que alguns doutrinadores passassem a defender a mutação constitucional do artigo 52, X, da Constituição Federal.

O Ministro Gilmar Mendes vem defendendo a releitura do artigo 52, X, da CRFB, que se prestaria apenas para dar publicidade às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle concreto de constitucionalidade¹¹:

Parece legítimo entender que a fórmula relativa a suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Dessa forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se comunicação ao Senado Federal, para que publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é mais a decisão do Senado Federal que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa força normativa. Parece evidente que essa orientação está implícita nas diversas decisões judiciais e legislativas acima referidas. Assim, o Senado, Federal não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, uma vez que não cuida de decisão substantiva, mas de simples dever de publicação, tal como reconhecido a outros órgãos políticos em alguns sistemas constitucionais.

Esse posicionamento foi novamente defendido pelo Ministro Gilmar Mendes quando do julgamento da Reclamação 4335¹²:

Para apreciar a dimensão constitucional do tema, discorreu sobre o papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade.

Aduziu que, de acordo com a doutrina tradicional, a suspensão da execução pelo Senado do ato declarado inconstitucional pelo STF seria ato político que empresta eficácia erga omnes às decisões definitivas sobre inconstitucionalidade.

11 MENDES, *op. cit.* p. 1085.

12 Notícia veiculada no **Informativo de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**, n. 454, disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo454.htm>. Acesso em 15/11/2009.

de proferidas em caso concreto. Asseverou, no entanto, que a amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de se suspender, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, no contexto da CF/88, concorreram para infirmar a crença na própria justificativa do instituto da suspensão da execução do ato pelo Senado, inspirado numa concepção de separação de poderes que hoje estaria ultrapassada. Ressaltou, ademais, que ao alargar, de forma significativa, o rol de entes e órgãos legitimados a provocar o STF, no processo de controle abstrato de normas, o constituinte restringiu a amplitude do controle difuso de constitucionalidade. Considerou o relator que, em razão disso, bem como da multiplicação de decisões dotadas de eficácia geral e do advento da Lei 9.882/99, alterou-se de forma radical a concepção que dominava sobre a divisão de poderes, tornando comum no sistema a decisão com eficácia geral, que era excepcional sob a EC 16/65 e a CF 67/69. Saliu ser inevitáveis, portanto, as reinterpretações dos institutos vinculados ao controle incidental de inconstitucionalidade, notadamente o da exigência da maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade e o da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal. Reputou ser legítimo entender que, atualmente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado há de ter simples efeito de publicidade, ou seja, se o STF, em sede de controle incidental, declarar, definitivamente, que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação àquela Casa legislativa para que publique a decisão no Diário do Congresso. Concluiu, assim, que as decisões proferidas pelo juízo reclamado desrespeitaram a eficácia erga omnes que deve ser atribuída à decisão do STF no HC 82959/SP. Após, pediu vista o Min. Eros Grau.

Cumprido registrar que o Ministro Joaquim Barbosa, quando do julgamento da citada reclamação, divergiu do voto do Ministro Gilmar Mendes e reafirmou a subsistência do artigo 52, X, da Constituição Federal, defendendo ser prematura a tese de mutação constitucional do citado instituto,

visto que seria necessário um decurso maior de tempo para verificar a ocorrência de tal fenômeno e ainda, o definitivo desuso do dispositivo¹³.

Adotando a tese defendida pelo Ministro Gilmar Mendes e Luis Roberto Barroso, o artigo 52, X, da Constituição Federal persiste apenas por questões históricas, tendo por função precípua, tão somente, conferir publicidade às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle concreto de constitucionalidade, as quais já gozam da inevitável eficácia *erga omnes*.

Seguindo essa orientação, afirma Eros Grau¹⁴:

Daí que a mutação constitucional não se dá simplesmente pelo fato de um intérprete extrair de um mesmo texto norma diversa da produzida por um outro intérprete. Isso se verifica diuturnamente, a cada instante, em razão de ser, a interpretação, uma prudência. Na mutação constitucional há mais. Nela não apenas a norma é outra, mas o próprio enunciado normativo é alterado. O exemplo que no caso se colhe é extremamente rico. Aqui passamos em verdade de um texto [compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal] a outro texto, [compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo STF, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo.

Desta forma, o artigo 52, X, da CRFB, atualmente, presta-se apenas a conferir publicidade às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle concreto de constitucionalidade, que já gozam de efeitos gerais e eficácia *erga omnes*.

CONCLUSÃO

São fortes os argumentos daqueles que defendem ter as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal em controle concreto de constitucionalidade, efeitos gerais e eficácia *erga omnes*.

13 Notícia veiculada no **Informativo de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**, n. 463, disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo463.htm>, acesso em 25/05/2011.

14 GRAU, Eros Roberto *apud* PINHEIRO, Aline. "Braços do Supremo: Controle de constitucionalidade em HC divide STF". Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br/static/text/54835,1>. Acesso em 10.12.2010.

Isso porque, nos últimos anos, diversas modificações legislativas inseriram traços característicos do contrato abstrato de constitucionalidade no controle concreto, que reforçam o caráter geral e a eficácia *erga omnes* das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. É o caso, por exemplo, do artigo 557, parágrafo primeiro, A, do CPC, que dotou o relator do recurso de poderes para dar provimento de forma monocrática ao apelo, desde que esse esteja de acordo com a jurisprudência dominante do STF.

Outra importante alteração legislativa que reforça a tese de objetivação dos efeitos das decisões proferida pelo STF em controle concreto de constitucionalidade é a instituição da súmula vinculante prevista no artigo 103-A da Constituição Federal, que poderá ser editada após reiteradas decisões do STF sobre a questão constitucional, todas proferidas em sede de controle concreto de constitucionalidade.

Além disso, o próprio STF caminha a passos largos no sentido da convergência do controle concreto com o controle concentrado de constitucionalidade. Isso é rotineiramente observado no julgamento de recursos extraordinários, que passaram a ter causa de pedir aberta, permitindo que a Corte Suprema decida a questão constitucional com base em outro fundamento que sequer foi analisado pelas instâncias ordinárias.

Isso comprova que o recurso extraordinário vem se entregando a sua função maior de uniformização da interpretação da norma constitucional ao conferir ao STF plena liberdade para enfrentar a questão constitucional sem estar adstrito às causas elencadas pelas partes litigantes.

Ademais, é inegável que o Supremo Tribunal Federal vem se despidendo da sua função de Corte de revisão e assumindo uma roupagem de Corte Constitucional, fenômeno esse que se acelerou nos últimos anos com as inúmeras alterações legislativas que passaram a conferir eficácia *erga omnes* às suas decisões.

Nesse contexto, observa-se que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade acabam por ter inevitável eficácia, que transcende o âmbito da causa subjetiva analisada, o que torna dispensável a edição de resolução suspensiva pelo senado federal.

Por outro lado, resta superada a concepção de estrita separação dos poderes, existente à época em que o instituto foi inserido no ordenamento jurídico pátrio, sendo certo que atualmente a própria Constituição Federal consagra hipóteses em que se atribui eficácia *erga omnes* e

efeitos vinculantes às decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade.

Essa discussão apresenta grande relevância não só para o universo jurídico, mas principalmente para a sociedade brasileira, visto que, ao conferir eficácia *erga omnes* às decisões proferidas pelo STF em controle concreto de constitucionalidade, assegura-se maior efetividade às normas constitucionais e segurança jurídica às decisões do Supremo Tribunal Federal, além de evitar o ajuizamento de milhares de demandas idênticas e repetitivas, que têm por objeto entendimento já consagrado na Suprema Corte.

Portanto, todos esses argumentos reforçam a tese de objetivação do controle concreto de constitucionalidade, sendo, portanto, dispensável a edição de resolução suspensiva pelo Senado Federal para conferir efeitos gerais às decisões proferidas pelo STF. ❖

O Parcelamento de Débitos no Processo de Execução Extrajudicial na Fase de Cumprimento de Sentença – Os Artigos 745-A e 475-R do Código de Processo Civil

Ricardo Alberto Pereira

Juiz de Direito do TJRJ. Professor da EMERJ, ESAJ e UNESA.

Já desde 2006 a legislação processual pátria trouxe-nos a Lei 11.382/2006, a qual acresceu ao Código de Processo Civil o artigo 745-A, permitindo então que, *in verbis*, “...No prazo para embargos, reconhecendo o crédito do exequente e comprovando o depósito de 30% (trinta por cento) do valor em execução, inclusive custas e honorários de advogado, poderá o executado requerer seja admitido a pagar o restante em até 6 (seis) parcelas mensais, acrescidas de correção monetária e juros de 1% (um por cento) ao mês.”

Iniciou-se então um debate sobre a possibilidade da aplicabilidade dessa norma prevista no processo de execução extrajudicial na fase de execução judicial, ora legalmente denominada de cumprimento de sentença.

Isso porque há regra expressa do artigo 475-R do CPC que assim determina: *Aplicam-se subsidiariamente ao cumprimento da sentença, no que couber, as normas que regem o processo de execução de título extrajudicial.*

Daí a existência de discussões jurisprudências que ainda tratam da aplicação, ou não, do referido parcelamento judicial na fase de cumprimento de sentença¹.

¹ À título de ilustração, observem-se os seguintes acórdãos, cujas ementas, por trechos, ora se transcrevem: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE, EM SEDE DE AÇÃO INDENIZATÓRIA EM FASE DE CUM-

Esse é, pois, o tema que se pretende discutir de forma resumida. A aplicabilidade, ou não, do chamado parcelamento judicial executivo, legalmente previsto no CPC para o processo de execução por título extrajudicial.

A jurisprudência local, assim como a doutrina, também diverge a tal respeito² e por isso mesmo alguns afirmam inclusive que “...*Consoante já visto, o art. 745-A confere ao executado, preenchidos os pressupostos, o direito potestativo ao parcelamento da dívida na execução fundada em título extrajudicial. Neste momento, interessa observar uma questão bastante complicada: aplica-se o art. 745-A ao procedimento de cumprimento da sentença (arts. 475-J e segs.), já que está previsto no CPC na parte*

PRIMTO DE SENTENÇA, DETERMINA A INTIMAÇÃO DA AGRAVANTE PARA PAGAMENTO DE QUANTIA RELATIVA À MULTA DO ART. 475-J DO CPC SOBRE 70% (SETENTA POR CENTO) DO VALOR EXECUTADO. PARCELAMENTO DO DÉBITO. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO ART. 745-A DO CPC À EXECUÇÃO FUNDADA EM TÍTULO JUDICIAL (ART. 475-R DO CPC). PRECEDENTES DO TJERJ. PROVIMENTO DO RECURSO. -Embora o art. 745-A do Código de Processo Civil esteja no capítulo que cuida dos embargos à execução, portanto, dentro da sistemática da execução por título extrajudicial, sua aplicação à execução fundada em título judicial é possível, com base no disposto no art. 475-R do mesmo Código, que autoriza a aplicação subsidiária ao cumprimento de sentença das normas que regem o processo de execução de título judicial. Esta medida encontra respaldo tanto nos princípios da efetividade e celeridade, que inspiraram as recentes reformas do citado Código, como no princípio da menor onerosidade, há muito contemplado nos artigos 620 e 716 da Lei Adjetiva, que preconiza que a execução, sempre que possível, se faça do modo menos oneroso para o devedor. -O parcelamento constitui um direito subjetivo do executado, impondo-se o seu deferimento, mesmo diante de oposição do credor, na hipótese de o devedor preencher os requisitos legais. ... Provimento do recurso para o fim de reformar a decisão agravada, afastar a incidência da multa do art. 475-J e declarar extinta a execução, com base no art. 794, I, ambos do Código de Processo Civil, tendo em vista a quitação da dívida e o levantamento dos valores depositados pelo credor.” (TJERJ – 9ª Câmara Cível – Agravo de Instrumento 2009.002.13546 – Rel. Des. Carlos Santos de Oliveira)

“AGRAVO INOMINADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO LIMINAR AO RECURSO. PARCELAMENTO DA DÍVIDA. TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL. NÃO CABIMENTO. A Lei 11.232/2005 teve como principal finalidade trazer celeridade processual, afastando expedientes processuais meramente protelatórios à satisfação do direito material do credor. Descabe a aplicação subsidiária do artigo 745-A do Código de Processo Civil, na forma disposta do artigo 475 R da mesma lei, pois o pagamento do título judicial não comporta qualquer parcelamento que seja contrário à vontade do credor. Conhecimento e desprovimento do agravo inominado” (TJERJ – 18ª Câmara Cível – Agravo de Instrumento 2008.002.12571 – Rel. Des. Rogério de Oliveira Souza)

2 Nessa discussão doutrinária, observe-se os seguintes posicionamentos sobre o posicionamento da aplicação subsidiária do art. 745-A do CPC na fase de cumprimento de sentença: “É irrecusável a aplicação do art. 745-A também para os casos de execuções fundadas em título judicial (art. 475-N). Trata-se de decorrência natural do art. 475-R. Contra este entendimento, poderia ser objetado, como faz, por exemplo, Humberto Theodoro Junior (**A reforma da execução do título extrajudicial**, p. 217), que ‘não teria sentido beneficiar o devedor condenado por sentença judicial com novo prazo de espera, quando já se valeu de todas as possibilidades de discussão, recursos e delongas do processo de conhecimento. Seria um novo e pesado ônus para o credor, que teve de percorrer a longa e penosa via crucis do processo condenatória, ter ainda de suportar mais seis meses para tomar as medidas judiciais executivas contra o devedor renitente. Com as devidas vênias ao prestigiado processualista, têm cabimento, aqui, as mesmas considerações apresentadas pelo n. 1 supra: o art. 745-A está a regular, em última análise, a incidência do ‘princípio da menor gravosidade da execução ao executado’ e, por isto, a regra deve ser aplicada também para estes casos, nada havendo na natureza do título executivo judicial que afaste, por si só, a sua incidência. De mais a mais, o tempo necessário par a prática dos atos executivos, tenham eles fundamento em título executivo judicial ou extrajudicial, pode variar pelos mais diversos motivos, o principal deles o grau de solvabilidade do próprio executado e, por isso mesmo, a alternativa criada pelo art. 745-A pode se mostra satisfatória para o exequiente.” BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva**, v. 3, São Paulo: Ed. Saraiva, 2008, p. 551/552.

dedicada aos embargos á execução de título extrajudicial? ... A questão é polêmica, realmente. Há argumentos bons em ambos os lados. O tema exige maior reflexão”³

Mas, adentrando no tema, sustenta-se desde logo que não basta a simples invocação do artigo 475-R do CPC para importar de forma literal a norma do artigo 745-A do CPC.

Na clássica lição de Sampaio Ferraz *“É hoje um postulado universal da ciência jurídica a tese de que não há norma sem interpretação, ou seja, toda norma, pelo simples fato de ser posta, é passível de interpretação”⁴*

E, se nosso objetivo é a interpretação legal, nunca será demais revisar essa questão à luz do eterno mestre Reale, o qual afirma com precisão o seguinte:

Interpretar uma lei importa, previamente, em compreendê-la na plenitude de seus fins sociais, a fim de poder-se, desse modo, determinar o sentido de cada um de seus dispositivos. Somente assim ela é aplicável a todos os casos que correspondam aqueles objetivos.

...

Nada mais errôneo do que, tão logo promulgada uma lei, pinçarmos um de seus artigos para aplicá-los isoladamente, sem nos darmos conta de seu papel ou função social no contexto do diploma legislativo. Seria tão precipitado e ingênuo como dissertarmos sobre uma lei, sem estudo de seus preceitos, baseando-nos apenas em sua ementa...

Estas considerações iniciais visam pôr em realce os seguintes pontos essenciais do que denominamos hermenêutica estrutural:

a) toda interpretação jurídica é de natureza teleológica (finalística) fundada na consciência axiológica (valorativa) do Direito;

b) toda interpretação jurídica dá-se numa estrutura de significações, e não de forma isolada;

3 DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: execução**, v. 5. Bahia: Ed. Jus Podivm, 2009, p. 387/389.

4 FERRAZ Jr, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Ed. Atlas, 2007, p. 265/266.

*c) cada preceito significa algo situado no todo do ordenamento jurídico.*⁵

Não há pois como se apartar, num sério exame, da forma de interpretação teleológica como meio de sistematização de uma norma legal.

Nesse sentido, tentemos entender qual foi a intenção do legislador ao trazer ao ordenamento jurídico a regra do art. 745-A do CPC, que foi positivada nos termos da Lei 11.382/2006.

Sem dúvida que o fanal perseguido teve fincas nos ideais principiológicos da celeridade processual e da efetiva satisfação do credor, instrumentos esses que sirvam efetivamente para incentivar o devedor ao pagamento da dívida.

A norma legal impõe, porém, o reconhecimento implícito da dívida, ou seja, segundo a regra do art. 745-A do CPC, o benefício legal só pode ser invocado *“no prazo para embargos”*, e isso se o executado estiver *“reconhecendo o crédito do exequente”*, estipulando ainda que esse devedor deve comprovar o depósito de 30% da dívida.

O Superior Tribunal de Justiça assim também entendeu ao afirmar o seguinte:

“Conforme entendimento jurisprudencial pátrio, o parcelamento do débito em execução de que trata o art. 745-A do CPC não se aplica à fase de cumprimento de sentença, uma vez que se mostra incompatível com o disposto no art. 475-J, caput, do CPC.” (STJ; REsp 1.127.978; Rel. Min. Vasco Della Giustina)

“Sem prejuízo, observo que um dos requisitos da concessão do parcelamento judicial, na forma em que instituído pela Lei 11.382/2006, é o reconhecimento do crédito do exequente, de modo que, mantido ou revogado o parcelamento, a confissão subsiste e gera o efeito de preclusão lógica para a tentativa posterior de se rediscutir o débito confessado.” (STJ; MC 013989; Rel. Min. Herman Benjamin)

Logo, não caberá esse beneplácito legal se houver defesa espontânea do devedor.

⁵ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002, p. 289/291.

Mas o que dizer então do devedor que busca se valer desse benefício legal na fase de cumprimento de sentença, após ter resistido à fase cognitiva e não ter cumprido voluntariamente a condenação jurisdicional que lhe foi imposta?

A resposta há de ser negativa. É fato incontroverso que neste caso, o de cumprimento de sentença, já houve o exaurimento de toda a fase cognitiva do feito e, ainda assim, não houve o pagamento espontâneo do devedor, pois se tal tivesse ocorrido obviamente não se estaria manejando a fase executória mencionada.

Alegar que a aplicação subsidiária tornará mais ágil o cumprimento de sentença é beneficiar ainda mais o devedor que, mesmo já tendo um acerto judicial cognitivo em seu desfavor, continua a se insurgir injustificadamente contra o direito do credor em receber seu crédito.

Se a tese abraçada pelo art. 745-A do CPC foi exatamente a do reconhecimento implícito da dívida, como então se aplicar essa norma num processo em que já houve a possibilidade do exercício do direito de defesa e o manejo de uma atividade executória pela inércia do devedor ao cumprimento de sua obrigação?

O executado, neste caso *sub examem*, já pode exercer o direito de defesa e mesmo assim continua a não reconhecer o direito do seu credor, pois não pagou a dívida após o trânsito em julgado. Incabível então o favor legal.

A argumentação de que a aplicação subsidiária importaria em maior celeridade na fase executória não deve seduzir o aplicador do direito, pois se estaria apenas olhando para uma parte do processo, a do cumprimento de sentença, sem olhar para todo o processo, ignorando o histórico da demanda.

Não há como se escusar de enxergar os fatos pretéritos daquele feito. Esse olhar parcial seria uma verdadeira midríase jurídica.

Há, ainda, outro importante argumento. A regra do art. 745-A do CPC importa em exceção da regra civil de que o credor não pode ser obrigado a receber o seu crédito fora do tempo, forma e lugar que lhe impõe a lei ou o contrato, tal como se depreende do art. 314 do CC, o qual assevera que *“...Ainda que a obrigação tenha por objeto prestação divisível, não pode o credor ser obrigado a receber, nem o devedor a pagar, por partes, se assim não se ajustou”*.

Por isso mesmo, relembra-nos Tepedino que “...A lei consagra a indivisibilidade do objeto do pagamento, ainda que, por natureza, seja a prestação divisível. Por esta razão, a divisibilidade ou indivisibilidade da prestação só interessa se houver pluralidade de credores ou devedores, quando cada devedor só responde por uma parte e cada credor tem direito a uma parte se a prestação for divisível. Havendo apenas um credor e um devedor, não importa verificar se a prestação é ou não divisível, pois, ainda que o seja, deverá ser cumprida integralmente.”⁶.

E, se assim o é, a regra do art. 745-A deve ser interpretada de forma restritiva, pois a regra de exceção não comporta interpretação extensiva. A tal respeito a jurisprudência pátria vem afirmando, em lapidar acórdão, o seguinte:

“3. As prerrogativas processuais, exatamente porque se constituem em regras de exceção, são interpretadas restritivamente.

*4. “O Código Civil explicitamente consolidou o preceito clássico -‘Exceptiones sunt strictissimae interpretationis’ (‘interpretam-se as exceções estritissimamente’, no art. 6º da antiga Introdução, assim concebido: “A lei que abre exceção a regras gerais, ou restringe direitos, só abrange os casos que especifica” (...)) As disposições excepcionais são estabelecidas por motivos ou considerações particulares, contra outras normas jurídicas, ou contra o Direito comum; por isso não se estendem além dos casos e tempos que designam expressamente. Os contemporâneos preferem encontrar o fundamento desse preceito no fato de se acharem preponderantemente do lado do princípio geral as forças sociais que influem na aplicação de toda regra positiva, como sejam os fatores sociológicos, a Werturteil dos tedesos, e outras. (...)” (Carlos Maximiliano, in **Hermenêutica e Aplicação do Direito**, Forense, p. 184/193).*

5. Aliás, a jurisprudência do E. STJ, encontra-se em sintonia com o entendimento de que as normas legais que instituem regras de exceção não admitem interpretação extensiva. (REsp 806027/PE; Rel. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, DJ de

⁶ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2004, p. 606.

09.05.2006; REsp 728753 / RJ, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ de 20.03.2006; REsp 734450 / RJ, deste relator, DJ de 13.02.2006; REsp 644733 / SC ; Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, Rel. p/ acórdão, este relator, DJ de 28.11.2005)”.

Portanto, sendo regra de exceção, a aplicação do art. 745-A há de ser restrita aos casos de processo de execução autônoma e não aos casos de cumprimento de sentença, pois se estaria então impondo-se uma interpretação extensiva onde o intérprete realizou norma de exceção.

Tal foi a razão pela qual o Colendo Superior Tribunal de Justiça afirmou, em decisão monocrática, da lavra do Ministro Aldir Passarinho, o seguinte:

Ademais, não vislumbro qualquer ofensa aos arts. 475-R e 745-A do Codex Processual, porquanto o Tribunal estadual, ao entender não ser possível o parcelamento do título judicial contra a vontade do credor, aplicou corretamente o direito. (STJ; Ag 1123420; Rel. Min. Aldir Passarinho Junior)

Outro motivo para se rechaçar essa aplicação subsidiária advém da natureza da defesa do devedor em cada caso e sua peculiaridade.

Na execução por título extrajudicial, a defesa que se substitui pelo pagamento da moratória são os embargos, os quais são realizados independentemente de penhora. Já na fase de cumprimento de sentença, a impugnação somente pode advir quando a execução judicial já tiver sido garantida por penhora. (art. 475-J, § 1º, CPC).

Assim, se já há a constrição judicial da penhora, pode vir a ser contraproducente o parcelamento, pois já existe efetiva garantia jurisdicional incidindo contra o patrimônio do devedor que, em tese, garantirá ao credor o recebimento integral da quantia pretendida e já reconhecida, não se podendo olvidar que tal impugnação não tem, em regra, efeito suspensivo sobre a execução.

Já na execução extrajudicial, os embargos podem ser opostos sem que haja a garantia do juízo, ainda que também sem efeito suspensivo.

Esse discrimen é crucial, pois indica que o benefício da moratória, ou melhor, do parcelamento judicial da dívida, só teria sentido quando ainda não se tem a garantia de um bem do devedor sofrendo a constrição

em favor do credor, ocasião em que se poderia discutir que há interesse em favor do credor que ainda não dispõe de nenhuma garantia.

É nesse contexto que impõe-se então relembrar que, ao lado do princípio da menor onerosidade, há que se equilibrar a balança executiva com o princípio da efetiva satisfação do credor.

Gize-se que “...Da cláusula geral do ‘devido processo legal’ podem ser extraídos todos os princípios que regem o direito processual. É dela, por exemplo, que se extrai o princípio da efetividade: os direitos devem ser, além de reconhecidos, efetivados. Processo devido é processo efetivo. O princípio da efetividade garante o direito fundamental à tutela executiva, que consiste ‘na exigência de um sistema completo de tutela executiva, no qual existam meios executivos capazes de proporcionar pronta e integral satisfação a qualquer direito merecedor de tutela executiva’”.

Logo, a efetividade reclama a garantia judicial concreta, ou seja, a constrição da penhora. Como essa ainda não existe na fase inicial da execução extrajudicial é louvável a inovação legislativa do parcelamento compulsório, desde que haja a renúncia ao direito de defesa.

Mas, na execução judicial, a defesa do executado na fase de cumprimento de sentença necessita de garantia judicial justamente para não permitir que o devedor continue a postergar o pagamento e violar o direito fundamental da efetividade da tutela executiva.

Portanto, torna-se desnecessária e violadora do direito fundamental da efetiva execução a norma do parcelamento judicial compulsório na fase de cumprimento da sentença, quando o devedor já usou de todos os meios de defesa na fase cognitiva e, já estando em fase executória, dispõe o credor de garantia judicial que possa garantir-lhe o direito ao recebimento do que lhe é devido.

Obviamente que poderá haver o parcelamento da dívida, se assim concordar o credor. Mas essa hipótese em nada se amolda aos ditames do tema que ora se analisa, pois esse será o caso de processo findo ou suspenso, por conciliação ou transação, cuja consensualidade é elemento essencial, e não por imposição legal, o que difere do art. 745-A do CPC, que é uma norma de direito potestativo do devedor, prescindindo, portanto da aquiescência do credor.

7 DIDIER Jr, Fredie *et al.* Ob. cit. p. 47.

Por fim, vale ressaltar que na redação original do projeto de Lei do Senado Federal nº. 166/2010, que cuida da reforma do Código de Processo Civil, a matéria continuou idêntica em seu conteúdo, deixando o legislador pátrio de resolver tal questão, o que, portanto, continuará a ser alvo de debate jurisdicional, até que seja pacificado pela jurisprudência.

Essas são razões, então, que justificam a impossibilidade de se aplicar de forma extensiva a regra do art. 745-A do CPC na fase do cumprimento de sentença. ❖

A Nova Empresa Individual de Responsabilidade Limitada: Memórias Póstumas do Empresário Individual

Thiago Ferreira Cardoso Neves

*Advogado. Professor de Direito Empresarial da EMERJ.
Pós-graduado em Direito Público e Privado pela EMERJ.*

1. INTRODUÇÃO

A atividade empresarial é o principal fator impulsionador da economia, mas, a exploração de uma atividade econômica organizada sempre envolve riscos, seja para os sócios de uma sociedade empresária, seja para o empresário individual.

Esse último, entretanto, é o que mais está exposto, uma vez que responde com todas as forças de seu patrimônio pessoal perante os credores vinculados ao exercício da sua atividade.

Ao redor do mundo, diversos países já adotaram formas societárias visando a limitar essa álea, editando leis que admitem a constituição de sociedades empresárias unipessoais de responsabilidade limitada.

No Brasil, nunca se admitiu a constituição de pessoa jurídica exploradora de atividade econômica cujas pessoas, naturais ou jurídicas, que a constituem tivessem limitação de sua responsabilidade.

Essa realidade sempre deu margem a fraudes, como a ocultação de patrimônio pelo empresário individual, por exemplo, com a aquisição de bens em nome de terceiros, ou a constituição de uma sociedade empresária fictícia com um sócio majoritário e os demais ostentando uma participação societária irrisória.

O legislador, então, atento a essas questões sociais, editou a Lei nº 12.441/2011, promovendo relevante modificação legislativa com a

criação da empresa individual de responsabilidade limitada – EIRELI, visando, assim, a estimular a exploração da empresa e diminuir práticas fraudulentas. E é essa nova figura jurídica que passaremos a estudar.

2. A LEI Nº 12.441/2011

A Lei nº 12.441/2011 teve inspiração alienígena, ou seja, foi inspirada em legislações vigentes em outros países que admitem a instituição de uma sociedade empresária, de responsabilidade limitada, constituída por uma só pessoa.

A primeira legislação a admiti-la foi a *GmbH-Novelle*, legislação alemã de 1980 que alterou a Lei de 1892, que instituiu a figura das sociedades limitadas, reformando a legislação anterior que tratava das sociedades anônimas.

Posteriormente à lei alemã de 1980, a França também passou a admitir a constituição de sociedade limitada *por uma ou várias pessoas*. O Decreto-lei nº 85-697, então, alterou o art. 34 da lei francesa sobre sociedades comerciais, para dar origem ao instituto do *enterprise unipersonnelle à responsabilité limitée*, isto é, a empresa unipessoal de responsabilidade limitada.

A fim de adaptar sua legislação às diretrizes da Comunidade Econômica Européia – CEE –, especialmente a Décima Segunda Diretriz, de 1989, a Itália editou o Decreto-lei nº 88/93 para criar a *società a responsabilità limitata com um solo sócio*, modificando, assim, diversos dispositivos de seu Código Civil.

No ano de 1995, também para atender às novas diretrizes da CEE, a Espanha editou a Lei nº 02/1995 para modificar sua legislação sobre sociedades limitadas, a fim de admitir a unipessoalidade, originária e derivada, de sociedade limitada.

Portugal é um caso à parte, pois o país luso editou, ainda em 1986, o Decreto-lei nº 248/86 para criar o *estabelecimento individual de responsabilidade limitada*. Para fazê-lo, os lusitanos subjetivaram o estabelecimento comercial que é, tecnicamente, uma universalidade de fato, ou seja, um conjunto de bens reunidos pelo empresário para o exercício da sua atividade econômica organizada. Assim, para o direito português, esse estabelecimento é um sujeito de direitos.

Na América do Sul, Paraguai, Peru e Chile já possuem a figura da empresa individual de responsabilidade limitada.

A Lei nº 12.441/2011, então, veio se adaptar a essa nova realidade mundial de admissão do exercício da atividade empresarial por uma pessoa jurídica constituída por uma única pessoa, cuja responsabilidade é limitada.

A lei brasileira, entretanto, não pode ser aplicada imediatamente. Isso porque seu art. 3º prevê uma *vacatio legis* de 180 dias.

Levando-se em consideração que a lei pátria foi publicada no dia 12 de julho de 2011, entrará ela em vigor no dia 08 de janeiro de 2012, isso porque a contagem do prazo se dá em dias, e deve ser feita na forma do art. 8º, § 1º da Lei Complementar nº 95/98, ou seja, inclui-se a data da publicação e do último dia do prazo, entrando em vigor no dia subsequente à sua consumação integral.

A Lei nº 12.441/2011 promoveu acréscimos e alterações de dispositivos do Código Civil.

Primeiramente, incluiu no rol de pessoas jurídicas do art. 44 do *Digesto* pátrio o inciso VI, passando o dispositivo em comento a dispor que: *art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado: [...] VI – as empresas individuais de responsabilidade limitada.*

Incluiu, ainda, o Título I-A, no Livro II da Parte Especial do Código Civil, sob o *nomen iuris* Da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, que é composto unicamente pelo art. 980-A e seus parágrafos.

Por fim, e talvez a alteração que demande um exame mais acurado neste momento, modificou o parágrafo único do art. 1.033 do Código Civil, que havia sido acrescentado pela Lei Complementar nº 128/2008.

O precitado dispositivo trata das hipóteses de dissolução das sociedades. Uma das hipóteses é a prevista no inciso IV, que dispõe que é causa de dissolução da sociedade a falta de pluralidade de sócios, não reconstituída no prazo de 180 dias.

A Lei Complementar nº 128/2008 acrescentou o parágrafo único ao dispositivo em exame, para dispor que não se aplica o disposto no inciso IV – ou seja, não haverá a dissolução da sociedade pela falta de pluralidade de sócios – caso o sócio remanescente requeira no Registro Público de Empresas Mercantis a transformação do registro da sociedade para empresário individual, observado, no que couber, o disposto no arts. 1.113 a 1.115 do Código Civil.

Ocorre que a Lei nº 12.441/2011 alterou a redação desse parágrafo único, acrescido pela Lei Complementar nº 128/2008, e passou a dispor que não se aplica o disposto no inciso IV caso o sócio remanescente requeira, no RPEM, a transformação do registro da sociedade para empresário individual *ou para empresa individual de responsabilidade limitada*, observado, no que couber, o disposto nos arts. 1.113 a 1.115 do Código Civil.

A dúvida que exsurge é se a Lei nº 12.441/2011, que é uma lei ordinária, poderia alterar dispositivo que foi acrescentado por lei complementar. Seria, pois, válida essa alteração?

Para isso, há que se enfrentar a questão acerca da existência, ou não, de hierarquia entre lei complementar e lei ordinária.

Na doutrina a questão é controvertida. Para parcela da doutrina, a lei complementar é hierarquicamente superior à lei ordinária e hierarquicamente inferior à Constituição e suas emendas, consistindo em um *tertium genus* – isto é, um terceiro tipo – interposto entre essas espécies de atos normativos¹.

Segundo esse entendimento, a lei ordinária está sujeita à lei complementar, e se a contrariar será inválida, como leciona o professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ao afirmar que “a lei ordinária, o decreto-lei, e a lei delegada estão sujeitos à lei complementar. Em consequência disso não prevalecem contra ela, sendo inválidas as normas que a contradisserem”².

Há, no entanto, posição, a qual nos filiamos, no sentido de que não há hierarquia entre lei complementar e lei ordinária, mas sim matérias reservadas constitucionalmente à lei complementar como, por exemplo, o estabelecimento de normas gerais em matéria de legislação tributária, a teor do art. 146, III, da Constituição Federal³.

Segundo esse entendimento, lei ordinária que trate de matéria reservada à lei complementar será tida por inconstitucional. No entanto, lei complementar editada sem exigência constitucional para tal, será considerada como lei complementar apenas na sua forma, mas o seu conteúdo será de lei ordinária. Então, nesse último caso, a lei será formalmente complementar, mas materialmente ordinária.

1 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do Processo Legislativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 248.

2 *Ibidem*. P. 249.

3 MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Atlas. 2010, p. 183.

Tal entendimento, inclusive, é o que prevalece na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁴.

Então, a solução sobre a validade, ou não, da Lei nº 12.441/2011, na parte em que alterou o parágrafo único do art. 1.033 do Código Civil, dependerá do entendimento que se adotar.

Caso se entenda que há hierarquia entre lei complementar e lei ordinária, em que a primeira é hierarquicamente superior à segunda, independentemente da matéria reclamada constitucionalmente, a Lei nº 12.441/2011, nessa parte, será inválida.

Ao contrário, caso se adote o entendimento, que mais uma vez salientamos que é aquele por nós adotado, de que não há hierarquia entre essas espécies normativas, a Lei Complementar nº 128/2008, ao incluir o parágrafo único do art. 1.033 do Código Civil, é materialmente ordinária, sendo apenas complementar em sua forma.

Assim, não há invalidade da Lei nº 12.441/2011 pelo fato de ter alterado o parágrafo único do art. 1.033 do Código Civil, haja vista que ela modificou uma lei que é materialmente ordinária.

3. FIGURAS DE PARÂMETRO

Antes de examinarmos, propriamente, a nova figura da empresa individual de responsabilidade limitada – EIRELI –, é preciso fazer uma breve digressão acerca de duas figuras, já existentes em nosso ordenamento, que em muito se assemelham ao novo instituto, a fim de que possamos, com maior clareza, identificarmos as peculiaridades e diferenças desse último.

A primeira delas é a do empresário individual. O empresário individual é a pessoa natural que exerce a atividade empresarial com o seu patrimônio pessoal. Exerce ele a empresa sob uma firma, ou seja, seu *nome empresarial* é uma firma, constituída a partir de seu nome pessoal, completo ou abreviado, podendo ser acrescida de designação mais precisa de sua pessoa ou do gênero de sua atividade.

4 EMENTA: *Contribuição social sobre o faturamento - COFINS (CF, art. 195, I). 2. Revogação pelo art. 56 da Lei 9.430/96 da isenção concedida às sociedades civis de profissão regulamentada pelo art. 6º, II, da Lei Complementar 70/91. Legitimidade. 3. Inexistência de relação hierárquica entre lei ordinária e lei complementar. Questão exclusivamente constitucional, relacionada à distribuição material entre as espécies legais. Precedentes. 4. A LC 70/91 é apenas formalmente complementar, mas materialmente ordinária, com relação aos dispositivos concernentes à contribuição social por ela instituída. ADC 1, Rel. Moreira Alves, RTJ 156/721. 5. Recurso extraordinário conhecido mas negado provimento. RE 377457 / PR. Tribunal Pleno. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgamento: 17/09/2008.*

O empresário individual, no exercício da sua atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços, possui responsabilidade ilimitada, ou seja, responde ele diretamente com seu patrimônio pessoal pelas obrigações contraídas no exercício da empresa.

Assim, quando é exercida a atividade empresarial pela pessoa natural, não se aplica a teoria da personalidade jurídica, ou seja, a empresa, por ser uma atividade e não uma pessoa jurídica, não possui personalidade jurídica própria, distinta da pessoa do empresário, razão pela qual não existe separação patrimonial.

Então, não há que se falar, na hipótese do empresário individual, na existência de dois patrimônios: um geral, da pessoa natural, e um outro separado, afetado ao exercício da atividade econômica organizada. E isso se deve ao fato de que o empresário individual exerce a empresa em seu próprio nome.

Mas, mesmo diante desse exercício da atividade em nome próprio, nada obstará a separação patrimonial.

Classicamente, o patrimônio se submete a três princípios: cada pessoa tem necessariamente um patrimônio; esse patrimônio é único, ou seja, cada pessoa só pode ter esse patrimônio; e o patrimônio é inseparável da pessoa.

Hodiernamente, no entanto, essa concepção clássica não pode subsistir. Segundo lição da emérita professora Milena Donato, a relação entre personalidade e patrimônio constitui somente a de titularidade. Isso significa que “uma pessoa, por ser dotada de subjetividade, tem aptidão para adquirir situações jurídicas ativas valoráveis em dinheiro e, em consequência, para ter patrimônio⁵”.

No entanto, prossegue a autora afirmando que:

[...] tal não autoriza a transportar ao patrimônio a disciplina jurídica pertinente à subjetividade, como se aquele fosse emanção desta. A personalidade constitui o pressuposto para a titularidade de um patrimônio, como o é para a aquisição de direitos e deveres em geral, mas não guarda vínculo maior do que este com a universalidade patrimonial⁶.

5 OLIVA, Milena Donato. **Patrimônio separado** – herança, massa falida, securitização de créditos imobiliários, incorporação imobiliária, fundos de investimento imobiliário, trust. Rio de Janeiro: Renovar. 2009, p. 222.

6 *Ibidem*. P. 223.

Como conclusão, ensina a citada mestra que:

[...] mostram-se insubsistentes os corolários da indivisibilidade e da unidade do patrimônio, admitindo-se a existência de dois ou mais patrimônios, isto é, de duas ou mais universalidades de direito titularizadas pela mesma pessoa. Importante salientar, nesta direção, que nada há de excepcional ou anormal nisto, precisamente porque não vigora, no direito pátrio, os princípios da unidade e da indivisibilidade do patrimônio. Com o afastamento de tais princípios, afigura-se possível a existência de um patrimônio geral ao lado de patrimônios especiais. A unificação destes núcleos patrimoniais segregados ocorre em atenção ao fim a que se destinam, o qual, por sua relevância, justifica e reclama a criação de novas universalidades de direito, isto é, centros autônomos de imputação objetiva⁷.

Por essa razão, modernamente se entende que cada conjunto de relações jurídicas – universalidade –, com determinada destinação comum, consiste em um núcleo patrimonial titularizado pelo sujeito.

O patrimônio, então, “será o conjunto dos bens coesos pela afetação a um fim econômico determinado, passando, assim, a admitir-se a existência de um patrimônio geral e de patrimônios especiais, constituídos por bens afetados a determinado fim⁸”.

Nessa esteira, o patrimônio de afetação consiste em uma separação patrimonial decorrente de encargos impostos a determinados bens, passando a ter uma destinação especial. Tais bens, ou relações jurídicas, seriam autônomos e independentes em relação a outros núcleos patrimoniais, a fim de realizar o fim especial a que se destinam.

Isso significa que o patrimônio afetado está a salvo das mãos dos credores de outras relações mantidas pelo titular do patrimônio, que não se vinculam àquela que deu origem à separação patrimonial.

O dinamismo das relações obrigacionais, a sua evolução, e a necessidade de surgimento de mais segurança nessas relações impulsionou a ideia da afetação, ou seja, de uma flexibilização da unidade e indivisibilidade do patrimônio.

⁷ *Ibidem*. P. 223-224.

⁸ CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio Fiduciário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2009, p. 69-70.

A ideia da afetação permite o surgimento de patrimônios especiais em que há uma disposição de determinados bens de servir a um fim desejado, acarretando, em consequência, a limitação da ação dos credores.

Esses bens afetados a uma determinada finalidade, a uma destinação específica, são dotados de uma autonomia necessária à realização desse fim, e recebem uma *blindagem* contra a ação de credores estranhos às obrigações inerentes a aqueles fins para os quais foi o afetado o patrimônio.

Em outras palavras, o patrimônio de afetação tem um regime de responsabilidade próprio, só respondendo os bens que o compõe pelas obrigações que deram origem à afetação, não respondendo esses bens pelas obrigações gerais do titular, as quais incumbirá ao patrimônio geral responder.

Por essa razão, há na doutrina vozes, como a do professor Sérgio Campinho, que defendem a inserção, no ordenamento pátrio, de instituto que possibilite a limitação da responsabilidade do empresário individual, fazendo exsurgir, assim, a figura do empresário individual de responsabilidade limitada⁹.

Todavia, trata-se de mera sugestão, uma vez que a legislação pátria não contempla essa figura, de modo que, se o empresário individual de- sejar limitar a sua responsabilidade, deverá criar uma pessoa jurídica, seja se associando a outra pessoa ou, a partir da entrada em vigor da Lei nº 12.441/2011, mediante a constituição de uma EIRELI.

A segunda figura jurídica a ser examinada é a da sociedade de responsabilidade limitada.

A sociedade de responsabilidade limitada é uma pessoa jurídica de direito privado constituída por duas ou mais pessoas que congregam capital e trabalho para o exercício da atividade empresarial, cuja responsabilidade é limitada ao valor do capital social subscrito.

É ela um exemplo clássico de pessoa jurídica, que pode ser conceituada como o conjunto de pessoas, ou de bens, destinados a um fim, com aptidão para adquirir direitos e contrair deveres.

As pessoas jurídicas têm, como características, a vontade humana criadora, a organização de pessoas ou bens, a licitude dos fins, e a capacidade/personalidade jurídica reconhecida por lei.

9 CAMPINHO, Sérgio. *O Direito de Empresa à Luz do Código Civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2011, p. 140.

O primeiro requisito é a vontade humana criadora. A pessoa jurídica é uma ficção, ou seja, ela não existe naturalmente. Não existe um nascimento natural de uma pessoa jurídica, como ocorre com as pessoas naturais. Em verdade, ela só é uma realidade juridicamente. A sua criação depende da vontade humana, a vontade de dar origem a uma nova pessoa com personalidade jurídica própria, distinta das pessoas que a compõem. E essa nova pessoa depende do reconhecimento do direito para ser uma realidade.

O segundo requisito é a organização de pessoas ou de bens. Por essa característica, não basta que haja uma mera reunião de pessoas e bens. É preciso que esse conjunto vise a um fim comum, determinado e organizado. Essa reunião, portanto, deve visar a um fim comum, e devem os sujeitos que a compõem conferir à pessoa jurídica uma unidade orgânica que a lei possa reconhecer com a existência de um novo sujeito de direitos, com personalidade jurídica própria.

Esse fim comum também deve ser lícito. E esse é o terceiro requisito para a existência de uma pessoa jurídica: a liceidade dos fins. Então, os fins da pessoa jurídica não podem ser contrários à lei, à moral e aos bons costumes.

O quarto e último requisito é a capacidade/personalidade jurídica reconhecida por lei. Portanto, essa reunião de pessoas, visando a um fim lícito comum, deve ser passível de reconhecimento pela lei como uma pessoa com capacidade/capacidade jurídica própria.

O que se infere é que uma das características da pessoa jurídica e, conseqüentemente, das sociedades, é a pluralidade de pessoas. Nessa esteira, a sociedade limitada é uma pessoa jurídica criada por duas ou mais pessoas que visam a exploração organizada de uma atividade econômica com fim de lucro.

Ocorre que, ao criar essa nova pessoa, os sócios não mais serão responsáveis pelo exercício da empresa, e sim a própria pessoa jurídica. É ela a titular da atividade, a titular dos direitos e obrigações contraídas no seu exercício.

Essa pessoa jurídica, a sociedade empresária, ao ser constituída e registrada no RPEM, passa a ostentar personalidade jurídica própria e, conseqüentemente, patrimônio próprio, diverso daquele das pessoas que a compõem.

Então, por possuir personalidade jurídica e patrimônio próprio, é ela que responde perante os terceiros com quem celebra os negócios jurídicos.

No caso específico da sociedade limitada, a responsabilidade das pessoas que a compõem – os sócios – pode ser aferida sob dois prismas: o da responsabilidade perante a sociedade; e o da responsabilidade perante terceiros, credores da pessoa jurídica.

Perante a sociedade, os sócios respondem pela integralização do capital. Cada sócio deve integralizar o valor de sua cota e, uma vez feito isso, nada mais deverá à pessoa jurídica.

Em face dos terceiros, todos os sócios respondem, solidariamente, pelo montante não integralizado. Assim, uma vez não tendo sido integralizado inteiramente o capital por um ou por mais de um sócio, todos responderão solidariamente pela integralização desse capital, que é a garantia mínima dos credores.

E isso porque o capital social é o limite da responsabilidade dos sócios perante os credores da sociedade, ou seja, os sócios só respondem pelo valor do capital social subscrito no contrato social.

Uma vez integralizado o capital social, apenas a sociedade responderá perante os seus credores, com todas as forças de seu patrimônio, salvo se verificada alguma das hipóteses ensejadoras da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, caso em que o patrimônio pessoal dos sócios poderá ser atingido.

É essa, pois, a característica marcante das limitadas.

As sociedades de responsabilidade limitada poderão adotar como nome empresarial uma firma ou uma denominação, e em ambos os casos será integrado pela expressão *limitada* ou *Ltda* ao seu final. No caso de adoção de firma social, será ela composta pelo nome de um ou mais sócios, desde que pessoas físicas. Quando adotada a denominação, deverá ela, obrigatoriamente, designar o objeto social, a atividade da sociedade, podendo se utilizar, ainda, de um nome fantasia. Poderá, ainda, ser utilizado o nome de um sócio, ou dos sócios, tanto pessoas físicas quanto jurídicas.

No que toca às figuras assemelhadas à EIRELI, essas são as observações necessárias à continuidade de nosso estudo. A partir de agora, passaremos a examinar, propriamente, a empresa individual de responsabilidade limitada.

4. A EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA

A Lei nº 12.441/2011, como já tivemos a oportunidade de examinar, acrescentou ao rol de pessoas jurídicas de direito privado, previsto no art. 44 do Código Civil, o inciso VI, fazendo figurar como uma nova pessoa jurídica a empresa individual de responsabilidade limitada.

Logo de plano é possível formularmos uma primeira crítica ao legislador ordinário: ele chamou essa nova pessoa de *empresa*, subjetivando aquilo que, em verdade, é uma atividade.

No ano de 1943, o comercialista italiano Alberto Asquini apresentou quatro conceitos de empresa: primeiro, um conceito subjetivo, em que a empresa se confunde com a figura do empresário. A empresa, então, seria a mesma coisa que empresário ou sociedade empresária; segundo, apresentou um conceito objetivo, em que a empresa se confunde com o estabelecimento, ou seja, a empresa seria a mesma coisa que estabelecimento; apresentou, ainda, um terceiro conceito, chamado de conceito corporativo, em que a empresa é considerada uma organização estruturada de pessoas, em que o empregador e o empregado se unem em torno do mesmo fim, que é o desenvolvimento da atividade comercial; por fim, apresentou o conceito funcional de empresa que é, na verdade, o conceito técnico. Por este, a empresa é a atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços.

Os três primeiros conceitos foram afastados de plano. Não há que se falar em identidade entre empresa e empresário, uma vez que a empresa não é titular de direitos; não há que se confundir, ainda, empresa com estabelecimento, isso porque a empresa não é objeto de direitos; e por fim, impossível é a utilização do conceito corporativo, especialmente em uma sociedade capitalista, em que empregador e empregado, em verdade, perseguem interesses antagônicos.

Por isso, diz-se que o conceito funcional é o conceito técnico de empresa, pois a empresa, em verdade, é uma atividade. E esse foi o conceito adotado pelo Código Civil de 2002 em seu art. 966.

Contrariou, pois, o legislador, ao editar a Lei nº 12.441/2011, a própria teoria da empresa consagrada pelo Código Civil. Pela teoria da empresa, a pessoa é considerada, ou não, um empresário ou sociedade empresária pela forma como é exercida a atividade econômica por ele explorada. Se a atividade econômica é organizada, por reunir os quatro fatores de produção – capital, trabalho, tecnologia e matéria-prima –, é ela uma atividade empresarial. Estará a pessoa, nesse caso, exercendo a empresa.

Vê-se que a empresa qualifica a atividade econômica. É a empresa uma espécie de atividade econômica: a atividade econômica organizada. Então, é ela sinônimo de atividade econômica organizada, e não de pessoa.

Portanto, andou mal o legislador ao denominar de empresa essa nova pessoa exploradora da atividade empresarial.

O primeiro aspecto a ser examinado da EIRELI é seu conceito. A lei não apresenta um conceito, no que andou bem, isso porque a função de conceituar os institutos jurídicos é da doutrina.

Dessa forma, entendemos que devemos conceituar a empresa individual de responsabilidade limitada como uma pessoa jurídica de direito privado, que tem como objeto uma atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, e que é constituída por uma só pessoa, cuja responsabilidade é limitada ao montante do capital integralizado.

A partir do conceito, é imperioso enfrentarmos, de imediato, a natureza jurídica da EIRELI.

Inicialmente, há que se afastar qualquer confusão que possa ocorrer com a figura do empresário individual. Primeiro porque, como já examinamos, o empresário individual exerce a empresa em seu próprio nome, haja vista que é a própria pessoa natural que explora a atividade econômica organizada, e a EIRELI, por expressa disposição legal, é uma pessoa jurídica, ou seja, a pessoa que a compõe não exerce a atividade em seu próprio nome, mas é a pessoa jurídica que o faz. Segundo que o empresário individual responde ilimitadamente pelas obrigações contraídas no exercício da sua atividade, respondendo com o seu patrimônio pessoal, enquanto que a empresa individual de responsabilidade limitada, como o próprio nome diz, e como expomos no conceito, impõe uma responsabilidade limitada ao seu único cotista.

Segundo a Lei nº 12.441/2011, como já afirmamos, a EIRELI é uma pessoa jurídica. Ocorre que é uma pessoa jurídica peculiar, uma vez que, como já pudemos observar, as pessoas jurídicas têm, como característica principal, a pluralidade de pessoas. As pessoas jurídicas são um conjunto de pessoas ou bens destinados a um fim.

O legislador, então, contrariou toda a teoria acerca das pessoas jurídicas, dando origem a uma pessoa jurídica composta por uma única pessoa. Entendemos que é equivocada essa construção. Todavia, tendo assim disposto expressamente o legislador, sustentamos não ser possível

contrariar aquilo que a lei expressamente previu. Portanto, de acordo com o Código Civil, a natureza jurídica da EIRELI é um fato inexorável: a empresa individual de responsabilidade limitada é uma pessoa jurídica, nova, peculiar, mas uma pessoa jurídica.

Dúvida que surge é acerca da natureza dessa pessoa que constitui a EIRELI. Essa pessoa só poderá ostentar a qualidade de pessoa natural, ou também poderá ser uma pessoa jurídica?

Na doutrina, a questão ainda é incipiente, no entanto, já há posicionamentos conflitantes. Para o professor Sérgio Campinho, “esse sócio único deverá ser pessoa natural, vedada a constituição de EIRELI por pessoa jurídica¹⁰”.

Já para Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, não há essa obrigatoriedade de o único cotista da EIRELI ostentar a natureza de pessoa natural, isso porque o “CC 980-A não especifica qual *pessoa* pode constituir a EIRELI. O *caput* da norma comentada fala apenas em ‘pessoa’. Portanto, tanto as pessoas físicas como jurídicas podem constituir esse tipo de empresa¹¹”.

Concordamos com esse último posicionamento, e isso em razão da ausência de limitação legal, ou seja, a lei não limita às pessoas naturais a condição de cotista da EIRELI. Ao contrário, a única vedação prevista em lei é a de que, em sendo esse cotista uma pessoa natural, não poderá ele figurar em outra empresa individual de responsabilidade limitada, ou seja, não poderá constituir outra EIRELI¹².

Então, se ninguém pode fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, *ex vi* do que dispõe o art. 5º, II, da Constituição Federal, não se pode proibir uma pessoa jurídica de ser cotista de uma EIRELI.

Ainda dentro do exame da natureza jurídica da empresa individual de responsabilidade limitada, é preciso saber se essa nova pessoa jurídica é, ou não, uma sociedade.

Pensamos que não. E isso por duas razões: a primeira delas é que a Lei nº 12.441/2011, como já exaustivamente mencionado, acresceu um novo inciso ao rol taxativo de pessoas jurídicas de direito privado previsto no art. 44 do Código Civil. A EIRELI está prevista, isoladamente, no inciso VI

10 CAMPINHO. *Op. cit.* p. 286.

11 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 8. ed. São Paulo: RT. 2011, p. 861.

12 É isso o que dispõe o § 2º do art. 980-A do Código Civil: “A pessoa natural que constituir empresa individual de responsabilidade limitada somente poderá figurar em uma única empresa dessa modalidade”.

do mencionado dispositivo. Já as sociedades estão previstas no inciso II do art. 44. Isso significa que o legislador não quis confundir essas duas figuras; a segunda razão para não considerarmos a empresa individual de responsabilidade limitada como uma sociedade é o fato de que ela foi disciplinada em um título próprio, o Título I-A do Livro II da Parte Especial do Código Civil, sob o *nomen iuris* "Da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada", enquanto que as sociedades estão disciplinadas no Título II do Livro II da Parte Especial do Código Civil, a partir do art. 981 do *Digesto* pátrio.

Contudo, não é esse o entendimento do ilustre professor Sérgio Campinho. Segundo ele, "pela racionalidade que se pode extrair dos preceitos da Lei nº 12.441/2011, a EIRELI é, em verdade, uma sociedade, mas sociedade unipessoal. Essa unipessoalidade permanente que caracteriza a sua constituição é o seu marco distintivo. Assim é que o legislador preferiu grifá-la com um título próprio (Título I-A) e não incluí-la no Título II, que manteve reservado para as sociedades com pluralidade de sócios, as quais se formam, destarte, a partir de um contrato plurilateral¹³".

Defende ele, pois, que a natureza da EIRELI é de uma sociedade empresária, e de uma sociedade unipessoal de responsabilidade limitada¹⁴. Dessa forma, reconhece ele mais uma exceção à regra da pluralidade de sócios das sociedades.

Ousamos, todavia, e com a devida vênia, discordar do preclaro professor. Como regra, as sociedades são compostas por dois ou mais sócios, que podem ser pessoas naturais ou jurídicas, não se admitindo sociedades unipessoais. E isso tanto é verdade que o art. 1.033 do Código Civil, em seu inciso IV, prevê como uma das causas de dissolução das sociedades a falta de pluralidade de sócios que não for reconstituída no prazo de cento e oitenta dias.

Vê-se, pois, que a lei civil apenas admite a unipessoalidade de uma sociedade de forma superveniente e temporária. E tal regra foi reforçada pela Lei Complementar nº 128/2009, que acrescentou o parágrafo único ao art. 1.033 do Código Civil, para dispor que apenas não haveria a dissolução da sociedade pela falta de pluralidade de sócios se o sócio remanescente requeresse, no Registro Público de Empresas Mercantis, a alteração do seu registro de sociedade empresária para empresário individual.

13 CAMPINHO. *Op. cit.* p. 285.

14 Segundo o emérito professor, "[é] a EIRELI, em nosso sentir, uma modalidade de sociedade limitada, com o traço característico, que lhe imprime particularidade, de ser formada por um único sócio". CAMPINHO. *Op. cit.* p. 285.

Portanto, não pode a sociedade permanecer unipessoal. E essa é a regra. A exceção a essa regra é aquela prevista no art. 251 da Lei nº 6.404/76, que admite a constituição, em caráter originário e permanente, de uma sociedade unipessoal, em que uma sociedade brasileira pode ser a única titular de outra sociedade. É a denominada *subsidiária integral*.

Mas, frise-se, essa hipótese é uma exceção. E a Lei nº 12.441/2011, a nosso sentir, não criou outra exceção à regra. Ela tão somente passou a admitir que esse sócio remanescente requeira a alteração de seu registro de sociedade empresária para empresa individual de responsabilidade limitada, que é uma pessoa jurídica nova e diferente.

E ainda, com a devida vênia ao entendimento contrário, também pensamos não ser possível considerá-la como uma sociedade limitada. E isso porque a própria Lei nº 12.441/2011 trouxe o § 6º para o art. 980-A do Código Civil, que prevê que se aplicam à EIRELI, no que couber, as regras previstas para as sociedades limitadas.

Ora, se essa pessoa jurídica fosse uma sociedade limitada, o legislador não precisaria ter trazido essa regra, e tampouco teria feito a observação de que são aplicáveis as regras da sociedade limitada apenas *no que couber*. Trata-se, pois, de mera aplicação subsidiária, e não direta. Caso tivesse a EIRELI a natureza de uma sociedade limitada, seria normal essa última hipótese, ou seja, a de aplicação direta das regras da limitada¹⁵, e não uma mera aplicação subsidiária.

Sustentamos, por essa razão, que a empresa individual de responsabilidade limitada é uma nova pessoa jurídica, distinta de todas as demais, que também exerce a empresa. Assim como há sociedades que não são empresárias, ou seja, que não exercem a empresa, admite a lei, a partir de agora, que outra pessoa jurídica também exerça a empresa, *in casu*, a empresa individual de responsabilidade limitada.

Temos assim, hodiernamente, em nosso ordenamento, sociedades empresárias e não empresárias, e outras pessoas jurídicas que podem ser empresárias – a EIRELI – e não empresárias, como as associações, por exemplo.

A unipessoalidade da EIRELI pode ser originária ou superveniente. Pelo *caput* do art. 980-A do Código Civil, a empresa individual de respon-

15 O professor Sérgio Campinho responde a essa questão afirmando que “[a] ressalva legal ‘no que couber’ (§ 6º, do artigo 980-A) quer significar que o feixe positivo da sociedade limitada disciplinará complementarmente a EIRELI, salvo em relação àquelas regras que pressuponham a pluralidade de sócios”. CAMPINHO. *Op. cit.* p. 285.

sabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 vezes o maior salário-mínimo vigente no país.

Então, poderá uma única pessoa natural ou jurídica, originariamente, constituir uma EIRELI, e será ela a única titular da totalidade do capital “social”, que não poderá ser inferior a 100 vezes o maior salário mínimo vigente no país, e que deverá ser totalmente integralizado no momento da sua constituição.

A regra tem, claramente, o objetivo de minimizar fraudes e danos a terceiros. Isso porque a instituição de um capital mínimo diminui os riscos de lesão aos credores, pois haverá um montante mínimo a garantir a satisfação de seus créditos. Em troca, terá a pessoa que compõe a EIRELI a sua responsabilidade limitada ao valor do capital integralizado.

Não obstante, caso a pessoa não queira integralizar esse montante mínimo para o exercício da sua atividade econômica, deverá explorar a empresa como empresário individual, hipótese em que a garantia dos credores será o seu patrimônio pessoal.

Há que se frisar que a lei expressamente exige para a constituição da EIRELI que o capital seja totalmente integralizado. Nessa esteira, não poderá o RPEM admitir o registro dessa pessoa jurídica caso não esteja devidamente integralizado o capital social.

É, ainda, imperioso ressaltar que a lei exige que seja totalmente integralizado o capital mesmo que seja ele superior a 100 salários mínimos, sendo essa quantia apenas um mínimo para a constituição da pessoa jurídica. Caso o capital subscrito seja superior a esse mínimo, ainda assim o único cotista deverá integralizá-lo totalmente para constituir a EIRELI.

Poderá, contudo, a EIRELI ser constituída supervenientemente, como dispõe o § 3º do art. 980-A do Código Civil: a empresa individual de responsabilidade limitada também poderá resultar da concentração das quotas de outra modalidade societária num único sócio, *independentemente das razões que motivaram tal concentração*.

O que se depreende é que, independentemente do motivo que levou à concentração das quotas de uma sociedade nas mãos de um único sócio, poderá ele requerer, na forma do parágrafo único do art. 1.033 do Código Civil, que o registro da sociedade seja modificado para empresa individual de responsabilidade limitada.

Ocorre que esse requerimento só poderá ser feito se o capital “social” daquela sociedade que se tornou unipessoal não for inferior a 100 vezes o maior salário mínimo vigente no país. Em sendo inferior, deverá o cotista promover o aumento do capital até aquele montante mínimo.

Caso também não esteja totalmente integralizado o capital daquela sociedade, deverá o cotista fazê-lo, a fim de atender à exigência do *caput* do art. 980-A do Código Civil, evitando-se, assim, que essa alteração de natureza da pessoa jurídica, de sociedade para EIRELI, seja feita com o fim de prejudicar terceiros.

Segundo dispõe o § 1º do art. 980-A do Código Civil, a empresa individual de responsabilidade limitada poderá adotar como nome empresarial uma firma ou uma denominação que será seguida pela expressão EIRELI. Caso não seja incluída a aludida expressão, a consequência será a responsabilização ilimitada do administrador, que não necessariamente precisa ser o cotista da empresa individual, como autoriza o art. 1.061 do Código Civil, norma essa de aplicação às sociedades limitadas e que também é passível de aplicação à EIRELI, por força do que dispõe o já mencionado § 6º do art. 980-A do *Digesto* pátrio.

Admite a lei civil, ainda, no § 5º de seu art. 980-A, que seja atribuída à empresa individual de responsabilidade limitada a remuneração decorrente da cessão de direitos patrimoniais de autor ou de imagem, nome, marca ou voz de que seja detentor o titular da pessoa jurídica, vinculados à atividade profissional, quando for a EIRELI constituída para a prestação de serviços de qualquer natureza.

Então, se o titular da EIRELI exercer atividade intelectual de natureza científica, literária ou artística, e tal atividade venha a constituir elemento de empresa, nos termos da parte final do parágrafo único, a remuneração poderá ser atribuída à empresa individual de responsabilidade limitada.

Por todas essas razões, sustentamos que a EIRELI é uma nova pessoa jurídica que exerce a empresa e que é constituída por uma única pessoa, natural ou jurídica, que titulariza a integralidade do capital, e que possui uma responsabilidade limitada ao montante desse capital totalmente integralizado no ato de sua constituição.

E é essa última a principal característica da EIRELI, ou seja, o solitário cotista dessa pessoa jurídica tem responsabilidade limitada ao total do capital “social”. Uma vez integralizado o capital, o que se impõe para

a constituição da EIRELI, não pode o cotista ser responsabilizado pessoalmente, estando o seu patrimônio imune aos credores da pessoa jurídica.

Trata-se de medida que visa a estimular o exercício da atividade empresarial, pois a exploração de uma atividade econômica sob a forma de empresário individual, como já tivemos a oportunidade de explicitar, põe em risco o patrimônio pessoal e familiar do indivíduo, o que muitas das vezes o faz repensar o risco de ingressar no mercado.

Em contrapartida, pensamos que, com a entrada em vigor da Lei nº 12.441/2011, diminuirá em muito a prática empresarial sob a forma de empresário individual, podendo até mesmo cair em desuso, haja vista que os riscos inerentes ao exercício da atividade econômica sob essa forma podem ser afastados pela adoção da EIRELI. Se já não é mais tão comum a existência de um empresário individual, a partir da vigência da Lei nº 12.441/2011 essa figura jurídica será ainda mais rara¹⁶.

A modificação legislativa, inclusive, diminuirá, ou mesmo extinguirá a criação de “sociedades de fachada”, constituídas, por exemplo, entre marido e mulher, em que um dos cônjuges titulariza a maioria esmagadora das cotas sociais. Tais sociedades são criadas exatamente com o intuito de afastar a ausência de limitação da responsabilidade do empresário individual.

A partir da vigência da nova lei, não se justificará mais a criação dessas sociedades limitadas, por exemplo, entre cônjuges, pois o cônjuge poderá, simplesmente, instituir uma empresa individual de responsabilidade limitada e assim atingir o objetivo que pretendia ao instituir aquela “sociedade de fachada”.

Não obstante, o afastamento da responsabilidade pessoa e do cotista na EIRELI não é absoluto. É plenamente aplicável, nesse caso, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Uma vez ostentando personalidade jurídica própria, a EIRELI serve como uma blindagem ao patrimônio pessoal do solitário cotista. Todavia,

16 A escassez do exercício da atividade empresarial sob a forma de empresário individual é também ressaltada pelo mestre Fábio Ulhoa Coelho, que em seu festejado Curso de Direito Comercial salienta que “[n]este capítulo – e, de resto, em todo o *Curso* –, o exame das questões em geral terá por foco o empresário pessoa jurídica. Não tratará, senão em pouquíssimas passagens, do exercente individual da atividade econômica de produção ou circulação de bens ou serviços, porque esta figura, na verdade, não possui presença relevante na economia”. COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. Direito de empresa. Empresa e estabelecimento; títulos de crédito. V. I. 14. ed. São Paulo: Saraiva. 2010, p. 65.

se ele abusar dessa personalidade, praticando atos fraudulentos, desviando-se da finalidade para a qual foi instituída a EIRELI, será possível o afastamento da personalidade jurídica da pessoa jurídica para atingir o seu patrimônio pessoal, na forma do art. 50 do Código Civil.

A possibilidade de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica na EIRELI, inclusive, foi a causa do veto ao § 4º do art. 980-A do Código Civil.

O dispositivo em comento previa que “somente o patrimônio social da empresa responderá pelas dívidas da empresa individual de responsabilidade limitada, não se confundindo em qualquer situação com o patrimônio da pessoa natural que a constitui, conforme descrito em sua declaração anual de bens entregue ao órgão competente”.

Nas razões do veto, ressaltou-se a expressão *em qualquer situação* prevista no dispositivo vetado, como é possível se inferir, *in verbis*: “Não obstante o mérito da proposta, o dispositivo traz a expressão ‘em qualquer situação’, que pode gerar divergências quanto à aplicação das hipóteses gerais de desconsideração da personalidade jurídica, previstas no art. 50 do Código Civil. Assim, e por força do § 6º do projeto de lei, aplicar-se-á à EIRELI as regras da sociedade limitada, inclusive quanto à separação do patrimônio”.

Portanto, a regra é o não atingimento do patrimônio pessoal do cotista, com a limitação da sua responsabilidade ao valor do capital integralizado da pessoa jurídica. No entanto, será possível, excepcionalmente, a responsabilização pessoal da pessoa que institui a EIRELI, mediante a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

5. CONCLUSÃO

O que podemos inferir de tudo o que foi exposto é que a modificação legislativa é extremamente positiva, pois estimula o exercício da atividade empresarial através da limitação da responsabilidade da pessoa que institui a EIRELI.

É importante ressaltar que, muitas vezes, o insucesso da atividade empresarial não deve ser imputado a um agir doloso ou culposo do explorador da atividade. A crise econômica de determinado empresário ou sociedade empresária pode decorrer de diversos fatores como, por exemplo, condições de mercado, mudanças na economia e na política.

Assim, não nos parece justo impedir a limitação da responsabilidade, colocando em risco o patrimônio pessoal da pessoa, apenas para dar maiores garantias e satisfazer os credores.

A ausência de previsão legal de uma figura como a EIRELI acabava por estimular a criação de sociedades fictícias, em que apenas um dos sócios era, de fato, participante das atividades da pessoa jurídica, ou até mesmo levava o indivíduo a não explorar a empresa, pois a exploração sob a forma de empresário individual pode trazer riscos ao seu patrimônio e de sua família. Por essa razão, foi salutar a mudança legislativa.

Ocorre que, na mão contrária, o que se verá, se é possível praticar neste caso a futurologia, é a morte do empresário individual. Não haverá, salvo raras exceções em que a pessoa natural pretenda iniciar uma atividade organizada com capital inferior a 100 salários mínimos, interesse para a exploração da empresa como empresário individual, haja vista o comprometimento do patrimônio pessoal e familiar.

A tendência é o desaparecimento dessa figura jurídica.

Como se vê, nem tudo são flores. A limitação da responsabilidade do cotista da EIRELI também não é intransponível. Inferindo-se a prática de atos abusivos por parte do solitário cotista, será possível o atingimento de seu patrimônio pessoal, pois a pessoa jurídica não pode ser utilizada para acobertar fraudes. Trata-se de regra que prestigia a vedação ao abuso de direito.

Não obstante, pensamos que essa nova figura jurídica terá enorme sucesso na prática empresarial, estimulando, ainda mais, a exploração da atividade econômica geradora de empregos, tributos e avanço social. ❖

O *Chargeback* e suas Repercussões no *E-commerce* e nos Direitos do Consumidor e da Empresa

Vitor Guglinski

Advogado em Minas Gerais. Pós-graduado com especialização em Direito do Consumidor.

1. O QUE É *CHARGEBACK*?

Em interessante editorial publicado em seu site no dia 17/01/2012 (<http://pablostolze.ning.com/>), o eminente professor PABLO STOLZE GAGLIANO nos convida a refletir sobre uma prática que vem se tornando bastante arraigada no cotidiano desta era digital em que vivemos. Trata-se do denominado *chargeback*, que é tido por muitos empresários como um dos atuais vilões do *e-commerce*, ou, em bom português, comércio eletrônico.

Convite aceito e que estendo aos demais estudiosos do Direito, procurei me debruçar sobre o tema neste singelo estudo, de onde extraí as primeiras conclusões sobre o conceito de *chargeback*, sua diferença em relação ao direito de arrependimento previsto no art. 49 do Código de Defesa do Consumidor e algumas questões afetas a eventuais sanções que envolvem o tema, bem como ao sistema de responsabilidade civil a ser observado em cada caso.

Hodiernamente, são inúmeras as opções de contratação fora do estabelecimento comercial realizadas diariamente por milhares de consumidores em todo o mundo, seja por meio da internet ou via telefone, reembolso postal etc., sendo que, atualmente, muitos empresários sequer possuem pontos físicos onde exercem a empresa, preferindo a comodidade do ambiente virtual e, principalmente, a agilidade das transações com cartões de crédito/débito.

Se é correto afirmar que o comércio virtual trouxe conforto e comodidade a empresários e, principalmente, aos consumidores, também é correta a afirmação no sentido de que severas mazelas vêm ocorrendo em razão dessa prática, ante as sucessivas notícias de fraudes perpetradas

por ocasião das fragilidades que caracterizam a contratação à distância, notadamente no ambiente da internet.

Nesse cenário, uma prática começa a chamar a atenção dos juristas: é o chamado *chargeback*. Mas, o que é *chargeback*? Por que essa prática é considerada uma das vilãs do comércio eletrônico?

O conceito básico de *chargeback* nos é fornecido por JOSIANE OSÓRIO:

"*Chargeback* é o **cancelamento** de uma venda feita com cartão de débito ou crédito, que pode acontecer por dois motivos: um deles é o **não reconhecimento** da compra por parte do titular do cartão, e o outro pode se dar pelo fato de a transação não obedecer às regulamentações previstas nos contratos, termos, aditivos e manuais editados pelas administradora. Ou seja, o lojista vende e depois descobre que o valor da venda não será creditado porque a compra foi considerada **inválida**. Se o valor já tiver sido creditado ele será imediatamente **estornado** ou **lançado a débito** no caso de inexistência de fundos no momento do lançamento do estorno. Os números são desconhecidos, mas o que se sabe é que **o volume é assustador**, principalmente nas **lojas virtuais**" (<http://www.cursodeecommerce.com.br/blog/chargeback/>).

A mesma autora, em suas explicações, nos informa o motivo que leva essa prática a ser uma "dor de cabeça" que assola o *e-commerce*:

"O **chargeback** é um dos grandes fantasmas para os proprietários de lojas virtuais e responsável por um bom número de fechamentos dessas lojas. O problema é muito maior do que as pessoas imaginam e não ganha a devida publicidade porque não interessa às **administradoras de cartões de crédito** fazer qualquer tipo de divulgação sobre o volume de **fraudes** que ocorrem na utilização de seus cartões porque isso afugentaria clientes e exporia a fragilidade desses sistemas de cobrança.

(...) A verdade é que nenhuma administradora de cartão de crédito garante transação alguma nas vendas efetuadas pela Internet, ficando a cargo do lojista **todos os riscos** inerentes à operação e também, é claro, o risco do *chargeback*. Esse posicionamento expõem o vendedor a todo tipo de **golpes**

que vão desde a **fraude** com cartões de crédito **roubados/clonados** até a **má-fé** de alguns usuários que simplesmente alegam **não reconhecer compras legítimas**. É uma verdadeira *Roleta Russa* que pode levar a empresa à falência.

(..) **Quem lê e entende** o contrato de credenciamento de uma administradora de cartão de crédito, em sã consciência, **não assina**. As cláusulas são leoninas e em muitos casos totalmente subjetivas. Resumindo as relações de responsabilidades descritas na maioria dos contratos, as **administradoras** têm **todos os direitos** e os **lojistas** arcam com **todas as obrigações**. Além do famoso contrato, são criados aditivos e novas regras que beneficiam exclusivamente as administradoras, deixando em situação cada vez mais fragilizada o lojista.

Não bastasse o **prejuízo** pelo não recebimento pelas vendas efetuadas, o lojista ainda pode ser surpreendido pela **bizarra situação** de passar da posição de **lesado** para a de **devedor da administradora**. Suponhamos a situação em que o lojista efetua várias vendas e muitas delas são recusadas pela administradora. Independentemente das outras transações serem legítimas ou não, elas respondem pelo valor das transações fraudadas e portanto, devem ser usadas para reposição de valores que tenham sido sacados pelo lojista antes da negativação da compra. É justamente nessa situação que muitas lojas virtuais encerram suas atividades. Como o fluxo de vendas é interrompido, mas não o fluxo de negativação de compras já efetuadas, o resultado é um saldo devedor na conta do lojista afiliado."

Fornecido o conceito de *chargeback* e suas consequências na seara comercial, passamos a discorrer sobre a diferença entre essa prática e o direito de arrependimento estatuído no diploma consumerista.

2. DISTINÇÃO ENTRE “CHARGEBACK” E O DIREITO DE ARREPENDIMENTO PREVISTO NO ART. 49 DO CDC

Há quem confunda o *chargeback* com o direito de arrependimento previsto no art. 49 do CDC, isto é, aquele em que o consumidor

desiste de uma contratação, obtendo a devolução do valor efetivamente pago ao fornecedor, monetariamente corrigido. Entretanto, como restará demonstrado, essas situações não se confundem, e guardam diferenças sensíveis.

De comum, o *chargeback* e o direito de arrependimento só possuem uma característica: a devolução, ao consumidor, de valores por ele despendidos. A semelhança para por aí.

Como podemos perceber pelo conceito descrito linhas acima, o *chargeback* não se confunde com o direito de arrependimento previsto no art. 49 do Código de Defesa do Consumidor, pois, nesse caso, não está o consumidor obrigado a declinar o motivo do cancelamento do negócio, ao passo que, no *chargeback*, existe uma causa (ou causas) específica que o legitima.

Em outras palavras, para que haja o *chargeback*, é necessária a ocorrência de uma das causas anteriormente mencionadas, a saber:

- 1) o não reconhecimento, por parte do titular do cartão, da compra que gerou o débito lançado na respectiva fatura;
- 2) o descumprimento de normas afetas ao contrato firmado entre o fornecedor de produtos ou serviços e a administradora de cartões, fato que autoriza esta a não creditar valores na conta daquele.

Resumindo, pode-se dizer que o *chargeback* exige relevante motivo de direito para que seja legítimo, pois, do contrário, poderá resultar em abuso de direito por parte do consumidor ou da própria administradora de cartões de crédito. Em suma, é pressuposto para o *chargeback* a ocorrência de alguma ou ambas as situações acima descritas.

Por sua vez, o direito de arrependimento conferido ao consumidor pela regra do art. 49 do CDC é um direito potestativo, isto é, exercido livremente pelo consumidor, dentro de um prazo que, no caso, é o chamado prazo de reflexão. São sete dias conferidos ao consumidor, contados da assinatura do contrato ou do ato de recebimento do produto ou serviço, e ao qual o fornecedor estará obrigatoriamente sujeito, independentemente da ocorrência de alguma causa.

Para que o consumidor exercite o seu direito de arrependimento, não há a necessidade da ocorrência de qualquer evento, bastando a sua vontade de não mais contratar, isto é, de prosseguir com o negócio. Não

há necessidade, por exemplo, da ocorrência de vícios do produto ou do serviço para que o consumidor desista de contratar. O direito de desistir do negócio celebrado carece de motivação, devendo o consumidor receber imediatamente a quantia eventualmente paga, monetariamente corrigida.

Sendo assim, a razão de existência das normas, ou, em outras palavras, a *ratio essendi* das normas é diversa.

No *chargeback*, o cancelamento da venda, com o consequente estorno de valores, seja ao consumidor ou à administradora de cartões (a depender da causa que motiva o ato) ocorre mediante relevante razão de direito. Por parte do consumidor, pode ocorrer quando terceiro se apoderar do número e da senha de seu cartão (fraude, furto ou roubo do cartão etc.), e então passar a realizar compras em nome daquele. Como não foi o consumidor quem realizou a transação, poderá legitimamente contestá-la, devendo obter o ressarcimento do que lhe for eventualmente cobrado, inclusive valendo-se da regra do parágrafo único do art. 42 do CDC, que lhe confere o direito à repetição do indébito, “*por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável*”.

Uma observação se faz necessária: deve-se atentar para a parte final do preceptivo, pois, o fornecedor desavisado poderá alegar que houve engano justificável na venda ou até mesmo que agiu com boa-fé, uma vez que confiou que portador do cartão era de fato seu titular.

Ledo engano.

Tendo o CDC desenvolvido o sistema de responsabilidade civil objetiva com base na *teoria do risco do empreendimento*, o fornecedor deverá arcar com eventuais prejuízos causados ao consumidor, na medida em que, aventurando-se a adotar um sistema de vendas mais informal, estará sujeito ao risco de negociar com uma pessoa que não é efetivamente a titular do cartão de crédito. Lembrando o personagem Severino, incorporado pelo brilhante ator Paulo Silvino, nas vendas à distância é praticamente impossível realizar o “cara – crachá”, fazendo com que o fornecedor de produtos e serviços deva suportar os riscos nessa modalidade de negócio e, portanto, o dever de indenizar.

De seu turno, a *ratio* do direito de arrependimento, ou seja, da norma etiquetada no art. 49 do CDC, é a vulnerabilidade do consumidor, evidenciada pela ausência de contato direto com o produto ou serviço que irá adquirir ou contratar. Quando contrata fora do estabelecimento

comercial, o consumidor não tem contato físico com o produto; não tem condições de verificar se a cor corresponde à desejada, se o tamanho do produto é de fato o esperado etc.

Por outro lado, examinando pessoalmente o produto, o consumidor reúne condições de verificar se este realmente corresponde à suas expectativas, pode testá-lo no local da aquisição para conferir seu funcionamento, consultar outros consumidores que, porventura, adquiriram o mesmo produto, ouvindo as respectivas opiniões etc. Da mesma forma, quando tem acesso direto ao conteúdo de um contrato, é possível ao consumidor verificar, via de regra, se as cláusulas não são abusivas, se as condições do negócio não lhe são desfavoráveis etc.

Em resumo, negociando em contato com o objeto do negócio, o consumidor tem mais chances de consumir refletidamente, conscientemente, firme na ideia de que está contratando o que quer e como quer.

Lado outro, se contrata a distância, correrá o risco de o objeto do negócio não corresponder ao que espera, tendo em vista as diversas técnicas de “maquiagem” do produto para torná-lo mais atraente (vide hambúrgueres de redes de *fast food*), publicidades com apelo emocional, mostrando famílias sorridentes, felizes, de vida aparentemente perfeita, como ocorre com publicidade de planos de saúde, seguros, contratos de *time sharing* etc.

Esta é, portanto, a razão de ser do direito de arrependimento, a ser exercido no prazo de reflexão: leva-se em conta o aumento da vulnerabilidade do consumidor, em razão da ausência de contato direto com o objeto do negócio.

Sintetizando, no *chargeback* inexistente arrependimento do consumidor em relação ao negócio sacramentado, pois sequer há tratativas entre este e o fornecedor. Há, sim, a ocorrência de uma fraude por parte de terceiros, ou até mesmo por má-fé do consumidor, ou por parte do próprio fornecedor, ao descumprir as regras que regulamentam o contrato entre este e a administradora do cartão.

De seu turno, no direito de arrependimento inexistente fraude ou descumprimento de qualquer regra contratual a ensejar a desistência do consumidor em prosseguir com o negócio. Como dito, é um direito potestativo, despido de qualquer justificativa por parte do consumidor para que ocorra. O consumidor, após refletir sobre a conveniência ou oportunidade da contratação, simplesmente desiste de prosseguir com o negócio, se

arrepende, e ao fornecedor resta apenas o dever de acatar a decisão do consumidor.

3. REPETIÇÃO DE INDÉBITO X RESPONSABILIDADE CIVIL POR "CHARGEBACK"

Passando ao campo da responsabilidade por *chargeback*, verificada a ocorrência de fraude, o consumidor, tendo sido cobrado ou tendo quitado o que não devia, terá direito à repetição do indébito, nos exatos termos do parágrafo único do art. 42 do CDC. A natureza jurídica dessa medida, como aponta a melhor doutrina, é de caráter sancionatório, isto é, é uma sanção aplicada ao fornecedor que age canhesticamente, cobrando o consumidor pelo que ele não deve ou cobrando em excesso, ou seja, mais do que ele efetivamente deve. Portanto, é medida de caráter pedagógico, imposta ao fornecedor com o escopo de educá-lo para que não volte a atuar da mesma forma.

No caso de má-fé do próprio consumidor, isto é, naqueles casos em que este comunica falsamente uma fraude, diz não reconhecer uma compra que ele mesmo efetuou etc., e em decorrência disso tem os valores indevidamente estornados para o seu cartão, certamente poderá ser punido, inclusive criminalmente, a depender do caso. Na órbita civil, deverá ser condenado a ressarcir o fornecedor lesado por sua prática, sendo que, nesse caso, a medida tem caráter indenizatório, e não sancionatório, já que visa a restituir ao lesado o *status quo ante*, indenizando-o verdadeiramente.

Passo à análise de interessantes questionamentos articulados pelo professor Pablo Stolze Gagliano em seu editorial. O eminente civilista indaga:

"Em caso de cancelamento da compra, pelo não reconhecimento do consumidor, seria juridicamente possível a repartição dos riscos e dos prejuízos entre o lojista e administradora de cartões de crédito ou débito, em virtude da própria atividade lucrativa que exercem no mercado de venda de produtos a distância? Afigurar-se-ia, em tese, viável que o lojista não arcasse sozinho com o risco e o ônus do *chargeback*? A administradora de cartões poderia ser considerada corresponsável pela venda frustrada?" (<http://pablostolze.ning.com/>)

Para responder a essas indagações, antes é necessário identificar as relações envolvidas em um contrato de cartão de crédito. ANDRÉ LUIZ SANTA CRUZ RAMOS nos explica o que é um contrato de cartão de crédito, bem como as relações que o cercam:

"Trata-se de contato por meio do qual uma instituição financeira, a operadora do cartão, permite aos seus clientes a compra de bens e serviços em estabelecimentos comerciais cadastrados, que receberão os valores das compras diretamente da operadora. Esta, por sua vez, cobra dos clientes, mensalmente, o valor de todas as suas compras realizadas num determinado período. Chama-se *cartão de crédito*, então, o documento por meio do qual o cliente realiza a compra, apresentando-o ao estabelecimento comercial cadastrado.

Do que foi exposto, pode-se então distinguir três relações jurídicas distintas numa operação com carta de crédito: (i) a da operadora com o seu cliente; (ii) a do cliente com o estabelecimento comercial; (iii) a do estabelecimento comercial com a operadora" (**Direito Empresarial Esquematizado**. 1ª Ed. São Paulo: Método, 2011, p. 485).

Analisando o articulado pelo insigne autor, de modo a responder às indagações do professor Pablo Stolze, é possível afirmar que as duas primeiras relações, isto é, a da operadora com o seu cliente e a do cliente com o estabelecimento comercial, são relações de consumo, portanto sujeitas às regras do CDC.

Em sendo relações de consumo, submetem-se à regra de responsabilidade civil objetiva, agasalhada pelo sistema consumerista. Significa que, perante o consumidor, tanto o comerciante, quanto a administradora do cartão responderão, independentemente da existência de culpa por eventuais danos causados ao consumidor em razão de *chargeback*, pois ambos se enquadram no conceito de fornecedor, insculpido no art. 3º do CDC.

Assim, respondendo à primeira indagação, é, sim, "*juridicamente possível a repartição dos riscos e dos prejuízos entre o lojista e administradora de cartões de crédito ou débito, em virtude da própria atividade lucrativa que exercem no mercado de venda de produtos a distância*", uma vez que estaremos diante de vício na prestação do serviço, sujeito à re-

gra do art. 19 do CDC (salvo comprovada má-fé do próprio consumidor, obviamente, o que caracteriza sua culpa exclusiva), “*embora seja mais comum a verificação de um único fornecedor na cadeia de consumo, no caso o que prestou o serviço*”, como nos informa LEONARDO DE MEDEIROS GARCIA (**Direito do Consumidor: código comentado e jurisprudência**. 7ª ed. rev. amp. e atual. Niterói: Impetus, 2011, p. 179).

Destarte, a responsabilidade por vício do serviço é solidária e objetiva. Além disso, como foi dito, o sistema de responsabilidade civil objetiva, agasalhado pelo CDC, funda-se na *teoria do risco do empreendimento*. Sendo assim, se o comerciante adere às vendas por meio de cartão de crédito, se ele já sabe de antemão que atualmente o volume de fraudes na utilização de cartões de crédito é grande, sujeitar-se-á aos riscos inerentes, pois, como se sabe, não deverá o consumidor suportar os prejuízos daí advindos.

Isso posto, perante o consumidor, haverá repartição dos riscos, devendo tanto a operadora de cartões quanto o comerciante, responderem.

Para responder ao segundo questionamento, deve-se frisar que a relação entre o comerciante e a operadora de cartões, por sua vez, é eminentemente empresarial. Ou seja, o contrato firmado entre esses dois sujeitos é de natureza empresarial; é um contrato entre iguais.

Num primeiro momento, é possível afirmar que, por estarem em pé de igualdade, o comerciante e a operadora de cartão de crédito gozam de plena liberdade de contratar (faculdade de realizar ou não o negócio) e de liberdade contratual (relacionada ao conteúdo da avença), em homenagem ao *princípio da autonomia da vontade*.

Assim, por serem, em tese, iguais, e embora o contrato firmado entre comerciante e operadora de cartão de crédito seja de adesão, não se vislumbra a vulnerabilidade que caracteriza o consumidor. Como informa ANDRÉ LUIZ SANTA CRUZ RAMOS, “*no âmbito do direito empresarial, o norte interpretativo deve ser sempre, na nossa modesta opinião, a autonomia da vontade das partes. Caso contrário, o que se instaura é a insegurança jurídica, que se manifesta especificamente nas atividades econômicas como um obstáculo ao desenvolvimento*” (*Op. cit.*, p. 435).

Destarte, nesse primeiro momento, entendo que, sendo o contrato empresarial de adesão, embora presente, em tese, a autonomia da vontade, dificilmente o comerciante conseguirá discutir os termos afetos aos riscos, que envolvem o *chargeback*. Pode até ser que contratos dessa na-

tureza sejam leoninos, como afirmado por JOSIANE OSÓRIO, praticamente prevendo somente vantagens para a operadora de cartões de crédito e riscos para o comerciante e, por isso, o correto, no meu entender, seria o compartilhamento de riscos entre esses dois sujeitos. Contudo, dificilmente isso ocorrerá. Dificilmente as operadoras de cartão de crédito passarão a assumir um risco que as tirará da zona de conforto em que se encontram, a não ser que haja uma debandada por parte dos comerciantes, deixando de adotar essa modalidade de pagamento, o que, talvez, faria com que as operadoras de cartão repensassem seu modelo de compartilhamento de riscos.

Contudo, tal atitude por parte dos comerciantes pode significar o insucesso do empreendimento, já que o volume de contratações por meio de cartão de crédito é bastante grande. O mais interessante é que, da mesma forma, igual insucesso poderá experimentar, já que o volume de fraudes também é considerável, podendo levar ao fechamento do negócio. É, portanto, uma “faca de dois gumes” para o comerciante.

Concluindo, possíveis soluções para a diminuição do *chargeback* são apontadas por especialistas em *e-commerce*. Uma delas seria o uso de intermediários de pagamento como os conhecidos *Pagseguro* (UOL), *Pagamento Digital* e *Mercadopago* (Mercado Livre), pois, nesse caso, a venda seria garantida. O problema é que essa medida importa em aumento de custos, o que, certamente, será repassado ao consumidor pelo comerciante. Outra alternativa seria a contratação de uma empresa especializada em análise de risco, atitude adotada por grandes empresas atualmente (<http://www.lojavirtualy.com/seguranca/o-que-e-chargeback-e-como-evitar-o-chargeback>).

Certamente, o tema não se esgota aqui. É um assunto novo, atual, complexo e instigante. Como afirmado pelo professor PABLO STOLZE no editorial citado neste texto, *“ainda não temos respostas consolidadas na jurisprudência. Mas o tema, em respeito aos próprios empresários e aos consumidores, merece ser trazido à luz dos debates acadêmicos”*.❖

NORMAS PARA APRESENTAÇÃO DE ARTIGOS

- 1 - Os textos devem ser enviados por correio eletrônico, para o endereço emerjpublicacoes@tjrj.jus.br;
- 2 - Fontes:
 - ✓ no corpo do texto - **Times New Roman – 12**
 - ✓ nas citações longas e notas de rodapé – **10**
 - ✓ cor preta (exceto para gráficos);
- 3 - Margens: esquerda e superior de **3 cm**; direita e inferior de **2 cm**;
- 4 - Espaços no corpo do trabalho: **1,5**;
- 5 - Espaço simples, nos seguintes casos:
 - ✓ citações literais de mais de três linhas,
 - ✓ notas, referências;
- 6 - Destaques: itálico ou negrito;
- 7 - Numeração de páginas - iniciada a partir da segunda folha da introdução, embora a inicial seja contada;
- 8 - Fazer referências às fontes de consulta através de citações no texto ou em notas de rodapé, observando que:
 - ✓ a primeira citação de uma obra deverá ter a sua referência completa.

Exemplo:

ÚLTIMO SOBRENOME do autor (exceto Filho, Neto, Júnior),
Prenome e outros sobrenomes (abreviados ou não). **Título**. Local:
editora, ano. página¹.

- ✓ as citações subsequentes da mesma obra podem ser feitas de forma abreviada, com as seguintes expressões:

a) *Idem* (id) – mesmo autor²

b) *Opus citatum* (op. cit.) – obra citada³

¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Lesão nos contratos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 24.

² *Idem*, 2001, p. 19.

³ RODRIGUES, *op.cit.*, p. 40.