

AMAGIS JURÍDICA

Desembargadora Jane Ribeiro Silva
Juiz Gilson Soares Lemes
Diretores

AMAGIS JURÍDICA

Associação dos Magistrados Mineiros

Ano V – Número 9 – jul./dez. de 2013



Belo Horizonte
2013

AMAGIS JURÍDICA

DIRETORIA TRIÊNIO 2013-2015

Desembargador Herbert José Almeida Carneiro
Presidente

Juíza Luzia Divina de Paula Peixoto
Vice-Presidente Administrativa

Juiz Luiz Carlos Rezende e Santos
Vice-presidente Financeiro

Juiz Maurício Torres Soares
Vice-Presidente de Saúde

Desembargador Tibagy Salles Oliveira
Vice-Presidente dos Aposentados e Pensionistas

Juíza Ivone Campos Guillarducci Cerqueira
Vice-Presidente do Interior

Desembargador Tiago Pinto
Vice-presidente Sociocultural-Esportivo

Juiz Morvan Rabêlo de Rezende
Diretor-Secretário

Juíza Maria das Graças Rocha Santos
Diretora-Subsecretária

Juíza Aldina Soares de Lima
Juíza Rosimere das Graças do Couto
Diretoras de Comunicação Social

Desembargadora Jane Ribeiro Silva
Diretora do Centro de Estudos da Magistratura
Juiz Luiz Guilherme Marques
Vice-diretor do Centro de Estudos da Magistratura

Diretores Culturais

Desembargador Guilherme Luciano Baeta Nunes
Desembargadora Mariângela Meyer Pires Faleiro
Juiz Mauro Simonassi

Conselho Deliberativo

Juiz José Aluísio Neves da Silva
Presidente

Juiz José Roberto Sterse

Vice-presidente

Juiz Antônio Carlos Parreira

Secretário

Assessores Especiais da Presidência

Desembargador Tiago Pinto

Juiz Lailson Braga Baeta Neves

Desembargador Nelson Missias de Moraes

Desembargador Reynaldo Ximenes Carneiro

Desembargador Doorgal Gustavo Borges de Andrada

Desembargador Marcio Aristeu Monteiro de Barros

Ministro Paulo Geraldo de Oliveira Medina

Juiz Marcelo Cavalcanti Piragibe Magalhães

Juiz Carlos Donizetti Ferreira da Silva

Conselho Editorial da Revista

Juiz Gilson Soares Lemes - Diretor da Revista

Desembargadora Jane Ribeiro Silva - Diretora da Revista

Juiz Antônio José Pêcego

Desembargador Antônio Carlos Cruvinel

Desembargador Belizário Antônio de Lacerda

Juiz Bruno Teixeira Lino

Juiz Bruno Terra Dias

Desembargador Caetano Levi Lopes

Juiz Carlos Frederico Braga da Silva

Juiz Carlos José Cordeiro

Juíza Eveline Mendonça Félix Gonçalves

Juiz Geraldo Claret de Arantes

Juiz Gilson Fonseca

Juiz Luís Fernando Nigro Corrêa

Juiz Luiz Guilherme Marques

Juiz Marcelo Cavalcanti Piragibe Magalhães

Juiz Mauricio Torres Soares

Juiz Ramom Tácio de Oliveira

Juíza Rosimere das Graças do Couto

Desembargador Wander Paulo Marotta Moreira

Coordenador de Comunicação da Amagis

Bruno Gontijo – MTB-MG: 11008

Jornalistas

Adriano Boaventura – MTB-MG: 09181

Fernanda Marques – MTB-MG: 12188

Georgia Baçvaroff – MTB-MG: 08441

Tiago Parrela – MTB-MG:14634

ISSN 2175-3849

PARTICIPARAM DESTA EDIÇÃO

AGNALDO RODRIGUES PEREIRA

Magistrado do TJMG, Titular da 2ª Vara de Feitos Tributários e Coordenador do Núcleo de Apoio à Prestação Jurisdicional do Interior – NAPI. Pós-graduado em Direito Público e Processual Civil. Ex-Professor de Processo Civil. Pós-graduado em Direito da Comunicação. Mestrando em Ciências Jurídico-Forense pela Universidade de Coimbra.

AUGUSTO VINÍCIUS FONSECA E SILVA

Juiz de Direito em Minas Gerais. Pós-graduado em Direito Civil e Direito Processual Civil pela UNESA-RJ. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Sócio-honorário da Academia Brasileira de Direito Processual Civil (ABDPC). Professor de Direito Constitucional Processual de cursos de pós-graduação em Direito Processual em Minas Gerais.

CLÁUDIA APARECIDA COIMBRA ALVES

Juíza de Direito em Minas Gerais.

DIEGO COELHO ANTUNES RIBEIRO

Advogado. Mestrando em Direito Constitucional pela UFF.

GUSTAVO HENRIQUE MOREIRA DO VALLE

Juiz de Direito do Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais. Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos.

FERNANDO JOSÉ ARMANDO RIBEIRO

Pós-doutor em Direito pela Universidade da Califórnia em Berkeley (EUA). Doutor em Direito pela UFMG. Professor da PUC Minas. Vice-presidente do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais.

FRANCIS VANINE DE ANDRADE REIS

Advogado. Professor de Direito Processual Civil, Direito Civil, Direito das Relações de Consumo e Prática Jurídica na Graduação do Curso de Direito da Faculdade Pitágoras – Unidade Divinópolis. Especialista em Direito Empresarial pela Fadom. Mestre em Direito Processual Civil pela PUC Minas.

JOSÉ MARCOS RODRIGUES VIEIRA

Desembargador do TJMG. Especialista em Direito de Empresa (pós-graduação lato sensu) pela Fundação Dom Cabral. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor de Direito Processual Civil da FDUFG.

JOSÉ MARIA DOS REIS

Juiz de Direito. Professor de Direito Processual Civil e de Direito Civil na Faculdade Pitágoras – Unidade Divinópolis. Especialista em Ciências Penais pela Universidade Gama Filho em parceria com o Ministério Público de Minas Gerais e em Direito Processual Civil pela Fadom.

LUÍS CARLOS B. GAMBOGI

Doutor em Filosofia do Direito pela UFMG. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

NEREU RAMOS FIGUEIREDO

Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Pouso Alegre-MG. Pós-graduado em Direito Civil, Processo Civil e do Trabalho pela Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre-MG.

RAMOM TÁCIO DE OLIVEIRA

Juiz Auxiliar da Presidência do TJMG/Precatórios. Mestre e Doutor em Direito Público (PUC Minas). Professor da Faculdade Arnaldo (BH). Aprovado em Concurso para Juiz Federal. Ex-Promotor de Justiça. Ex-Delegado de Polícia. Autor de artigos e obras jurídicas.

TAUNIER C. MALHEIROS LIMA

Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Mestre em Direito Privado pela PUC Minas. Especialista em Direito de Empresas pela PUC Minas.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	xi
ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A FISCALIZAÇÃO/ CONTROLE DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DAS NOR- MAS À LUZ DAS LEGISLAÇÕES BRASILEIRA E PORTU- GUESA	
<i>Agnaldo Rodrigues Pereira</i>	1
DA POSSIBILIDADE DE AUMENTO <i>EX OFFICIO</i> , EM SEDE RECURSAL, DO VALOR IRRISÓRIO FIXADO POR COMPENSAÇÃO DE DANOS MORAIS	
<i>Augusto Vinicius Fonseca e Silva</i>	29
ACESSO À TERRA URBANA E A CONCESSÃO DE DIREITO DE SUPERFÍCIE PELAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO	
<i>Cláudia Aparecida Coimbra Alves</i>	47
JUSTIÇA MILITAR, ESCABINATO E ACESSO À JUSTIÇA JUSTA	
<i>Fernando José Armando Ribeiro</i>	73
UM ESTUDO SOBRE OS CRIMES CONTRA AS RELA- ÇÕES DE CONSUMO	
<i>Gustavo Henrique Moreira do Valle</i>	95
O <i>DIES A QUO</i> PARA INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA NA REPARAÇÃO POR DANO MORAL	
<i>José Maria dos Reis</i> <i>Francis Vanine de Andrade Reis</i>	113

DA <i>COGNITIO</i> AO <i>IUDICIUM</i> . DE PRINCÍPIOS A TÉCNICAS PROCESSUAIS. COISA JULGADA E QUESTÕES PREJUDICIAIS NO PROJETO DE CPC	
<i>José Marcos Rodrigues Vieira</i>	135
A TECNOLOGIZAÇÃO DO DIREITO E SEUS MALES	
<i>Luís Carlos B. Gambogi</i>	173
AUTONOMIA CONSTITUCIONAL DA RESPONSABILIDADE POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E SEU REFLEXO NAS INFRAÇÕES E SANÇÕES DA LEI N. 8.429/92	
<i>Nereu Ramos Figueiredo</i>	189
TENDÊNCIAS DO ATUAL DIREITO CIVIL	
<i>Taunier C. Malheiros Lima</i>	199
ESPAÇO ABERTO	
O ATIVISMO JUDICIAL COMO MECANISMO DE GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE	
<i>Diego Coelho Antunes Ribeiro</i>	223
A ESTRUTURA COLUNAR DE UM TRABALHO CIENTÍFICO	
<i>Ramom Tácio de Oliveira</i>	237
NORMAS PARA APRESENTAÇÃO DE ARTIGOS.....	249

APRESENTAÇÃO

A Revista Amagis Jurídica chega à 9ª edição, mantendo as características que a tornaram referência no meio jurídico e acadêmico brasileiro: temas atuais e relevantes, pesquisa profunda e linguagem clara e objetiva. Manter a qualidade de um periódico científico requer muito esforço e dedicação. Felizmente, contamos com o inestimável trabalho do Conselho Editorial, cuja composição, a partir deste número, terá novos integrantes, os quais aceitaram a missão e chegaram para somar esforços no desenvolvimento do excelente trabalho desenvolvido desde o primeiro número. A cada um dos conselheiros, nosso muito obrigado.

É importante destacar também a colaboração dos profissionais que enviam seus artigos – magistrados, promotores, advogados e defensores –, e se dedicam a pensar a Justiça e a sociedade sob novas perspectivas. Os trabalhos, como os publicados nesta edição, funcionam como propulsores do debate e geradores de novas ideias, que são os pilares imprescindíveis para a consolidação de uma nação civilizada e democrática. O pensamento jurídico qualificado contribui sobremaneira para a pacificação social e melhoria da prestação jurisdicional, metas primordiais da Justiça e dedicação permanente da Amagis.

Tenham todos uma ótima leitura!

Herbert Carneiro
Presidente da Amagis

1

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A FISCALIZAÇÃO/CONTROLE DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS À LUZ DAS LEGISLAÇÕES BRASILEIRA E PORTUGUESA

Agnaldo Rodrigues Pereira¹

RESUMO

Esse trabalho explora, sucintamente, os modelos de controle da constitucionalidade das normas infraconstitucionais, em breve estudo comparado, adotados pelos ordenamentos jurídicos vigentes no Brasil e em Portugal, apontando os institutos coincidentes e os divergentes e visando o aproveitamento das experiências nos planos jurídicos e administrativos de ambos os países.

Palavras-Chaves: Controle da constitucionalidade. Omissão. Fiscalização preventiva. Sucessiva concreta. Abstrata. Declaratória de inconstitucionalidade. Efeitos prospectivos. Efeitos retroativos. Modulação.

ABSTRACT

This document explores briefly the models of constitutional control of infra-constitutional norms, in a brief comparative study, adop-

¹ Magistrado do TJMG, Titular da 2ª Vara de Feitos Tributários e Coordenador do Núcleo de Apoio à Prestação Jurisdicional do Interior – NAPI. Pós-graduado em Direito Público e Processual Civil. Ex-Professor de Processo Civil. Pós-graduado em Direito da Comunicação. Mestrando em Ciências Jurídico-Forenses pela Universidade de Coimbra – Coimbra – Portugal. Maio/2013.

ted by existing legal systems in Brazil and Portugal, pointing the overlapping and divergent institutes aimed at harnessing the experiences in the legal and administrative plans of both countries.

Keywords: Control of constitutionality. Omission. Preventive control successive concrete. Abstract. Declaratory judgment of unconstitutionality. Prospective effect. Retroactive. Modulation.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Objetivo; 3. Desenvolvimento – Estudo das Constituições; 4. Aspectos da Jurisprudência; 5. Conclusão; 6. Referências bibliográficas.

Através da atribuição a um órgão ou grupo de órgãos de uma função específica fundamental, visa-se obter o velho desiderato do equilíbrio de poderes e de um governo moderado, tal como Montesquieu o definiu impressivamente *‘Pour qu’on ne puisse pas abuser du pouvoir il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir’* (De l’Esprit des Lois, 1748, Livro XI, Cap. IV). 2 (Grifos nossos)

1. INTRODUÇÃO

O constitucionalismo moderno, com fincas não apenas em um constitucionalismo único, mas em vários constitucionalismos (constitucionalismos inglês, americano e francês), representa uma “...técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos...” ou, ainda, na acepção histórico-descritiva – no “...movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político...”³, visando, com isso, a criação de uma nova forma de controle e equilíbrio do poder político.

Maria Benedita Urbano quando leciona sobre a Justiça Constitucional e a garantia da Constituição adverte que

² Montesquieu. *Apud* JJ GOMES CANOTILHO. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. 11ª Reimpressão. Almedina, p. 558.

³ J.J. GOMES CANOTILHO. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. 11ª Reimpressão. Almedina, p. 52-53.

A garantia da constituição é assegurada ainda, de forma genérica, pela afirmação do princípio da separação de poderes e, de forma mais específica, pelos requisitos ou limites à revisão constitucional, pelas garantias que sempre tem que ser salvaguardadas mesmo nas situações de anormalidade ou excepcionalidade constitucional (como estado de sítio ou estado de emergência), pela vinculação de todos os poderes públicos à constituição, pela consagração da responsabilidade civil do Estado (v.g., do Estado-Legislator, do Estado-Juiz) por violação da constituição, designadamente dos direitos fundamentais, etc.⁴

Há, efetivamente, uma necessidade de “freios” e “contrapesos” nas relações de poder que envolvem os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário,⁵ cujos parâmetros devem estar devidamente *positivados* nas Cartas Magnas, possibilitando, dessa feita, que eventuais excessos, de quaisquer dos poderes, sejam controlados.

Os excessos, por sua vez, podem se traduzir em descumprimento dos princípios constantes da própria Constituição, tanto de ordem positiva quanto negativa, gerando, com isso, a necessidade de aparelhamento dos poderes de instrumentos capazes de proceder a formatação dos atos normativos ao comando constitucional, como norma cimeira, a que o ordenamento jurídico deve observância, sob pena de inconstitucionalidade.

As nações soberanas, em conformidade com as opções políticas dos legisladores constitucionais originários (quando se fala, logicamente, de constituições democráticas, elaboradas livremente por legítimos representantes do povo), adotam modelos de fiscalização/controlado da (in)constitucionalidade que se amoldam as peculiaridades de cada Estado soberano, com vistas à garantia e à preservação da própria Constituição.

⁴ URBANO, Maria Benedita. *Curso de Justiça Constitucional*. Evolução histórica e modelos de controlo da constitucionalidade. Almedina, p. 11.

⁵ “Embora não sejam tradicionalmente incluídos nos mecanismos de defesa da constituição, tem também carácter garantístico a ordenação constitucional de funções e o esquema de controlos interorgânicos e intra-orgânicos dos órgãos de soberania. O princípio da separação e interdependência dos órgãos de soberania tem, assim, uma função de garantia da constituição, pois os esquemas de responsabilidade e controlo entre os vários órgãos transformam-se em relevantes factores de observância da constituição”. (J.J. GOMES CANOTILHO. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. 11ª Reimpressão. Almedina, p. 889).

A fiscalização e o controle pode ser feito pelo próprio legislador. Alias, o controle da conformidade das leis com a constituição começou por ser do tipo político,⁶ entretanto, diante da baixa eficácia da fiscalização/controle da (in)constitucionalidade pelo parlamento (que é uma fiscalização e um controle estritamente político), em que os parlamentares são “juizes em causa própria”⁷, surgiu o controle por meio dos tribunais, que encontra suas raízes nos modelos americano, austríaco e francês. Ditos modelos apontam para um novo tipo de fiscalização/controle, qual seja: o jurisdicional, que pode ser exercido de várias formas e com várias designações: preventivo, incidental, concentrado, difuso, concreto, abstrato, por ação ou omissão.

A fiscalização/controle, tanto no Brasil quanto em Portugal, são judiciais, com ou menor interferência política, já que, diferentemente do Brasil em que são objeto de controle de normas já promulgadas e/ou sancionadas, Portugal acolhe um tipo de controle abstrato e preventivo, quando a norma ainda é imperfeita, por não estar em vigor.⁸

Além dessa primeira dissemelhança, de opino, é possível apurar outras divergências entre os modelos adotados em Portugal e pelo Estado brasileiro, inclusive pela sua própria condição de Federação, com um Distrito Federal e Municípios, enquanto que o Estado português conta com Regiões Autônomas, Municípios e Freguesias. A própria estruturação do Poder Judiciário e a filosofia recursal dão mostras que foram gestados, nas respectivas épocas, para atender as peculiaridades nacionais.

Mas, naquilo que credita-se como pontos primordiais e de partida para viabilizar um comparativo dos sistemas, força reconhecer que ambos os Estados os adotam, quais sejam: a supremacia da Constituição, com cláusulas pétreas e adoção de requisitos rígidos para revisão/emenda (v.g., *quorum* qualificado), de forma a viabilizar um efetivo controle da constitucionalidade pelo Poder Judiciário, como guardião da Constituição.

⁶ URBANO, Maria Benedita. *Op. cit.*, p. 19.

⁷ URBANO, Maria Benedita. *Op. cit.*, p.19.

⁸ É um tipo de fiscalização estritamente política, abstrata e preventiva, já que a norma ainda é imperfeita e não está em vigor, independentemente de estar ou não a ser aplicada num caso concreto.

2. OBJETIVO

Analisar os modelos de controle de constitucionalidade das normas infraconstitucionais; se há correspondência de institutos jurídicos; as concordâncias e discrepâncias, valendo-se, sempre que possível, da doutrina e, ainda, de ilustrações da jurisprudência.

3. DESENVOLVIMENTO – ESTUDO DAS CONSTITUIÇÕES

A Constituição da República portuguesa, no seu preâmbulo, registra que

A Assembleia Constituinte afirma a decisão do povo português de defender a independência nacional, de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, de estabelecer os princípios basilares da democracia, de assegurar o primado do Estado de Direito Democrático e de abrir caminhos para uma sociedade socialista, no respeito da vontade do povo português, tendo em vista a construção de um país livre, mais justo e fraterno.

O preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil também acentua que

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um *Estado Democrático*, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Aflora nas duas Constituições, portanto, o compromisso com o *Estado Democrático*, o qual, por sua vez, reclama a separação dos poderes e a manutenção da estrutura normativa, que envolve a revisão constitucional e a fiscalização/controle da (in)constitucionalidade, cujos institutos visam garantir e preservar a Constituição, buscando a sua estabilidade, além de prevenir a criação de normas inconstitucionais, já que

...através da fiscalização da constitucionalidade e do sistema de revisão afirma-se a fundamental supremacia da Constituição como *lei fundamental da ordem jurídica*, impondo-se a toda a actividade do Estado (incluindo a de produção normativa) e definindo e demarcando os limites da sua própria alteração.⁹

Nesse compasso, tem-se que as nossas Constituições (CRP e CRFB) são normas cimeiras e democráticas, formadas por um conjunto de dispositivos que dão concretude ao Estado de Direito contendo normas materiais, formais, escritas e, quanto a estabilidade, rígidas, já que somente alteráveis mediante processos, solenidades e exigências formais especiais, diferentes e mais difíceis que os de formação das leis ordinárias ou complementares.¹⁰

No entanto, como assevera Kildare Gonçalves Carvalho,

As Constituições, embora vocacionadas para a estabilidade e a permanência, não são documentos eternos, pois devem adaptar-se à realidade e aos novos tempos. As Constituições não se esgotam no momento de sua criação, mas se inserem num processo que envolve sua aplicação, e de que participam não só os detentores do poder como os destinatários das suas normas.¹¹

Por tal, estão previstos processos para reforma, revisão e emenda das Constituições de importância ímpar, mas que, todavia, não serão abordados nesse breve estudo, o qual se ocupará, nomeadamente, dos métodos para a fiscalização/controle da (in)constitucionalidade das normas infraconstitucionais, merecendo registro, entretantes, da existência de cláusulas pétreas, impostas pelo legislador constitucional originário e que não podem ser revistas pelo poder constituinte derivado, já que dito poder derivado não é para elaborar uma nova constituição, *in verbis*:

1º) O § 4º artigo 60 da CRFB preceitua que

Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I – a forma federativa de Estado;

⁹ GOMES CANOTILHO; VITAL MOREIRA. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Editora: Coimbra, p. 880.

¹⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 11. ed. Editora: Revista Malheiros, p. 45.

¹¹ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo. 10. ed. Editora: Del Rey, p. 211.

- II – o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III – a separação dos Poderes;
- IV – os direitos e garantias individuais.

2º) O *artigo 228º da CRP* estabelece que

As leis de revisão constitucional terão de respeitar:

- a) a independência nacional e a unidade do Estado;
- b) a forma republicana de governo;
- c) a separação das Igrejas do Estado;
- d) os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos;
- e) os direitos dos trabalhadores, das comissões de trabalhadores e das associações sindicais;
- f) a coexistência do sector público, do sector privado e do sector cooperativo e social de propriedade dos meios de produção;
- g) a existência de planos económicos no âmbito de uma economia mista;
- h) o sufrágio universal, directo, secreto e periódico na designação dos titulares electivos dos órgãos de soberania, das regiões autónomas e do poder local, bem como o sistema de representação proporcional;
- i) o pluralismo de expressão e organização política, incluindo partidos políticos, e o direito de oposição democrática;
- j) a separação e a interdependência dos órgãos de soberania;
- l) a fiscalização da constitucionalidade por acção ou por omissão de normas jurídicas;
- m) a independência dos tribunais;
- n) a autonomia das autarquias locais;
- o) a autonomia político-administrativa dos arquipélagos dos Açores e da Madeira.

São limites impostos ao legislador derivado, acentuando Jorge Miranda, além disso, ser materialmente inconstitucional a revisão que:

- a) estabeleça normas contrárias a princípios constitucionais que devam reputar-se limites materiais da revisão, embora implícitos (por exemplo, uma lei de revisão, que estabeleça discriminação em razão de raça, infringindo, assim, o princípio da igualdade);
- b) estabeleça normas contrárias a princípios constitucionais elevados a limites materiais expressos (por exemplo, uma lei de

revisão que estabeleça censura à imprensa, afetando, assim, o conteúdo essencial de um direito fundamental de liberdade);

c) estabeleça normas contrárias a princípios constitucionais elevados a limites materiais expressos, com concomitante eliminação ou alteração da respectiva referência ou cláusula;

d) estipule como limites materiais expressos princípios contrários a princípios fundamentais da Constituição¹².

Na mesma linha, **J.J. Gomes Canotilho** lembra que a revisão está constitucionalmente sujeita a limites formais, circunstanciais e materiais e que a

... não observância, pela lei de revisão, dos limites estabelecidos na constituição, coloca-nos perante o problema da *desconformidade constitucional das leis de revisão*, problema esse que não é substancialmente diferente do problema da inconstitucionalidade das leis ordinárias, dado que o poder de revisão é um poder constituído e não uma novação do poder constituinte.¹³

Esse é, também, o posicionamento de Kildare Gonçalves Carvalho:

As Emendas Constitucionais são passíveis de exame em ação direta de inconstitucionalidade, já que devem observar as exigências formais do artigo 60, I, II e III, §§ 1º a 3º, da Constituição, como também as denominadas cláusulas pétreas, de que trata o § 4º do artigo 60.¹⁴

In casu, se levada a cabo uma revisão constitucional que ofenda a própria Constituição, diante do sistema de controle judicial de constitucionalidade, será do Poder Judiciário a competência para apreciar as arguições de inconstitucionalidade da reforma, revisão ou emenda da respectiva Constituição.

Em arremate, importa salientar que o Poder Judiciário não age *ex officio* e, para tanto, os legitimados terão que postular a declaração de inconstitucionalidade da revisão/emenda constitucional.

Composto esse breve registro, vejamos, então, os modelos adotados pelas Constituições portuguesa e brasileira para fiscalização/

¹² MIRANDA, Teoria do estado e da constituição, p. 426. Apud KILDARE GONÇALVES CARVALHO, p. 219-220.

¹³ J.J. GOMES CANOTILHO. *Op. cit.*, p. 1074.

¹⁴ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Op. cit.*, p. 269.

controle da (in)constitucionalidade das normas infraconstitucionais, as concordâncias, discordâncias e alguns aspectos concretos.

Notam-se, de princípio, divergências de nomenclaturas e na topografia dos textos constitucionais, pois enquanto a Constituição portuguesa fala em *Fiscalização da Constitucionalidade*,¹⁵ que, conforme anotam Gomes Canotilho e Vital Moreira, significa essencialmente “...que a Constituição é a lei básica do país e que toda a ordem jurídica deve ser conforme com ela. Ela é o corolário da consideração da Constituição como norma-quadro da República, isto é, como lei fundamental da ordem jurídica”¹⁶, contando com Capítulo próprio; a Constituição da República Federativa do Brasil não traz capítulo próprio sobre fiscalização de constitucionalidade, inserindo no Capítulo III, que trata do Poder Judiciário, as normas relativas ao controle de constitucionalidade, por ação e por omissão.

Da análise desses capítulos, apura-se, com certeza, que os Tribunais brasileiros e portugueses possuem competência para realizarem a “fiscalização” e o “controle” da (in)constitucionalidade das normas infraconstitucionais, difuso ou concentrado, seja por ação ou omissão.

Outra diferença reside no instituto português de *fiscalização da ilegalidade de normas/diplomas pelo Tribunal Constitucional – TC*, cuidando-se, a grosso modo, de uma “equiparação” ao controle da inconstitucionalidade quando se está diante de leis de valor reforçado, estatutos das regiões autônomas (*Arquipélagos dos Açores e da Madeira*)¹⁷ e/ou equiparadas, fato estranho e não previsto na Constituição brasileira por abordar peculiaridades do Estado português. Lado outro, em razão da forma federativa, contando os Estados-Membros com *Constituições Estaduais* e, conseqüentemente, que podem ser objeto de controle da constitucionalidade em face da Constituição Federal, mas, também, são paradigmas para o controle de constitucionalidade

¹⁵ Constituição da República Portuguesa, Parte IV, Garantia Revisão da Constituição. Título I – *Fiscalização da Constitucionalidade*.

¹⁶ GOMES CANOTILHO; VITAL MOREIRA. *Op. cit.*, p. 891.

¹⁷ Se se, por um acaso, o Estado Português vier a elevar os *Arquipélagos dos Açores* e da *Madeira* à condição de Estados-Membros, que é plenamente compatível com a existência de Constituições Estaduais, o modelo Constitucional Brasileiro poderá ser utilizado como paradigma.

de normas estaduais e municipais que estejam em desconformidade com a Constituição do respectivo Estado-Membro, foram adotados mecanismos próprios para o controle e que guarda nuances próprias.

Essa peculiaridade revela que no Brasil, a princípio, normas estatuais e municipais podem se submeter a 2 (dois) controles de constitucionalidade: o *primeiro* em face da Constituição da República Federativa do Brasil (Constituição Federal); e o *segundo* em face da Constituição Estadual.

Kildare Gonçalves Carvalho esclarece que

No âmbito da *legislação dos Estados-Membros e dos Municípios*, compete ao Tribunal de Justiça local processar e julgar, originariamente, a ação direta, desde que a lei ou ato normativo contrariar a Constituição estadual, vedada a legitimação para agir a um único órgão: é o que se depreende da dicção do artigo 125, § 2º, da Constituição Federal.

Com relação a *lei municipal*, o controle de constitucionalidade dá-se no caso concreto (via de exceção) ou em tese (via de ação). No primeiro caso, a lei municipal poderá ser contrastada com as Constituições Federal e Estadual; no controle em tese, abstrato ou por via de ação, a inconstitucionalidade da lei municipal deverá estar limitada ao texto da Constituição Estadual apenas.¹⁸

Insta esclarecer, ainda no tocante as leis municipais, que o *Supremo Tribunal Federal – STF* – já decidiu que inexistente controle abstrato de lei ou ato normativo municipal em face da Lei Orgânica do mesmo Município.¹⁹ Entretanto, conforme defende Agnaldo Rodrigues Pereira, é perfeitamente possível o *controle da legalidade* da lei ou ato normativo municipal em face da lei orgânica do mesmo Município, via ação ordinária ou mandado de segurança.²⁰

¹⁸ CARVALHO. *Op. cit.*, p. 271.

¹⁹ Recurso Extraordinário. 2. Controle concentrado de constitucionalidade de lei municipal em face da Lei Orgânica do Município. *Inexistência de previsão constitucional*. 3. Recurso não conhecido. (STF – Recurso Extraordinário – RE n. 175.087/SP – Relator(a): Min. Néri da Silveira – Julgamento em 19/03/2002 – Órgão Julgador: Segunda Turma – DJ 17-05-2002 PP-00073

²⁰ PEREIRA, Agnaldo Rodrigues. A antecipação da tutela na ação declaratória de ilegalidade de lei municipal. *Jurisprudência Mineira/Tribunal de Justiça de Minas Gerais*, v. 51, n. 153, p. 19-29, jul./set. [0588700] SEN PGR STF STJ

Guardadas as indispensáveis distinções, é a hipótese que mais se aproxima da fiscalização de ilegalidade prevista na Constituição portuguesa, já que as normas municipais devem guardar conformação com a Lei Orgânica Municipal, a qual é “equiparável” a uma lei portuguesa de valor reforçado, que não dá azo ao controle de (in)constitucionalidade, mas, sim, de ilegalidade, tal como ocorre em Portugal quando confrontadas com leis de valor reforçado ou os estatutos das regiões autônomas.

Deixando, agora, esses pormenores de lado, considerando apenas as Constituições, como as Cartas Magnas dos respectivos Estados Soberanos, no tocante à fiscalização ou controle da (in)constitucionalidade das normas infraconstitucionais, têm-se o seguinte:

I) SISTEMA DE FISCALIZAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE PORTUGUÊS

Existem 4 (quatro) formas de fiscalização:

fiscalização preventiva da inconstitucionalidade por ação;

fiscalização sucessiva concreta da inconstitucionalidade por ação;

fiscalização sucessiva abstrata da inconstitucionalidade por ação; e
fiscalização da inconstitucionalidade por omissão.

II) CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

Existem, também, 4 (quatro) formas de controle:

a) por via de ação direta de inconstitucionalidade por ação;

b) por via de ação declaratória de constitucionalidade;

c) mediante o controle concreto da inconstitucionalidade; e,

d) por via da ação de inconstitucionalidade por omissão.

Para facilitar a investigação comparativa, seguiremos a nomenclatura portuguesa e buscaremos os correspondentes institutos brasileiros naquilo que forem compatíveis ou que guarde(m) alguma(s) semelhança(s).

1º) FISCALIZAÇÃO PREVENTIVA / MANDADO DE SEGURANÇA

O Estado português dispõe de uma fiscalização preventiva, essencialmente política, que é realizada pelo Tribunal Constitucional

quando a norma ainda não foi introduzida na ordem jurídica, ou seja: é realizada uma *apreciação preventiva* da constitucionalidade de normas imperfeitas. Nas palavras de J.J. Gomes Canotilho: “Se ele é feito quando a lei ou acto equivalente sujeito a controlo é ainda um ‘acto imperfeito’, carecido de eficácia jurídica, diz-se que o controlo é *preventivo*”.²¹

É um controle essencialmente abstrato e evita que normas tidas como inconstitucionais entrem em vigor, visando a garantia da própria segurança jurídica e do próprio Estado de Direito.

É um controle concentrado, realizado apenas pelo Tribunal Constitucional – TC – o qual, em até 25 (vinte e cinco) dias: pronunciar-se pela inconstitucionalidade ou não se pronuncia pela inconstitucionalidade. Uma particularidade desse sistema é que se o Tribunal Constitucional *não se pronuncia* pela inconstitucionalidade, essa decisão *não* tem efeitos preclusivos e a questão da inconstitucionalidade poderá voltar a ser arguida e apreciada pelo próprio Tribunal Constitucional, em abstrato ou nos casos concretos.

O Brasil não desfruta de tal sistema, inexistindo a apreciação preventiva pelo Supremo Tribunal Federal ou pelos Tribunais Estaduais locais de normas imperfeitas. Conforme lecciona Kildare Gonçalves Carvalho, no Brasil, o

...controle prévio é predominantemente político, pois se inicia no âmbito do próprio Poder Legislativo, cabendo às Comissões Parlamentares, em especial as denominadas de ‘Constituição e Justiça’, que examinam e emitem parecer sobre a constitucionalidade ou não do projeto, e ao Presidente da República, pelo veto (art. 66, § 1º, da Constituição), impedindo o ingresso de lei inconstitucional no ordenamento jurídico.²²

Saliente-se, entretanto, sobre a hipótese de haver o controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, no âmbito do *processo legislativo*, o qual incidirá sobre o projeto de lei, já que as normas disciplinadoras da tramitação legislativa vinculam a atividade do legislador e devem, portanto, ser respeitadas. É um controle concentrado difuso ou pela via de exceção, já que incabível o controle concentrado ou

²¹ J.J. GOMES CANOTILHO. Op. cit., p. 901.

²² CARVALHO. Op. cit., p. 250.

pela via de ação direta de inconstitucionalidade, o qual é exercível por meio do *Mandado de Segurança*, cuja legitimação ativa vem sendo reconhecida apenas aos parlamentares que se sentirem prejudicados durante o processo legislativo. Contudo, ditos casos são analisados com extrema cautela para não avançar em questões que se circunscrevem ao domínio *interna corporis*, sendo imune à crítica judiciária.

2º) FISCALIZAÇÃO SUCESSIVA CONCRETA / CONTROLE CONCRETO

Quando o ato normativo está perfeito, pleno de eficácia jurídica, a fiscalização e/ou controle sobre ele é *sucessivo* ou *a posteriori*. O exame de fiscalização de constitucionalidade faz-se, assim, num momento sucessivo ao “aperfeiçoamento” do ato normativo, isto é, à sua promulgação, referendo, publicação e entrada em vigor.²³

O controle judicial concreto abrange todas as normas do ordenamento jurídico susceptíveis de controle sob o ponto de vista da constitucionalidade. Na óptica de Paulo Bonavides “O controle por via de exceção é de sua natureza o mais apto a prover a defesa do cidadão contra os atos normativos do Poder, porquanto em toda demanda que suscite controvérsia constitucional sobre lesão de direitos individuais estará sempre aberta uma via recursal à parte ofendida.”²⁴

Esclarecem J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira que

O regime da fiscalização concreta revela claramente a sua *natureza mista*, entre o sistema difuso, tradicional entre nós, e o sistema concentrado, de tipo austríaco. O sistema de controlo é um sistema original: diferentemente do que acontece com outros sistemas dotados de tribunal constitucional onde se consagrou o chamado ‘incidente de inconstitucionalidade’, os tribunais comuns também têm *acesso directo* à Constituição, dispendo de competência plena para julgarem e decidirem as questões suscitadas; mas, diversamente dos sistemas de *judicial review*, as decisões dos tribunais da causa são recorríveis para um tribunal constitucional específico, exterior à jurisdição ordinária.²⁵

²³ J.J. GOMES CANOTILHO. *Op. cit.*, p. 902.

²⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. Editora: Malheiros, p. 294.

²⁵ GOMES CANOTILHO; VITAL MOREIRA. *Op. cit.*, p. 886.

Assim, o Estado português atribuiu a todos os tribunais de 1ª e 2ª Instâncias, além do próprio Tribunal Constitucional, a competência para julgar a existência de inconstitucionalidade das normas aplicáveis ao caso concreto, que está em julgamento, admitindo, assim, o sistema de controlo difuso e, conforme observado acima, um sistema original.

O Estado brasileiro, nessa seara, também admite que os magistrados de 1ª Instância, das Turmas Recursais e dos Tribunais²⁶ (Tribunais Estaduais, Tribunais Regionais Federais, Tribunais Superiores e Supremo Tribunal Federal), no julgamento dos casos concretos, declarem a inconstitucionalidade de normas qualificadas de inconstitucionais.

As maiores diferenças situam-se no sistema recursal, já que em Portugal os recursos das decisões dos tribunais da causa (*que julgam pela inconstitucionalidade*) são dirigidos diretamente ao *Tribunal Constitucional*, que é considerado exterior à jurisdição ordinária, enquanto que no Brasil os recursos são, primeiro, para os Tribunais de Justiça Estaduais ou Federais e Turmas Recursais, se a decisão for do Juiz de 1º Grau e, assim, sucessivamente, até que aporem no *Supremo Tribunal Federal*, que é o guardião da Constituição, mas não é um órgão exterior à jurisdição. Com essa conformação, todos fazem parte da jurisdição ordinária, inclusive o STF – Supremo Tribunal Federal, e há o esgotamento da jurisdição ordinária.

²⁶ Cabível, aqui, um breve esclarecimento sobre o Poder Judiciário Brasileiro. Nos termos do Artigo 92 da CRFB, são órgãos do Poder Judiciário: I – o *Supremo Tribunal Federal*; I – *Ao Conselho Nacional de Justiça*; (*Incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004*) II – o *Superior Tribunal de Justiça*; III – os *Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais*; IV – os *Tribunais e Juízes do Trabalho*; V – os *Tribunais e Juízes Eleitorais*; VI – os *Tribunais e Juízes Militares*; VII – os *Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios*. O Poder Judiciário conta, ainda, com Turmas Recursais, formadas por Juízes de 1º Grau, com competência recursal, atuando como 2º Grau de Jurisdição no âmbito dos Juizados Especiais de Pequenas Causas Cíveis e Criminais (Lei n. 9.099/95).

O controlo difuso pode ser realizado por qualquer Magistrado, no caso concreto, e o recurso da decisão segue o sistema recursal ordinário.

Assim, diferentemente de Portugal, inexistente possibilidade de recurso direto da decisão do Juiz de 1º grau jurisdicional diretamente para o STF – Supremo Tribunal Federal, que é Tribunal Constitucional e recursal, salvo nos casos excepcionais em que os Tribunais atuem com competência originária.

Saliente-se, por óbvio, que os recursos extraordinários serão diretamente para o *Supremo Tribunal Federal*,²⁷ quando as causas forem decididas em única ou última instância, pelas Turmas Recursais, pelos Tribunais Estaduais e Federais (Tribunais Eleitorais, do Trabalho e da Justiça Federal e Militar), pelo Tribunal Superior do Trabalho – TST –, pelo Tribunal Superior Eleitoral – TSE –, pelo Superior Tribunal Militar – STM – ou pelo *Superior Tribunal de Justiça* – STJ.

Sobre os efeitos, pode-se afirmar que as decisões, tanto no sistema brasileiro quanto no português, valem apenas para os casos que deram origem aos recursos, ou seja: é um sistema de desaplicação com eficácia *inter partes*, com *efeitos particulares*, “...pois o acto normativo reconhecido como inconstitucional é desaplicado no caso concreto submetido à cognição do juiz, mas continuará em vigor até ser anulado, revogado ou suspenso pelos órgãos competentes”.²⁸

Calha aqui esclarecer que pelo sistema adotado por Portugal existe a possibilidade do controle passar de concreto para abstrato. É o que ocorre quando o *Tribunal Constitucional – TC – de Portugal* tenha julgado inconstitucional uma norma em 3 (três) casos concretos, quando, então, o próprio TC – Tribunal Constitucional apreciará e declarará, *com força obrigatória geral*, a inconstitucionalidade da norma, o qual é denominado de processo de declaração de inconstitucionalidade com base no controle concreto, previsto no artigo 281º, n. 3, da CRP e artigo 82º da LTC.²⁹

²⁷ Nos termos do Art. 102 da CRFB: Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a *guarda da Constituição*, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: ... *omissis*. II – julgar, em recurso ordinário: ... *omissis*. III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal

²⁸ J.J. GOMES CANOTILHO. *Op. cit.*, p. 903.

²⁹ Artigo 82º da Lei do Tribunal Constitucional – (*Processo aplicável à repetição do julgado*)

O Direito brasileiro não dispõe de sistema idêntico, mas conta com o instituto da *Súmula Vinculante*, o qual está estruturado pelo artigo 103-A da CRFB nos seguintes termos:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, *após reiteradas decisões sobre matéria constitucional*, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004) (*Vide Lei n. 11.417, de 2006*). Grifos nossos

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. (*Incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004*)

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. (*Incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004*)

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

Vê-se que o sistema brasileiro é o mais exigente. Enquanto que no sistema português são exigidas apenas 3 (três) decisões, para o STF – Supremo Tribunal Federal desencadear o processo de elaboração da futura súmula vinculante exige-se reiteradas decisões sobre matéria constitucional, além doutros requisitos.

Sempre que a mesma norma tiver sido julgada inconstitucional ou ilegal em 3 casos concretos, pode o Tribunal Constitucional, por iniciativa de qualquer dos seus juizes ou do Ministério Público, promover a organização de um processo com as cópias das correspondentes decisões, o qual é concluso ao Presidente, seguindo-se os termos do processo de fiscalização abstrata sucessiva da constitucionalidade ou da ilegalidade previstos na presente lei.

Em comum, nessas duas últimas exceções: os efeitos são *erga omnes*.³⁰

3º) FISCALIZAÇÃO SUCESSIVA ABSTRATA/AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

Conforme já dito, quando o ato normativo está perfeito, pleno de eficácia jurídica, o controlo sobre ele é *sucessivo* ou *a posteriori*. O exame de fiscalização de constitucionalidade faz-se, assim, num momento sucessivo ao “aperfeiçoamento” do ato normativo, isto é, à sua promulgação, referendo, publicação e entrada em vigor³¹.

³⁰ Nesse sentido: “SÚMULA VINCULANTE – EFICÁCIA ERGA OMNES – SUPERPOSIÇÃO A QUALQUER MÉTODO DE INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DA LEI – A Súmula Vinculante n. 04 do Excelso STF tem eficácia imediata e se superpõe a qualquer método de interpretação que se pretenda utilizar para uma interpretação da lei. Súmulas são insuscetíveis de ser interpretadas, por já expressarem a síntese da uniformização da jurisprudência, especialmente as Súmulas Vinculantes, que possuem eficácia de definitividade equivalente à lei (stare decisis) e se aplicam com a mesma eficácia geral e abstrata da lei com caráter erga omnes, a todos os cidadãos e à Administração Pública. Portanto, negar a aplicação do comando da Súmula Vinculante equivale a descumprir a lei, porquanto, por seu intermédio, o Excelso Supremo Tribunal Federal delimita a único significado da lei, que deve ser cumprido por toda a estrutura de organização do Estado, não apenas a Administração da Justiça, mas também, e acima de tudo, a Administração Pública. Por isso, descumprir o comando da Súmula Vinculante equivale ao descumprimento da lei, ao passo que aplicá-la de forma canhestra equivale a fraudar a lei (“contra legem facit qui facit quod lex prohibet; in fraudem vero qui salvus verbis legis sententiam ejus circumvenit”). É o que pedem os recorrentes em suas razões recursais, no sentido de que seja reformada a r. sentença recorrida, que aplicou a referida Súmula Vinculante, a fim de que seja determinado ao MM. Juízo a quo a utilização da analogia para a solução de uma suposta incompatibilidade entre a parte final do artigo 192 da CLT e o artigo 7º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, de forma diversa da solução judicial já delineada pela Súmula Vinculante n. 04 do Excelso STF. Negado provimento ao recurso. (TRT 3ª R. – RO 00661-2009-091-03-00-7 – Terceira Turma – Rel. Des. Milton Vasques Thibau de Almeida – DJe 14.12.2009) (Ementas no mesmo sentido)”.

³¹ J.J. GOMES CANOTILHO. *Op. cit.*, p. 902.

Esclarecem J.J Gomes Canotilho e Vital Moreira que

Ao lado do controlo concreto e difuso, existe um controlo abstracto e concentrado, também chamado controlo em ‘via principal’, em ‘via de acção’ ou em ‘via directa’. O controlo abstracto é independente da fiscalização concreta, mas existe a possibilidade de trânsito de controlo concreto para o controlo abstracto, a fim de se obter a generalização das decisões proferidas em controlo concreto (art. 281º-3).

O controlo abstracto concentrado também é universal, dado que abrange todas as normas susceptíveis de fiscalização por inconstitucionalidade. Compete ao TC em exclusivo, a requerimento de certos órgãos públicos, não estando aberto à generalidade dos cidadãos, nem sequer aos interessados na fiscalização da norma.³²

O Estado português dispõe de um controle abstrato e concentrado, que é independente da fiscalização concreta, realizado exclusivamente pelo *Tribunal Constitucional* – *TC*. Esse controle é realizado, conforme já asseverado, quando a norma está em vigor, mas não está em aplicação em um caso concreto, entretanto, existe a possibilidade de um controle passar de concreto para abstrato (artigo 281º 3º da CRP).

A declaração de inconstitucionalidade é dotada de força obrigatória geral.

O modelo brasileiro também admite o controle abstrato e concentrado da inconstitucionalidade pelo *Supremo Tribunal Federal* – *STF* quando as normas estejam em desconformidade com a Constituição Federal.

É o intitulado controle por via de ação,³³ introduzido pela Constituição de 1988, constituindo-se numa nova modalidade de ação direta de inconstitucionalidade, de carácter genérico, cuja decisão que declara a inconstitucionalidade também tem efeitos *erga omnes*.³⁴

³² GOMES CANOTILHO; VITAL MOREIRA. *Op. cit.*, p. 886-887.

³³ “*Temos no Brasil duas sortes de controle da constitucionalidade das leis: o controle por via de exceção e o controle por via de ação*”. BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. Editora Malheiros. 9ª Edição., pag. 293.

³⁴ Artigo 102 § 2º da CRFB: “*As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações*

Há no sistema brasileiro, entretanto, 2 (dois) diferenciais:

- a) os Tribunais Estaduais também apreciam e declaram a inconstitucionalidade, no âmbito dos Estados-Membros, das leis que estejam em desconformidade com as respectivas Constituições Estaduais;³⁵
- b) a possibilidade de ajuizamento de ação *declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal*,³⁶ cuja ação visa paralisar o debate em torno de questões jurídicas fundamentais de interesse coletivo e tem, por pressuposto fático, a existência de decisões de constitucionalidade, em processos concretos, visando solucionar esse estado de controvérsia generalizado por via da coisa julgada vinculante, quer confirme as decisões proferidas concluindo-se, em definitivo, pela inconstitucionalidade ou pela constitucionalidade da lei, encerrando os processos em aberto.

O processo e o julgamento da ação declaratória de constitucionalidade foram regulamentados pela Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999.

4º) FISCALIZAÇÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

Os Tribunais Portugueses realizam, além da fiscalização e/ou controle da inconstitucionalidade das normas por ação, em abstrato

declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”

³⁵ Nos termos do § 2º do Art. 125 da CRFB: § 2º – *Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.*

³⁶ A ação declaratória de constitucionalidade foi introduzida em nosso Direito pela Emenda Constitucional n. 2, de 17.3.1993, que deu nova redação à alínea a do inciso I do artigo 102 da Constituição, passando o seu parágrafo único a § 1º, e acrescentando-lhe o § 2º, bem como acrescentou o § 4º ao artigo 103, entretanto, *com a Emenda 45, de 2004*, o § 4º do Artigo 103 foi revogado, com a alteração da redação do § 2º, nos seguintes termos:

e em concreto, ainda, um controle concentrado de omissões legislativas, que é o controle da inconstitucionalidade por omissão, realizado exclusivamente pelo TC – Tribunal Constitucional.

O efeito prático, entretanto, é praticamente inexistente, já que se limita à certificação da omissão e à comunicação da decisão ao órgão legislativo competente para conhecimento (*artigo 283º n. 2 da CRP: Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente*). A princípio, sem nenhuma consequência pela manutenção da inércia legislativa.

O Direito brasileiro, provavelmente de inspiração constitucional portuguesa,³⁷ também incorporou o controle da inconstitucionalidade por omissão, que decorre da inércia ou do silêncio do legislador, descumprindo obrigação constitucional de legislar.

Tal qual em Portugal, o legislador constitucional brasileiro foi extremamente comedido e não avançou com providências concretas, dispondo, no § 2º do artigo 103 da CRFB, que “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

Na abalizada análise de José Afonso da Silva, dita inovação não deixa de ser um grande passo, contudo

...a mera ciência ao Poder Legislativo pode ser ineficaz, já que ele não está obrigado a legislar. Nos termos estabelecidos, o prin-

Artigo 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar originariamente: A ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

(...) § 2º § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (*Redação dada pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004*)”

³⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. Editora: Malheiros, p. 300.

cípio da discricionariedade do legislador continua intacto, e está bem que assim seja. Mas isso não impediria que a sentença que reconhecesse a omissão inconstitucional já pudesse dispor normativamente sobre a matéria até que a omissão legislativa fosse suprida. Com isso, conciliar-se-iam o princípio político da autonomia do legislador e a exigência do efetivo cumprimento das normas constitucionais.³⁸

Essas são, a princípio, as correlações sobre o tema, não avançando noutros institutos constantes do ordenamento jurídico brasileiro, tais como o *Mandado de Injunção* introduzido pelo artigo 5º, LXXI, da Constituição Federal³⁹ e *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* prevista no artigo 102, § 1º, também da Constituição Federal⁴⁰ e que foi regulamentada pela Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999, já que não guardam correspondência direta com o ordenamento jurídico português.

4. ASPECTOS DA JURISPRUDÊNCIA

Dentre várias decisões, foram escolhidos apenas 4 (quatro) julgados, os quais demonstram que os Tribunais Constitucionais, de ambos os Países, em razão da própria carga política, quando da aplicação concreta dos *efeitos retroativos* ou dos *efeitos prospectivos*,⁴¹ ado-

³⁸ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 52.

³⁹ Nos termos do Artigo 5º, LXXI, da Constituição de 1988: conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

⁴⁰ Nos termos do Art. 1º da Lei n. 9.882/99, “A arguição prevista no § 1º do artigo 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental: I – quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.”

⁴¹ “Existem efeitos prospectivos quando se atribui à decisão de anulação uma eficácia *ex nunc*, no sentido de que o efeito da invalidade só começa a partir do momento em que seja declarada a inconstitucionalidade; fala-se de efeitos retroativos ou de eficácia *ex tunc*, com efeitos retroativos, próprios da nuli-

tam diferentes soluções, normalmente em razão dos reflexos práticos oriundos do reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma. Em casos mais complexos, chegam a postergar os efeitos da decisão, a saber:

No último dia *15 de maio de 2013*, portanto, em recentíssima decisão, já divulgada pelo serviço de imprensa do *STF* – Supremo Tribunal Federal, o Tribunal acolheu os argumentos de uma ADIn (Ação Direta de Inconstitucionalidade) movida pela Procuradoria-Geral da República em desfavor do Estado do Acre, onde fora questionada uma emenda à Constituição do Acre que, em 2005, “legalizou” as contratações de 11.554 servidores públicos.

A decisão declarou inconstitucional o artigo 37 da Constituição do Estado-Membro do Acre que permitiu a efetivação de servidores públicos estaduais em quadros considerados temporários e, portanto, nulas de pleno direito. O diferencial está no voto do *Ministro Dias Toffoli*, modulando os efeitos da decisão e concedendo o prazo de 12 (doze) meses para a regularização dos chamados funcionários irregulares, do contrário todos os contratos seriam imediatamente cancelados, *in verbis*:

...tendo em vista informação oferecida pela Procuradoria-Geral do Estado do Acre (fl. 185), no sentido de que foram contratados 11.554 (onze mil quinhentos e cinquenta e quatro servidores sem aprovação em concurso público, entre o período de 05/10/1983 a 18/01/1994, que se encontram trabalhando (com a ressalva daqueles que já se aposentaram ou foram exonerados) em todas as secretarias e entidades da Administração estadual, inclusive em serviços públicos essenciais, como nas secretarias de saúde (3.488 servidores), da educação (4.280 servidores) e de segurança (656 servidores), e de forma semelhante ao que o Tribunal decidiu nas ADIs n. 4.125/TO e n. 3.819/MG, proponho a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, nos termos do art. 27 da Lei n. 9.868/99, para dar *efeitos prospectivos* à decisão, *de modo que somente produza seus efeitos a partir de doze meses contados da data da publicação da ata deste julgamento*, tempo hábil à realização de concurso público, nomeação e posse

dade em sentido técnico, quando a eficácia invalidante abrange todos os actos, mesmo os praticados antes da declaração da inconstitucionalidade (cfr. Art. 282º)”. J.J. GOMES CANOTILHO. Op. cit., p. 904.

de novos servidores, evitando-se, assim, prejuízo aos serviços públicos essenciais à população.⁴² (Grifos nossos)

Lê-se do voto que o Relator se arrimou em precedentes da própria Corte e, ainda, no *artigo 27 da Lei n. 9.868/99*, que dispõe que

Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. (Grifos nossos)

Em outra oportunidade, agora depois de julgado o recurso, *não obstante não ser o instrumento processual adequado*, porquanto, conforme já decidido pelo próprio STF – *Supremo Tribunal Federal* que os *Embargos de Declaração* não se prestam a modificar capítulo decisório, salvo quando a modificação figure consequência inarredável da sanção de vício de omissão, obscuridade ou contradição do ato embargado⁴³ *admitiu-se* o cabimento de Embargos de Declaração para

⁴² *Notícias STF* – Terça-feira, 21 de maio de 2013 – **Íntegra do voto do ministro Dias Toffoli sobre substituição de não concursados no AC** Leia a íntegra do voto do ministro Dias Toffoli na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3609, em que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do artigo 37 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado do Acre, acrescido pela Emenda Constitucional 38, de 5 de julho de 2005, que permitiu a efetivação, em quadros em extinção, de mais de 11 mil servidores contratados sem concurso público naquele estado, até 31/12/94. *Em seu voto, o ministro propõe a modulação dos efeitos da decisão, análise que ainda será concluída em Plenário.*

⁴³ 1 – RECURSO – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – PRETENSÃO DE ALTERAÇÃO DO TEOR DECISÓRIO – INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO – INADMISSIBILIDADE – EMBARGOS REJEITADOS – INTELIGÊNCIA DO ART. 535 DO CPC – Embargos declaratórios não se prestam a modificar capítulo decisório, salvo quando a modificação figure consequência inarredável da sanção de vício de omissão, obscuridade ou contradição do ato embargado. 2 – RECURSO – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – CARÁTER MERAMENTE PROTETATÓRIO – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – IMPOSIÇÃO DE MULTA – APLICAÇÃO DO ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, CC – ARTS. 14, II E III, E 17, VII, DO CPC – Quando abusi-

fins de modulação de efeitos, independentemente de pedido expresso da parte interessada, no controle difuso de constitucionalidade (Recurso Extraordinário), *in verbis*:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CABIMENTO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO. CONCESSÃO. EMBARGOS ACOLHIDOS. I – *Conhecimento excepcional dos embargos de declaração em razão da ausência de outro instrumento processual para suscitar a modulação dos efeitos da decisão após o julgamento pelo Plenário*. II – Modulação dos efeitos da decisão que declarou a inconstitucionalidade da cobrança da taxa de matrícula nas universidades públicas a partir da edição da Súmula Vinculante 12, ressalvado o direito daqueles que já haviam ajuizado ações com o mesmo objeto jurídico. III – Embargos de declaração acolhidos. (STF, RE 500171, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, p. 03/06/2011) (Grifos nossos)

Há, portanto, um firme posicionamento para que sejam sopesadas as consequências dos julgamentos, mormente quando da aplicação concreta dos *efeitos retroativos* ou dos *efeitos prospectivos*, visando à modulação dos efeitos da decisão.

No vértice português, o *Acórdão n. 353/2012*⁴⁴ do *TC – Tribunal Constitucional* que apreciou pedido formulado por um grupo de Deputados à Assembleia da República, ao abrigo do disposto na alínea *a*), do n.º 1, e na alínea *f*) do n.º 2, do artigo 281.º, da Constituição da República Portuguesa, e do n.º 1, dos artigos 51.º e 62.º, da Lei n.º 28/82, de 15 de novembro, a declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas constantes dos artigos 21.º e 25.º, da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro (Lei do Orçamento de Estado para 2012), *também concluiu pela “modulação” dos efeitos da decisão*, nos seguintes termos:

a) Declara-se a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, por violação do princípio da igualdade, consagrado no ar-

va a interposição de embargos declaratórios, manifestamente protelatório, deve o Tribunal condenar o embargante a pagar multa ao embargado. (STF – EDcl -RE 567.149 – Rel. Min. Cezar Peluso – DJe 19.03.2010 – p. 45)

⁴⁴ Acórdão disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/c/acordãos/20120353.html>>.

tigo 13.º da Constituição da República Portuguesa, das normas constantes dos artigos 21.º e 25.º, da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro (Orçamento do Estado para 2012).

b) Ao abrigo do disposto no artigo 282º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa, determina-se que os efeitos desta declaração de inconstitucionalidade não se apliquem à suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de Natal, ou quaisquer prestações correspondentes aos 13.º e, ou, 14.º meses, relativos ao ano de 2012.

O *TC – Tribunal Constitucional*, no caso em julgamento, aplicou o disposto artigo 282º, n. 4, da Constituição da República portuguesa que preceitua que “*Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n. 1 e n. 2*”, que tratam dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade⁴⁵. (Grifos nossos)

Entretanto, o dito *TC – Tribunal Constitucional Português* – em recente decisão, *Acórdão n. 187/2013*⁴⁶, publicado no **último 22** de abril de 2013, também apreciando questão orçamentária (*Orçamento do Estado para 2013*), envolvendo o confisco dos subsídios de férias aos funcionários públicos e aos pensionistas, por maioria, rechaçou o malsinado confisco ao fundamento de que esta medida viola o princípio constitucional da igualdade, e, dessa feita, não utilizou a prer-

⁴⁵ Artigo 282º – *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade*. 1. A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado. 2. Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infracção de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última. 3. Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido. 4. Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos ns. 1 e 2.

⁴⁶ Acórdão disponível em: <<http://dre.pt/pdf1disp/2013/0407800/0232802423.pdf>>.

rogativa disposta no artigo 282º n. 4 da Constituição da República Portuguesa.

Sem a almejada modulação, tal qual ocorrida no Acórdão anterior, relativo ao Orçamento do Estado de 2012, os efeitos são retroativos, isso porque a norma é nula. As consequências concretas da decisão foram amplamente divulgadas pela imprensa, nos seguintes termos: “*Chumbo do Constitucional pode custar mais de 1.350 milhões de euros*”.

O chumbo do Tribunal Constitucional à suspensão dos subsídios de férias dos funcionários públicos e pensionistas, dos cortes de 5% no subsídio de doença e de 6% no subsídio de desemprego podem custar mais de 1.350 milhões de euros.

De acordo com a decisão divulgada, nesta sexta-feira, pelo Tribunal Constitucional, são declaradas como inconstitucionais os artigos 29.º (suspensão dos subsídios de férias dos funcionários públicos), o artigo 31.º na medida em que aplica o artigo 29.º, o artigo 77.º (suspensão de 90% dos subsídios de férias dos pensionistas) e o artigo 117.º (corte de 5% nos subsídios por doença e de 6% nos subsídios de desemprego).

Este chumbo pode custar à volta de 1.350 milhões de euros ao Orçamento do Estado para 2013, de acordo com cálculos feitos pela Lusa.

Défice pode chegar aos 6,3%

O défice pode atingir os 6,3% do PIB caso o Governo não compense o chumbo do Tribunal Constitucional a quatro normas do Orçamento do Estado para 2013, e assim falhar a meta de 5,5% acordada com a ‘troika’.

O cortes chumbados pelo tribunal podem implicar um ‘rombo’ no Orçamento do Estado para 2013 na ordem dos 1.350 milhões de euros, o que representa 0,82% do Produto Interno Bruto esperado para este ano pelo Governo.⁴⁷

Força reconhecer, então, que a modulação é um instituto muito importante e que deve ser usado com extrema parcimônia.

⁴⁷ Matéria disponível em: <http://jn.pt.PaginaInicial/Politica/Interior.aspx?conte_t_3149738#page0>.

5. CONCLUSÃO

Pelo que foi visto, apesar de algumas diferenças, indiscutível que o direito constitucional, no âmbito da fiscalização/controle da (in) constitucionalidade das normas infraconstitucionais, de ambos os Países, guardam várias semelhanças.

Existem, todavia, particularidades inerentes a própria estrutura orgânica dos Estados, já que o Brasil adota o regime presidencialista, com um Poder Legislativo bicameral (Senado e Câmara dos Deputados), além de ser um Estado Federado, composto de Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios, enquanto Portugal adota o regime semipresidencialista, com sistema legislativo unicameral, organizado via Assembleia da República composta por 230 Deputados, possuindo regiões autónomas (os arquipélagos dos Açores e da Madeira), que contam com regimes político-administrativos próprios; os Municípios, freguesias e as regiões administrativas.

Ditas diferenças, envolvendo a organização do Estado, refletem na própria estrutura do Poder Judiciário e, conseqüentemente, na forma como as questões de (in)constitucionalidade são apresentadas para apreciação jurisdicional.

Entretanto, a rigidez das constituições e as vedações às alterações/revisões de matérias constitucionais, aliadas ao apertado *quórum* para aprovação de emendas/revisões, dão o mote para a estabilidade das normas constitucionais de ambos os Países e o afinamento das normas infraconstitucionais.

As formas de controle: concentrado, difuso, abstrato e em concreto são comuns aos dois sistemas.

O respeito a tripartição de poderes e a existência de Tribunais, como guardiões das Constituições, dão concretude a estabilidade e possibilitam a uniformização da jurisprudência.

Existem, todavia, institutos que são próprios de cada Estado, mas que, numa análise superficial, não são totalmente incompatíveis e quizá poderiam ser aproveitados para correção de falhas dos sistemas e incremento da fiscalização/controle da (in)constitucionalidade das normas pelo Poder Judiciário.

Em conclusão: o sistema de fiscalização/controle da (in)constitucionalidade de normas encontra abrigo nas Constituições da Re-

pública portuguesa e da República Federativa do Brasil e guardam inúmeros pontos de contato, viabilizando, conseqüentemente, o estudo comparado, com o aproveitamento de valiosas experiências nos planos jurídico e administrativo.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. Editora Malheiros.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo. 10. ed. Editora Del Rey.

GOMES CANOTILHO; VITAL MOREIRA. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Editora Coimbra.

J.J. GOMES CANOTILHO. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. 11ª Reimpressão. Editora Almedina.

PEREIRA, Agnaldo Rodrigues. *A antecipação da tutela na ação declaratória de ilegalidade de lei municipal*. Jurisprudência Mineira/Tribunal de Justiça de Minas Gerais, v. 51, n. 153, p. 19-29, jul./set. [0588700] SEN PGR STF STJ

URBANO, Maria Benedita. *Curso de Justiça Constitucional*. Evolução histórica e modelos de controlo da constitucionalidade. Editora Almedina.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 11. ed. Revista Malheiros Editora.

2

DA POSSIBILIDADE DE AUMENTO *EX OFFICIO*, EM SEDE RECURSAL, DO VALOR IRRISÓRIO FIXADO POR COMPENSAÇÃO DE DANOS MORAIS

Augusto Vinícius Fonseca e Silva¹

RESUMO

O presente trabalho visa a defender a tese da possibilidade de aumento, de ofício, em grau de recurso, do valor de compensação por danos morais fixados irrisoriamente pela instância jurisdicional inferior, sem que com isso sejam violados princípios recursais básicos. Advoga-se, aqui, essa possibilidade, por entendermos que o tema da indenização por danos morais é de ordem pública e, por isso, passível de conhecimento pela instância recursal, ainda que as partes sobre isso nada requeiram ou, até mesmo, requeiram a diminuição de seu valor que, em verdade, é meramente estimativo.

Palavras-Chave: dano moral, valor irrisório, ordem pública, modificação de ofício, possibilidade.

ABSTRACT

The present work aims to defend the thesis of the possibility of increase of trade, on appeal, the amount of compensation for moral

¹ Juiz de Direito em Minas Gerais. Pós-graduado em Direito Civil e Direito Processual Civil pela UNESA-RJ. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Sócio-honorário da Academia Brasileira de Direito Processual Civil (ABDPC). Professor de Direito Constitucional Processual de cursos de pós-graduação em Direito Processual em Minas Gerais.

damages fixed by the ridiculously lower instance court, without thereby appellate basic principles are violated. It is proposed here that possibility, because we believe that the issue of punitive damages is mandatory and therefore knowable by the appellate instance, even if the parties require anything about it or even requiring decrease of its value, in fact, is merely estimated.

Keywords: moral damage, an insignificant amount, public policy, Modified craft, possibility.

Sumário: 1. Introdução. 2. Natureza jurídica da compensação por danos morais. 3. Então: é possível o aumento *ex officio*, em sede recursal, do valor irrisório fixado pela compensação por dano moral? 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Temas dos mais difíceis em Direito é o da fixação do valor de compensação por dano moral. Como um juiz pode mensurar o valor da lesão a direito da personalidade de um próximo ou como medir a extensão da violação à honra objetiva de uma pessoa jurídica?

A tarefa de julgar é difícil, ainda mais quando envolve a dor alheia. Observou Carnelutti, com efeito, que,

na raiz dessa intuição está, ainda para os descrentes, a palavra de Cristo: não julgueis. Se soubessem o que significa julgar, perceberiam que é o mesmo que ver no futuro; mas o homem é prisioneiro do tempo e o juízo é uma evasão possível. Digo tudo isto para fazer compreender apenas uma coisa, para se ter uma ideia do processo: o juiz, para sê-lo, deveria ser mais que homem – um homem que se aproximasse de Deus. A história conserva uma lembrança desta verdade ao nos mostrar uma primitiva coincidência entre o juiz e o sacerdote, que pede a Deus e dele obtém uma capacidade superior à dos outros homens. Ainda hoje, se o juiz, apesar do desprezo em relação às formas e aos símbolos, que é dos caracteres pejorativos da vida moderna, leva o hábito solene que chamamos toga, isto responde à necessidade de fazer visível a majestade, e esta é um atributo divino.²

² *Como se faz um processo*. Trad. Jeremy Lugros. São Paulo: Nilobook, 2013, p. 38-39.

Creem alguns na imagem do Juiz sobre-humano, divino (alguns há, é verdade, que se acreditam deuses), que nunca erra e que não pode conviver em sociedade, sob pena de quebrar sua imparcialidade (e há juízes que preferem a misantropia como forma de preservação dessa imparcialidade).

Nada mais equivocado.

Não é se castrando do juiz a possibilidade de viver gregariamente, tal qual os demais semelhantes, que irá torná-lo mais ou menos parcial. Muito ao contrário até, pois é convivendo (vivendo-com) que perceberá as nuances da vida social, inclusive vivendo-a *in concreto*.

Como homem que é, tem suas idiossincrasias, suas preferências ideológicas, partidárias, culturais, etc., mas isso não importa que seja ele um ser “asséptico” ou um “eunuco político”.³

Dessarte, sua sensibilidade e sua bagagem de vida quando do exame do caso envolvendo dano moral influirão diretamente na fixação do *quantum* compensatório decorrente, ainda mais porque, à falta de critério legal para tabelar o valor da dor, relega-se ao seu prudente arbítrio a estipulação do importe compensatório.⁴ Sua formação e suas convicções certamente afetarão seu decidir nesse aspecto.

Observado isso, pergunta-se, então: quando um Magistrado de grau jurisdicional inferior fixar um determinado valor de compensação por dano moral em montante irrisório ou aquém do proporcional, poderá o órgão recursal superior aumentá-lo, de ofício, em recurso aviado unicamente pelo sucumbente, no qual, inclusive, almeje a redução daquele valor?

A resposta não é singela e perpassa pelo exame de algumas considerações prévias.

³ SOUZA, Artur César de. *A parcialidade positiva do Juiz*. São Paulo: RT, 2008, p. 139.

⁴ Já lecionava Maria Helena Diniz que “*grande é a importância do magistrado na reparação do dano moral, competindo, a seu prudente arbítrio, examinar cada caso, ponderando os elementos probatório e medindo as circunstâncias, preferindo o desagravo direto ou a compensação não econômica à pecuniária sempre que possível ou não houver riscos de novos danos*”. Apud COSTA, Helio Rubens Batista Ribeiro. *Aspectos processuais da indenização de dano moral*. Rodrigo Mazzei (Coord.). São Paulo: Manole, 2006, p. 173

2. A NATUREZA JURÍDICA DA COMPENSAÇÃO DOS DANOS MORAIS

Premente, à primeira, frisar que danos morais não são ressarcíveis, mas, sim, compensáveis. Não se ressarce a dor ou a lesão a direito personalíssimo, porque não é ela mensurável em pecúnia. Não cabe tabular um sentimento tão pessoal, tão íntimo, sob pena de se querer fazer racional algo que é totalmente emocional. Apenas é possível mitigá-la, reduzi-la, apaziguá-la. Daí a dificuldade do Juiz em fixar seu valor, porque deverá exercitar compaixão para com aquele que sofre (colocar-se no seu lugar), o que, lamentavelmente, nem sempre acontece.

Segundo leciona Nelson Rosenvald,

distinta é a natureza das pretensões por danos patrimonial e moral. Naquela, visa o lesado apenas ao ressarcimento, mediante a eliminação dos danos emergentes e lucros cessantes, com conseqüente recomposição material da situação anterior ao dano. Detém função de equivalência, mediante efetiva supressão de prejuízos.

Diversamente, a pretensão ao dano moral detém, simultaneamente, caráter punitivo ao infrator e compensatório à vítima, como duas faces de uma mesma moeda. O sofrimento é irressarcível (aliás, a dor não tem preço), por ser impraticável a eliminação dos efeitos patrimoniais de uma lesão. Todavia, a vítima não pleiteia um preço por seu padecimento, porém uma compensação parcial da dor injusta com os valores percebidos, como forma de amenizar o seu sofrimento. A frustração da vítima será compensada por uma sensação agradável, capaz de anestesiar o mal impingido.⁵

Daí se concluir que o dano *material* é *ressarcível*, enquanto o dano *moral* é *compensável*.

Sem pretender esgotar o assunto, mas sendo premente dele tratar como pressuposto daquilo que se propôs como mote do presente trabalho, tem-se ferrenha a disceptação entre as correntes relativas à natureza jurídica da indenização por dano moral.

⁵ *Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil*. Belo Horizonte: Praetorium, 2001, p. 130-131. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro: Responsabilidade Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 340-341, v. IV.

Uns acenam pela natureza meramente compensatória (*compensatory damages*), em que a indenização serviria apenas como forma de reparação do dano sofrido pela vítima. Outros, ao contrário, também sustentam a natureza punitiva (*punitive damages*), pois que se deve impor ao ofensor, além disso, uma reprimenda de caráter sancionador e preventivo para que não cometa novas lesões. Essa última corrente tem forte presença em países da *common law* e nos Estados Unidos da América.

No Brasil, assevera Carlos Roberto Gonçalves, tem prevalecido o entendimento de duplo caráter da natureza reparatória, isto é, tem natureza compensatória para a vítima e punitiva para o agressor. Ao mesmo tempo em que compensa o ofendido, servindo-lhe de consolo e lenitivo (porquanto nunca haverá a recomposição ao *statu quo ante*), atua como sanção ao lesante, com escopo de desestimulá-lo a não mais lesar direito da personalidade dos outros.⁶

Anderson Schreiber posta-se contundentemente contrário à teoria eclética ou mista adotada no Brasil, chamando-a de “uma espécie bizarra de indenização”, porque contrária à letra do artigo 944 do Código Civil, porque impõe ao agressor uma indenização que não lhe permite inferir em que medida está sendo apenado e porque produz inconsistências atinentes ao princípio da vedação ao enriquecimento sem causa.⁷

Seguimos, *permissa venia*, a teoria mista, por nos parecer a mais adequada à realidade pátria, em que os agentes lesantes são, amiudemente, os mesmos e as razões por que são demandados são quase sempre as mesmas. Não há que se falar da falta de ciência acerca do importe da condenação, posto que quem lesa, sabe, na imensa maioria das vezes, a magnitude da lesão praticada. Igualmente, é descabido falar em enriquecimento ilícito do ofendido, haja vista que este, lesado em seu âmago, nunca terá a recomposição do que foi atingido.

A compensação indenizatória dos danos morais, segundo preconiza Antônio Jeová Santos, há de ter em conta o grau de reprova-

⁶ *Op. cit.*, p. 376.

⁷ *Novos paradigmas da responsabilidade civil: Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 200-201.

bilidade da conduta e ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano e as condições pessoais do ofendido, tudo devidamente permeado pelo bom senso, pela razoabilidade e segundo as nuances do caso concreto (artigo 944 do Código Civil). Também deve a compensação por danos morais abranger três causas: a compensação de perda ou dano derivado de uma conduta; a imputabilidade desse prejuízo a que, por direito, o causou; e a prevenção contra futuras perdas e danos. Como bem giza Marcelo Rodrigues di Rezende,

possui a indenização caráter punitivo-educativo-repressor, não apenas reparando o dano, repondo o patrimônio abalado, mas também atua de forma intimidativa para impedir perdas e danos futuros.

Na hipótese de lesão, dano, não é somente o patrimônio do ofendido que resta abalado, mas o próprio direito, a lei é ofendida. Deixar de reparar de forma primorosa e exemplar esta ofensa é a maior das ofensas que poderia ser imposta ao lesado e à própria ideia de Justiça.⁸

A jurisprudência ratifica:

APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – CADASTRO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO – INSCRIÇÃO INDEVIDA – (...) – DANOS MORAIS. *QUANTUM*. CARÁTER DÚPLICE. (...) O valor da indenização por danos morais deve ter caráter duplice, tanto punitivo do agente, quanto compensatório em relação à vítima.⁹

Na presente hipótese o valor da condenação por danos morais encontra-se dentro dos parâmetros legais, atendendo ao duplice caráter daquela condenação, tanto punitivo do ente causador quanto compensatório em relação à vítima.¹⁰

⁸ REZENDE, Marcelo Rodrigues di. Quando a interposição de ações de indenização por danos morais torna-se abusiva. In: *Bases Científicas para um renovado Direito Processual*. Org.: Athos Gusmão Carneiro e Petrônio Calmon. Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 442.

⁹ TJMG – Processo: 103130619426830011 – Rel. Des. Bitencourt Marcondes – j. 18.2.2009 – DJ 17/04/2009.

¹⁰ STJ – REsp 763531/RJ – Rel. Min. Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF da 1ª Região – 2.ª T. – j. 25/03/2008 – DJe 15.4.2008.

3. ENTÃO: É POSSÍVEL O AUMENTO *EX OFFICIO*, EM SEDE RECURSAL, DO VALOR IRRISÓRIO FIXADO PELA COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL?

O colendo Superior Tribunal de Justiça está para apreciar o tema, que foi objeto de Reclamação interposta por instituição financeira em face de acórdão de Turma Recursal de Minas Gerais e, em sede liminar, o eminente relator assim decidiu:

Na hipótese em liça, em que pese o aresto objurgado não contrarie diretamente Súmula desta Corte nem confronto com precedentes julgados pelo rito do art. 543-C do CPC, trata-se de decisão teratológica, pois, a Turma Recursal, examinando um recurso inominado, negou provimento ao recurso e, de ofício, agravou a situação do recorrente, o banco ora reclamante. Ademais, o próprio aresto vergastado reconhece que a consumidora vencedora na ação ordinária, ora interessada, não manejou recurso inominado no intuito de aumentar o valor da indenização a título de danos morais.

Desse modo, em exame perfunctório, considerando a plausibilidade do direito invocado e o fundado receio de dano de difícil reparação, defere-se a liminar requerida para determinar a suspensão do processo originário, até o julgamento final da presente reclamação.¹¹

Ousamos discordar do posicionamento supracitado, conquanto o respeitemos, porque, como veremos adiante, teratológica é a situação de contumaz renitência de algumas pessoas jurídicas poderosas que se acreditam acima da lei, o que é inadmissível, e porque, em sede de dano moral, “o direito é da parte e o valor é do juízo”,¹² quer dizer, o valor de compensação dado na inicial pelo requerente é meramente estimativo, ficando ao arbítrio judicial, secundado pelas circunstâncias acima mencionadas, fixar, com equilíbrio e prudência, o valor justo e proporcional a compensar o ofendido e a compelir o ofensor a não mais agir como agiu.¹³ Bem por isso, assiste toda razão a Feli-

¹¹ STJ, Rel 11805-MG, 2.^a S., Rel. Min. Raul Araújo, j. 12.3.2013.

¹² COSTA, Hélio Rubens Batista Ribeiro. Artigo citado, p. 171.

¹³ Nesse sentido: MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 269-270.

pe P. Braga Netto, quando afirma que, “justamente em virtude desse caráter meramente estimativo de que se reveste a reparação do dano moral, a jurisprudência tem entendido que o juiz que condena em valor superior àquele pedido não julga além do pedido.”¹⁴

Sim, em sede de Juizado Especial Cível, há autorização legal para que o Juiz possa majorar tal valor em recurso, quando a sentença recorrida houver condenado o réu renitente em quantia tal que atente contra os fins sociais e o bem comum. É o que se extrai do artigo 6º da Lei n. 9.099/95.

Assim, quando os valores estipulados em sentença forem aviltantes à finalidade social da responsabilidade civil e ao próprio bem comum, poderá haver majoração de ofício pela Turma Recursal.

Na justiça comum isso também se revela plenamente possível, se virmos o tema da compensação dos danos morais – como deve sê-lo, aliás – como de ordem pública, ou seja, como matéria cognoscível de ofício pelo Juiz e pela instância recursal.

Paulo Halfeld Furtado de Mendonça, arrimado em abalizados ensinamentos, bem dissertou a respeito das matérias de ordem pública:

Poderíamos dizer que o conceito de ordem pública é obscuro, vago e indeterminado. Fábio Ramazzini Bechara ensina que, por se tratar de conceito indeterminado, a dificuldade de interpretação é maior do que nos conceitos legais determinados. Segundo ele:

‘A ordem pública enquanto conceito indeterminado, caracterizado pela falta de precisão e ausência de determinismo em seu conteúdo, mas que apresenta ampla generalidade e abstração, põe-se no sistema como inequívoco princípio geral, cuja aplicabilidade manifesta-se nas mais variadas ramificações das ciências em geral, notadamente no direito, preservado, todavia, o sentido genuinamente concebido. A indeterminação do conteúdo da expressão faz com que a função do intérprete assumam um papel significativo no ajuste do termo. Considerando o sistema vigente como um sistema aberto de normas, que se assenta fundamentalmente em conceitos indeterminados, ao mesmo tempo em que se reconhece a necessidade de um esforço interpretativo muito mais árduo e acentuado, é inegável que o processo de interpretação gera um resultado social mais aceitável e próximo da realidade contextualizada. Se, por um

¹⁴ *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva: 2008, p. 50.

lado, a indeterminação do conceito sugere uma aparente insegurança jurídica em razão da maior liberdade de argumentação deferida ao intérprete, de outro lado é, pois, evidente, a eficiência e o perfeito ajuste à historicidade dos fatos considerada.

O fato de se estar diante de um conceito indeterminado não significa que o conteúdo da expressão ‘ordem pública’ seja inatingível. (...)’

Prosseguindo na definição de ordem pública, tem-se que ora ela é tratada como sinônimo de convivência ordenada, segura, pacífica e equilibrada, a dizer, normal e própria dos princípios gerais de ordem expressados pelas eleições de base que disciplinam a dinâmica de um objeto de regulamentação pública e, sobretudo, de tutela preventiva, contextual e sucessiva ou repressiva.

A ordem pública representa um anseio social de justiça, assim caracterizado por conta da preservação de valores fundamentais, proporcionando a construção de um ambiente e contexto absolutamente favoráveis ao pleno desenvolvimento humano.

Trata-se de instituto que tutela toda a vida orgânica do Estado, de tal forma que se mostram igualmente variadas as possibilidades de ofendê-la. As leis de ordem pública são aquelas que, em um Estado, estabelecem os princípios cuja manutenção se considera indispensável à organização da vida social, segundo os preceitos de direito.

(...)

A ordem pública nada mais é que o estado social que resulta da relação que se estabelece entre os representantes dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, como governantes, e os particulares, como governados, no sentido da realização dos interesses de ambos. A ordem pública é uma consequência da ação de autoridade sobre os particulares para lhes regular ou modificar a ação. Essa intervenção, formando uma relação, origina um estado social, que é a ordem pública.

(...)

A relação de ordem pública constitui o parâmetro para a interpretação das leis, adaptando-as aos fatos sociais ou lhes modificando, para esse mesmo fim, a respectiva inteligência. A ordem pública associa-se à ideia de bem social, já que este representa o desejo da autoridade, que resulta da ação sobre os governados, e cuja limitação pode significar muitas das vezes ao indivíduo como um mal social.

É ainda a ordem pública, expressão da situação de tranquilidade e normalidade que o Estado assegura – ou deve assegurar – às

instituições e a todos os membros da sociedade, consoante as normas jurídicas legalmente estabelecidas.

De Plácido e Silva, extraímos:

‘ORDEM PÚBLICA. Entende-se a situação e o estado de legalidade normal, em que as autoridades exercem suas precípuas atribuições e os cidadãos as respeitam e acatam, sem constrangimento ou protesto. Não se confunde com a ordem jurídica, embora seja uma conseqüência desta e tenha sua existência formal justamente dela derivada.’

Andréia Lopes de Oliveira Ferreira escreve, por outro lado, que ‘são questões de ordem pública aquelas em que o interesse protegido é do Estado e da sociedade e, via de regra, referem-se à existência e admissibilidade da ação e do processo. Trata-se de conceito vago, não podendo ser preenchido com uma definição’ e cita Tércio Sampaio Ferraz, para quem ‘é como se o legislador convocasse o aplicador para configuração do sentido adequado’.

A ordem pública está sujeita a condições relacionadas à matéria, ao espaço e ao tempo: *rationae materiae*, depende da natureza das situações consideradas (caráter funcional); *ratione loci*, depende de referências locais (usos e costumes), o que lhe imprime diversidade; *ratione temporis*, sofre influência da evolução constante dos espíritos e dos comportamentos (caráter evolutivo). Exemplos: descriminalização do cheque sem fundo, debates sobre a descriminalização do uso de droga, prática de aborto, recuo da ordem pública familiar, o que equivale à dialética entre o permitido e o proibido.¹⁵ (Grifos nossos)

Portanto, tais matérias

constituem-se em temas nos quais o interesse público, pelo menos numa primeira análise, suplanta o interesse individual das partes em litígio, de modo que ao magistrado é atribuído o poder-dever de conhecê-lo independentemente de qualquer manifestação das partes.¹⁶

¹⁵ Questões de ordem pública e a competência recursal dos tribunais. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1774>>. Acesso em: 14.1.2013.

¹⁶ MOTA, Tércio De Sousa; CARVALHO, Dimitre Soares Braga de; SILVA; Emanuela Severo da. *O princípio da cooperação e a aplicação do artigo 267, § 3º, do CPC, em face da nova perspectiva da garantia do contraditório*. Disponível

Nesse desenrolar de raciocínio, não há falar em acórdão *ultra petita*, pois que as indenizações por danos morais são tidas como *dívidas de valor*, o qual há de ser estimado pelo Juiz, conforme o caso concreto, sem que seja pertinente cogitar de julgamento além do pedido.¹⁷

O Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que a revisão do valor da indenização somente é possível quando exorbitante ou insignificante a importância arbitrada, em flagrante violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.¹⁸

Nem se diga, também, com a respeitável licença do que se decidiu liminarmente na indigitada Rcl 11.805/MG, que tal posicionamento por nós seguido violaria o princípio recursal da *non reformatio in pejus*, que “consiste na vedação imposta pelo sistema recursal brasileiro, quanto à reforma da decisão hostilizada em prejuízo do recorrente e em benefício do recorrido”.¹⁹

Isso porque “não é abrangida pela proibição a reforma *in pejus* oriunda do conhecimento *ex officio* de uma questão de ordem pública”,²⁰ de modo que é escorreito preconizar que “o princípio em

em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8257>. Acessado em: 08.1.2013.

¹⁷ É o que assevera Nagib Slaib Filho: “*decidirá ultra petita o juiz que conceder mais do que foi pedido. Se o autor pediu condenação em 10 mil reais, não poderá o juiz condenar em 11 mil reais, salvo, no entanto, se for dívida de valor*”. “*Sentença Cível – Fundamentos e Técnica*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 505). Conforme anota Sílvio de Salvo Venosa, “*a doutrina diz que a dívida de dinheiro é a autenticamente pecuniária, expressa numa quantia numérica, imutável. Já a dívida de valor não expressa, enunciativamente, uma quantia numérica, ma uma ‘prestação diversa, intervindo o dinheiro apenas como meio de determinação do seu quantitativo ou a respectiva liquidação*’”. (*Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 130, v. II.

¹⁸ STJ, REsp 1.041.745/ES, Rel. Min. DENISE ARRUDA 1.^a T., j. 04/06/2009, DJe 01/07/2009. Também: AgRg no Ag 1239557/RJ, Rel. Min. MARIA ISABEL GALLOTTI, 4.^a T., j. 09/10/2012, DJe 17/10/2012.

¹⁹ Nesse sentido: MIRANDA, Gilson Delgado; PIZZOL, Patrícia Miranda. *Processo Civil: Recursos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 28.

²⁰ PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos Recursos Cíveis*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 84. ASSIS; Araken de; ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, 2012, p. 799.

estudo não é de aplicação absoluta, cedendo diante do provimento da espécie, em decorrência da presença de matéria de ordem pública, de interesse do Estado, suplantando as pretensões das partes em litígio”.²¹

Exposto isso, indaga-se: o tema atinente ao valor atribuído à compensação por danos morais enquadrar-se-ia dentre as questões de ordem pública?

A resposta, novamente, não é singela e há de se ter em conta o que se convencionou chamar de *função social da responsabilidade civil*, a cujo respeito valem as lições de Helena Elias Pinto:

Pode-se reconhecer a função social da responsabilidade civil projetando-se em três dimensões: i) a primeira, como desdobramento da função social do direito violado (quando se tratar de direito patrimonial); ii) a segunda, na sua dimensão preventiva, de desestimular comportamentos lesivos – o que revela a atuação do instituto como importante mecanismo de controle social; e, iii) por último, na busca do equilíbrio das relações jurídicas, rompido pela lesão – momento em que a função social se reveste da roupagem da solidariedade social, funcionando a equidade como instrumento de ajuste fino desse equilíbrio, com vistas a proporcionar a fixação de uma indenização que seja, simultaneamente, individual e socialmente justa.²²

O artigo 944, parágrafo único, do Código Civil bem serve a nortear a aquilatação do valor de condenação a partir da expressão “gravidade da culpa”. Logo, se houver nímia desproporção entre a gravidade da culpa e do dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização ou, conforme o caso, aumentá-lo. Abre-se, então, “ocasião para o juízo de equidade, diante de eventuais circunstâncias que tenham feito gerar uma conseqüência anormal no resultado do dano”.²³

²¹ MONTENEGRO FILHO, Misael. *Código de Processo Civil comentado e interpretado*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 554.

²² Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3323fe11e9595c09>>. Acessado em: 26 de março de 2013..

²³ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código Civil comentado*. 6. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 763.

4. CONCLUSÃO

Como resposta à indagação acima, é de se ter como de ordem pública o tema do valor irrisório do dano moral originariamente fixado na sentença, porquanto, conforme leciona o Magistrado Mineiro Fabrício Simão da Cunha Araújo,

ao desestimular o infrator, o Estado-juiz cumpre dever público, com repercussão coletiva e finalidade social. Há nítido interesse público na moralização e desenvolvimento ético das relações jurídicas cotidianas em geral, de modo que guardem invariável atenção ao sistema de valores fundamentais previstos na Constituição da República, em especial à dignidade da pessoa humana.

A matéria, dessarte, é de ordem pública, dispensa iniciativa da parte/deve ser conhecida pelo juízo, independente de pedido. Mesmo que o autor da ação não peça expressamente que o arbitramento da reparação considere também a função de desestímulo, basta que o desvalor da conduta do causador do dano tenha sido narrado na inicial e confirmado pelo acervo probatório produzido em contraditório.

(...)

Portanto, formulado o pedido de reparação por danos morais, ficam fixados aí os limites objetivos da lide. Dentro desses limites, a conduta do réu será necessariamente analisada e investigada, visto que é um dos pressupostos para a responsabilização civil. Caso se verifique a significativa reprovabilidade de tal conduta causadora de danos a direitos fundamentais, a reparação engloba não só a parcela compensatória, mas também a pedagógica, de ofício, independentemente de pedido específico neste sentido, haja vista que se trata de matéria de ordem pública.

(...)

Em síntese, a definição da destinação da parcela pedagógica dos danos morais tampouco depende de pedido específico do autor, já que: a) o dispositivo legal aplicável o dispensa; b) que não há ofensa ao contraditório substancial; c) que a matéria é de ordem pública; e d) que, por fim, insere-se na procedência do pedido de reparação por danos morais, por força da interpretação constitucional sistemática exposta.²⁴

²⁴ Da destinação da parcela pedagógica da reparação por danos morais. *In: Amagis Jurídica*. ano IV, n. 7, p. 83-86, jan./jun. 2012..

Muito se tem escrito sobre a “indústria do dano moral”, ou seja, sobre excessos verificados na fixação de valores nímios a esse título.

Realmente, é preciso reconhecer que há estipulações que ferem de morte o binômio proporcionalidade/razoabilidade e, por isso mesmo, merecem ser revisadas a fim de que a chancela judicial não signifique uma forma de enriquecimento abusivo.

Alhures, porém, situações há – e várias – nas quais os valores compensatórios arbitrados são anódinos e nem de longe servem para compensar o ofendido pela lesão causada a direito de sua personalidade e, muito menos, a servir de desestímulo ao ofensor.

Um critério válido e interessante de que pode o juiz se valer é pesquisar sobre a reitência com que o agente lesante tem repetido seus atos lesivos e buscar descobrir sobre o motivo da reincidência.

No mês de março de 2011, o Conselho Nacional de Justiça baixou uma lista contendo os 100 maiores litigantes da justiça brasileira, incluídas aí, em posição de destaque entre os primeiros do topo, as instituições financeiras, as operadoras de telefonia, as operadoras de plano de saúde e as seguradoras.²⁵ Essa lista concorda-se com os *Top 30* dos mais acionados na justiça carioca, que mantém atualizado no *site* do TJRJ quem são os “destaques” mais demandados. E eles são sempre os mesmos...

Essas pessoas não se sentem em nada inibidas de praticar novos ilícitos, quando condenadas em valores compensatórios irrisórios, tanto assim que, mesmo condenadas, continuam a protagonizar polos passivos de ações indenizatórias distribuídas em todo o país. A mais disso, condenações em valores pífios geram o descrédito das decisões judiciais, as quais se mostram impotentes a evitar tantas e tantas lesões perpetradas, com o consequente e massivo ajuizamento de ações indenizatórias que tanto contribuem para a prestação serôdia da jurisdição. Isso além de demonstrar a insensibilidade do julgador tanto para com a vítima quanto para o sistema jurisdicional.

Critica-se o Poder Judiciário pela morosidade, sem se pensar, contudo, que um processo moroso só interessa mesmo a quem conta com

²⁵ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acessado em: 2/4/2011

a chancela estatal de irrisória indenização, inapta a desestimular novas agressões.

Dessarte, as questões relativas ao *quantum* fixado por compensação por danos morais suplantam o mero interesse individual e mostram-se, hoje, nitidamente de ordem social, pública mesmo. É preciso que se restaure a ordem e o império da lei (que, como o sol, é para todos), o que se consegue apenas com a ação de autoridade (*jus imperii*) sobre todos, indistintamente, com o escopo de se lhes regular ou modificar a ação. Só assim é que a ordem pública poderá significar a expressão da situação de tranquilidade e normalidade, cabendo ao Estado-Juiz assegurá-la e às instituições e a todos os membros da sociedade contribuir para seu alcance de acordo com as normas jurídicas legalmente estabelecidas.

Daí o acerto da conclusão a que chega o citado Antônio Jeová Santos, segundo quem, se não se pode permitir que a vítima lucre com o fato lesivo, muito

mais irritante é que o ofensor seja quem lucre mais pelo fato lesivo e que, ademais, permaneça em situação que nada o impede (a ele e a outros) reiterar a atividade nociva. Ante o dilema entre danos lucrativos e culpas lucrativas, nos inclinamos contra essas últimas, que são mais negativas, porque estão cimentadas na causação de um prejuízo que não foi merecido e que é rentável para o ofensor.

Se a indenização não contém um ingrediente que obstaculize a reincidência no lesionar, se não são desmanteladas as conseqüências vantajosas de condutas antijurídicas, se renuncia à paz social. A prevenção aos prejuízos, que constitui um objetivo essencial do direito de danos, ficaria como enunciado lírico, privado de toda eficácia.

E arremata, afirmando que

o repetidor, que não se cansa de irrogar a terceiros conduta que, em sua gênese, origine danos morais, deve pagar mais do que aquele que somente por acaso e sem recidiva incorre no ilícito. Uma maior indenização servirá para que o franco descumpridor de obrigações seja inibido em sua atividade que depaupera o íntimo do ser humano. A indenização, por conseqüência, pode ser elevada e ir mais além do que o menoscabo realmente causado, porque o magistrado considera que, diante do dolo ou da culpa

grave, ou da recidiva permanente, deve aplicar quantia mais elevada com aquele intuito sancionador. Somente assim, com um certo valor que castigue o comportamento doloso, poderão ser desmanteladas eventuais propostas de o ofensor continuar propagando danos morais.²⁶

Por tais motivos é que se advoga da possibilidade de se majorar, de ofício, em sede recursal, o valor de condenação fixado de forma irrisória a compensar o dano causado e insuficiente a impedir novas lesões.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Fabrício Simão da Cunha. *Da destinação da parcela pedagógica da reparação por danos morais*. In: *Amagis Jurídica*. ano IV, n. 7, jan./jun. 2012.

ASSIS; Araken de; ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, 2012.

BRAGA NETTO, Felipe P. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARNELUTTI, Francesco. *Como se faz um processo*. Jeremy Lugros (Trad.). São Paulo: Nilobook, 2013.

COSTA, Helio Rubens Batista Ribeiro. *Aspectos processuais da indenização de dano moral*. Rodrigo Mazzei (Coord.). São Paulo: Manole, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro – Responsabilidade Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. IV.

MENDONÇA, Paulo Halfeld Furtado de. *Questões de ordem pública e a competência recursal dos tribunais*. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1774>> Acessado em: 14 de janeiro de 2013

MIRANDA, Gilson Delgado; PIZZOL, Patrícia Miranda. *Processo Civil: Recursos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Código de Processo Civil comentado e interpretado*. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

²⁶ *Dano Moral Indenizável*. 4. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 159-160.

MOTA, Tércio De Sousa; CARVALHO, Dimitre Soares Braga de; SILVA; Emanuela Severo da. *O princípio da cooperação e a aplicação do artigo 267, § 3º, do CPC, em face da nova perspectiva da garantia do contraditório*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8257>. Acessado em: 08 de janeiro de 2013

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código Civil comentado*. 6. ed. São Paulo: RT, 2008.

PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos Recursos Cíveis*. São Paulo: Malheiros, 1999.

REZENDE, Marcelo Rodrigues di. Quando a interposição de ações de indenização por danos morais torna-se abusiva. In: *Bases Científicas para um renovado Direito Processual*. Org.: Athos Gusmão Carneiro e Petrônio Calmon. Salvador: Jus Podivm, 2009.

ROSENVALD, Nelson. *Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil*. Belo Horizonte: Praetorium, 2001.

SANTOS, Antonio Jeová. *Dano Moral Indenizável*. 4. ed. São Paulo: RT, 2003.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007.

SLAIB FILHO, Nagib. *Sentença Cível: Fundamentos e Técnica*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SOUZA, Artur César de. *A parcialidade positiva do Juiz*. São Paulo: RT, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, v. II.

Site do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <www.stj.jus.br>.

Site do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>.

3

ACESSO À TERRA URBANA E A CONCESSÃO DE DIREITO DE SUPERFÍCIE PELAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO

Cláudia Aparecida Coimbra Alves¹

RESUMO

A concessão de Direito de Superfície em terras públicas pode ser considerada como um instrumento capaz de tornar efetivo o acesso à terra urbana regularizada, fazendo com que a propriedade cumpra sua função social. Dessa forma, é de se analisar o tratamento jurídico dado a esse instituto pelo Estatuto da Cidade e pelo Código Civil.

Palavras-Chave: Acesso. Terra pública. Direito de Superfície.

ABSTRACT

The Surface Rights' concession in public lands can be considered as an instrument capable of become effective the access to urban land regularized, making the property fulfills its social function. Thus, it is to analyze the legal treatment given to the institute by the City Statute and the Civil Code.

Keywords: Access. Public lands. Surface rights.

SUMÁRIO: 1. introdução. 2. Direito de propriedade e direito de superfície. 2.1 Propriedade e princípio da acessão. 2.2 Propriedade privada e propriedade pública. 2.3 Evolução histórica do direito de superfície. 3. Direito de superfície no Brasil. 3.1 Conceituação. 3.2 Normatização. 3.3

¹ Juíza de Direito em Minas Gerais.

Natureza jurídica. 3.4 Constituição-modalidades e modos. 3.5 Conteúdo, partes, direitos e obrigações. 3.6 Extinção. 4. Conflito aparente de normas e legislação aplicável. 4.1 Estatuto da cidade e código civil. 4.2 Superfície urbanística e superfície civil. 5. Direito de superfície em terras públicas e a utilização do instituto pelas pessoas jurídicas de direito público. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O desenvolvimento urbano intensificou-se no final do século passado e continua em ascensão neste, produzindo modificações sociais, econômicas, bem como territoriais em todo o mundo, inclusive no Brasil. Em virtude dessas modificações, constata-se déficit na aquisição de moradia e de acesso à terra regularizada e urbanizada, gerando um processo de exclusão de indivíduos e grupos, desprovidos de serviços públicos, crédito e infraestrutura, motivo pelo qual pode ser considerado como um dos maiores problemas do nosso século.

Muito se discutiu sobre a forma de se solucionar esse problema, uma vez que a habitação é uma necessidade intrínseca à existência do ser humano, que se fundamenta no princípio da dignidade humana.

O acesso e a ordenação da propriedade imobiliária urbana, questões urbanísticas por excelência, tiveram um tratamento diferenciado na Constituição Federal de 1988, em seus artigos 182 e 183 e, posteriormente, no Estatuto da Cidade, Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001, o qual regulamentou referidos dispositivos constitucionais, estabelecendo diretrizes gerais da política urbana, objetivando o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana e o bem-estar da coletividade.

O paradigma do direito de propriedade, marcado por normas individualistas do Código Civil de 1916, foi alterado pelo conceito de propriedade condicionada ao cumprimento de uma função social, consagrado pela Constituição vigente e que tem no Estatuto da cidade a perspectiva de sua efetiva aplicabilidade.

Dentre os instrumentos para a efetividade das regras de política urbana previstos no Estatuto da Cidade encontra-se o direito de super-

fície, o qual também foi introduzido no Código Civil de 2002, Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002, no rol dos direitos reais.

O Direito de Superfície, concedido por pessoa jurídica de direito público, mostra-se de grande relevância social para a efetivação da política de regularização de terras urbanas.

2. DIREITO DE PROPRIEDADE E DIREITO DE SUPERFÍCIE

2.1 Propriedade e princípio da acessão

Antes de adentrar na abordagem do tema propriamente dito, mister se faz uma breve incursão sobre o direito de propriedade e mais especificamente sobre uma das formas de aquisição da propriedade imobiliária, a acessão, uma vez que o direito de superfície representa a negativa provisória do princípio *superficies solo cedit*, enquanto durar sua concessão.

A conceituação de propriedade foi evoluindo ao longo dos tempos, conforme a sociedade e o momento vivido. Inicialmente, em tempos primitivos, a propriedade era considerada coletiva, sendo que a propriedade individual referia-se apenas aos pequenos objetos de uso pessoal. Entre os romanos, a noção de propriedade passou por três estágios, a saber: propriedade coletiva, propriedade familiar e propriedade individual. No período compreendido entre o direito justiniano e o direito bizantino, as formas de propriedade foram se modificando até ficar na forma individualista. O estado socialista, a seu turno, entendia a propriedade como um bem de produção, devendo pertencer a toda a sociedade. Nos Estados Democráticos de Direito, por sua vez, verificou-se que a propriedade não poderia mais ser entendida como um direito absoluto, puramente individualista e, assim, o conceito de propriedade passou a ser condicionado por sua função social.

Em regra, o ordenamento jurídico mundial, como o nosso, conceituava o direito de propriedade como o de usar, fruir e dispor da coisa, respeitados os limites estabelecidos pela lei.

Com a evolução do direito, a propriedade imobiliária passou a ser delimitada não só pelo Direito Civil, mas também pelos Direitos Administrativo, Constitucional, Ambiental e Urbanístico.

O novo Código Civil – Lei n. 10.406, de 10 de fevereiro de 2002, no artigo 1.228, dispôs sobre a propriedade e, embora não a defina, enuncia os poderes do proprietário.

A Constituição Federal de 1988, por sua vez, garantiu o direito de propriedade (artigo 5º, inciso XXII), bem como assinalou que a mesma atenderia a sua função social (artigo 5º, inciso XXIII) inserindo tais disposições como princípios da ordem econômica e financeira (artigo 170, incisos II e III).

Inicialmente, o conceito legal de propriedade social apareceu com a Constituição de 1934, no sentido de que o exercício da propriedade privada era reconhecida quando cumprida sua função social. Referido conceito foi mantido nas demais constituições federais, embora tenha sido adequadamente delimitado com a de 1988.

Analisando as normas constitucionais vigentes, verifica-se a finalidade social preconizada por todo o seu texto e, dentre os fundamentos da República Federativa do Brasil, dispõe o artigo 1º, nos incisos II, III e IV, respectivamente, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Além disso, como objetivos fundamentais estabelecem a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, bem como a promoção do bem de todos, sem qualquer discriminação (artigo 3º).

Tais princípios fundamentais norteiam as demais disposições constitucionais, e nessa ordem de ideias, garantiu o direito da propriedade que atenda a sua função social (artigo 5º, incisos XXII e XXIII), também refletida em outras regras insculpidas nos artigos 5º, incisos XXIV a XXX, 170, incisos II e III, 176, 177, 178, 182, 183, 184, 185, 186, 191 e 222, por interferirem na conceituação de propriedade imobiliária.

Não obstante a inserção da garantia da propriedade entre os direitos individuais, seu conceito é relativo, uma vez que o artigo 170 da Constituição Federal de 1988 inscreveu a propriedade privada e a sua função social como princípios da ordem econômica, os quais são preordenados para assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Muitos dos juristas brasileiros, privatistas e publicistas, ainda concebem o regime jurídico da propriedade privada como subordinado ao Direito Civil, uma vez que considerado como direito real, olvidando as regras constitucionais e legislações infraconstitucionais, que disciplinaram referida matéria. Para eles, o princípio da função social confunde-se com as limitações administrativas e de polícia, como consistente apenas em condições impostas ao direito de propriedade para que seu exercício não prejudique o interesse social.

Referida perspectiva confronta-se com a realidade urbana em que vivemos. Isso porque, atualmente, milhares de pessoas moram em loteamentos irregulares ou em favelas, muitas vezes não fazendo parte das estatísticas urbanas e têm de participarem efetivamente da sociedade, não só com direito à moradia, mas, sobretudo, com direito à inclusão social.

Os sistemas de limitação dizem respeito ao exercício do direito pelo proprietário, enquanto a função social da propriedade refere-se à própria estrutura jurídica desse instituto.

A inclusão do princípio da função social não autoriza a supressão da instituição da propriedade privada, contudo, o mesmo manifesta na própria configuração estrutural do direito de propriedade, como elemento qualificante na determinação dos modos de aquisição, gozo e utilização dos bens.

A noção de propriedade, condicionado ao atendimento de sua função social, deve ser entendida como o exercício da mesma atendendo não só os interesses do proprietário, como também, os da coletividade.

A função social da propriedade, consagrada como princípio constitucional, não tem uma definição precisa, mas o seu conteúdo mínimo consta do Estatuto da Cidade, cujas normas objetivam regulamentar o uso da propriedade urbana pela coletividade, observando o equilíbrio ambiental e o bem-estar do cidadão.

A funcionalização da propriedade deve ser entendida como encargo que deve ser cumprido pelo proprietário em relação à sua propriedade, observando-se as disposições legais, bem como os fins sociais, ou seja, relativamente aos interesses da sociedade, daí a ideia jurídica da expressão função social.

Nessa ordem de ideias, Liana Portilho Matos leciona:

(...) a função social deve ser entendida como norma imperativa de ação de proprietário, de dever fazer e cumprir algo em relação à determinada propriedade ou, ainda mais profundamente: com a razão mesma da atribuição do direito de propriedade a um determinado sujeito. (...) O interesse que se busca atingir com a funcionalização da propriedade é um interesse social (...). (MATTOS, Liana Portilho, 2003, p. 50).

Em linhas gerais, pode-se dizer que a propriedade tem novo perfil, o qual foi remodelado pela função social, acrescida de limitações e restrições ao domínio.

Ricardo Pereira Lira, também citado pela Professora Liana, fala da propriedade condicionada à função social:

a distribuição da riqueza se faz mais justamente, na medida em que, visando ao bem de todos, o interesse protegido do *dominus* define-se diante do interesse subordinado da comunidade (...). O direito de propriedade sobre os bens de produção não chega a desaparecer – e por força dessa razão o regime político persiste capitalista – mas, em nome de uma distribuição mais equânime da riqueza social, a soma dos poderes remanescentes na titularidade dominial constitui um mínimo essencial. A senhoria se comprime, o conteúdo mesmo da propriedade perde em extensão e faculdade por isso que assim determina a justiça social, pela vontade de todos. (MATTOS, Liana Portilho. Op. cit., p. 51-52)

Noutro giro, a forma de aquisição da propriedade imobiliária pode ser originária, quando o indivíduo faz seu bem sem que este tenha sido transmitido por alguém, ou ainda derivada, quando há transmissibilidade do domínio por ato *causa mortis* ou *inter vivos*. Existem também as formas de aquisição derivada (direito hereditário e transcrição do título no registro do imóvel) e originária (usucapião e acessão).

A acessão pode ser entendida como modo de aquisição originário, em virtude do qual fica pertencendo ao proprietário tudo quanto se une ou se incorpora ao bem. Existem duas formas de acessão: a) natural, que se dá quando a união ou incorporação advém de acontecimento natural, como a formação de ilhas, o aluvião, a avulsão e o abandono de álveo; b) artificial, que ocorre quando resulta de trabalho do homem, como no caso das plantações e construções.

Nesse caso, interessa o estudo da acessão artificial.

O direito brasileiro adotou o princípio romano do *superficies solo cedit*, pelo qual há uma presunção relativa (*juris tantum*) de que tudo aquilo que está no solo é de propriedade do dono do terreno.

O direito de superfície, a seu turno, é a negação a esse princípio, uma vez que determina a suspensão ou interrupção de sua eficácia, enquanto durar o mesmo.

Por esse instituto, duas pessoas podem convencionar entre si que uma delas possa construir sobre o terreno de propriedade da outra, de tal forma que a edificação seja do domínio da primeira e o lote permaneça no patrimônio da segunda.

2.2 Propriedade privada e propriedade pública

O entendimento majoritário da doutrina é de que o regime jurídico da propriedade privada é subordinado ao direito civil, compreendidas com as normas constitucionais a este respeito.

O princípio da função social da propriedade, segundo José Afonso da Silva:

transforma a propriedade capitalista, sem socializá-la. Não interfere apenas com o exercício do direito de propriedade, âmbito das limitações, porque a condiciona como um todo, possibilitando ao legislador entender com os modos de sua aquisição em geral ou com certos tipos de propriedade, com seu uso, gozo e disposição. Constitui o fundamento do regime jurídico da propriedade, não de limitações, obrigações e ônus que podem apoiar-se em outros títulos de intervenção, como a ordem pública ou a atividade de polícia. (SILVA, José Afonso da, 1981, p. 96)

E acrescenta, citando Pedro Escribano Collano:

a função social introduziu na esfera interna do direito de propriedade, um interesse que pode não coincidir com o do proprietário e que, em todo caso, é estranho ao mesmo, constitui um princípio ordenador da propriedade privada e fundamento da atribuição desse direito, de seu reconhecimento e da sua garantia mesma, incidindo sobre seu próprio conteúdo. (SILVA, José Afonso da. Op. cit.)

A propriedade urbana, diferentemente da propriedade agrícola, resulta da projeção do espírito do homem e nela, a função social, como

preceito jurídico-constitucional, apresenta-se mais eficaz, pois pode ser entendida como equilíbrio entre os interesses público e privado, orientando a utilização do bem e determinando seus usos, viabilizando condições de moradia e um pleno desenvolvimento da personalidade humana.

O regime jurídico da propriedade urbana é fundamentalmente de Direito Urbanístico, pois que, segundo José Afonso da Silva, o direito de propriedade urbana (privada ou pública) está submetido à função pública do urbanismo.

Embora exista uma correlação entre o direito de propriedade e o direito de construir, verifica-se que esse último não é uma faculdade inerente ao primeiro, vez que as normas jurídicas relativas ao direito de propriedade encontram-se permeadas pelo princípio da função social, bem como pelas regras de Direito Urbanístico, gerando modificações no regime do solo urbano. Vale dizer, a atividade urbanística predetermina o direito de construir, o qual não é mais uma emanção do direito de propriedade, mas concessão do poder público.

Segundo Ricardo Pereira Lira, o direito urbanístico contemporâneo, visando assentamentos urbanos mais justos e racionais nas grandes cidades, tem uma visão voltada para dois princípios:

O primeiro deles flui da consideração de que a propriedade não é sempre a mesma, uniforme e inalterável, em qualquer circunstância. Seu contorno, sua senhoria, a extensão de suas faculdades ou direitos elementares ficam na dependência da natureza do bem que lhe serve de objeto. Se o domínio se pratica sobre um bem de produção, um bem de capital (um bem idôneo a gerar outro bem, como a terra, por exemplo), a propriedade ostenta um determinado perfil, com o exercício das faculdades de usar, gozar e dispor mais intensamente limitado, em nome do interesse social, diversamente do que acontece com um bem de uso ou um bem de consumo. O segundo princípio radica na consciência que se precisa ter de que a edificação, a utilização do solo urbano com qualquer finalidade, enfim, a configuração e a magnitude de uma cidade, não podem ser realizações privadas, ocorriáveis ao sabor da conveniência do dono do lote ou da gleba urbana. São esses fatos realizações públicas, fatos coletivos por excelência, devendo ser sempre vistos através do prisma da qualidade de vida não apenas individual, mas predominantemente da comunidade. Disso decorre que, a rigor, o direito de construir não deveria ser uma manifestação ínsita no direito de propriedade.

Deixar a ocorrência de fato urbanístico de tanta relevância ao nuto da deliberação livre dos donos do solo urbano, apenas com o exercício condicionado por uma licença, não conduz a nenhum urbanismo positivo, mas leva, isso sim, à viabilização do caos, à anarquia, à face terrível que exibem, contemporaneamente, as cidades e as megacidades. (LIRA, Ricardo Pereira. Artigo apresentado na XVIII Conferência Nacional da OAB)

Cretella Junior ensina que coisas públicas são os objetos do Estado ou de outro órgão administrativo, que se encontram diretamente a serviço dos fins da administração, ou seja, adstritas a seu uso. Dentro delas, existem as que se destinam ao serviço de todos – coisas públicas de uso comum – e os objetos de que se utiliza a administração para o cumprimento de seus fins. (CRETILLA JR., José, 1969)

Nessa ordem de ideias, as coisas públicas formam o patrimônio de determinada Administração e em uma conceituação genérica, bens públicos são os bens que pertencem às pessoas públicas.

Como lecionam juristas pátrios, os bens públicos são as coisas materiais ou imateriais que pertencem às pessoas jurídicas públicas e objetivam os fins públicos, além de se sujeitarem a um regime jurídico especial, caracterizando-se por prerrogativas e de sujeições que o afastam do regime jurídico da propriedade privada.

A relação jurídica existente entre o Estado e seus bens é de direito administrativo e configura peculiar regime jurídico que exorbita do direito civil. Suas características são: inalienabilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade.

2.3 Evolução histórica do Direito de Superfície

O instituto do Direito de Superfície surgiu no direito romano-herético, por meio das concessões de solo público (do *populus romanus*, *municipia* e outras comunidades locais) e arrendamentos de longo prazo, vale dizer, os *locatio conductio rei*, quando então passou a se admitir a possibilidade de coexistência, separadamente, da propriedade do solo da propriedade das construções, ainda que por força de direito temporário e resolúvel por parte do proprietário do imóvel, em favor de terceiro.

Leciona José Guilherme B. Teixeira que os romanos, em época remota, não sabiam o que eram coisas corpóreas, compreendendo somente o que podia ser tocado e não distinguiam a coisa do direito existente sobre ela. Posteriormente, quando passaram a conceber a propriedade, não tinham eles qualquer noção acerca de *iura* (direitos), reconhecendo apenas as coisas materiais, ou seja, coisas corpóreas.

Dessa forma, os romanos não concebiam a propriedade como um poder sobre as coisas, pois que não o distinguiam do seu objeto, estando englobado na *potestas* do *paterfamilias* sobre tudo quanto estivesse a ele sujeito: mulher, filhos e coisas, escravos inclusive. Eles não estabeleceram o *ius* sobre determinada porção de terra, sendo que cada família tinha um domicílio isolado, onde plantava e criava seu rebanho. Somente após a Lei das XII Tábuas, foi que a terra e as coisas puderam ser partilhadas entre os irmãos.

Passados alguns séculos, Roma evoluiu e com ela também o direito romano, ocorrendo, assim, o desmembramento da antiga *potestas* do *paterfamilias*; *manus*, sobre a mulher; *pátria potestas*, sobre os filhos; *dominica potestas*, sobre os escravos; e *dominium*, sobre as demais coisas corpóreas. Todavia, os romanos conceberam as coisas incorpóreas séculos mais tarde, pois estes só reconheciam as coisas materiais.

No direito clássico de Roma, portanto, vigorou, de modo absoluto, a regra de que *superficies solo cedit*, ou seja, tudo que fosse plantado ou edificado no solo passava a integrá-lo e ao seu dono pertencia, não podendo ser objeto de transferência senão juntamente com o solo.

Somente depois da admissão da existência de coisas incorpóreas pelos romanos foi que apareceram os direitos reais sobre coisas alheias – *ius in re aliena* e o domínio passou a sofrer limitações, sendo que a servidão foi o primeiro deles.

Os romanos, não obstante a evolução do pensamento sobre a propriedade, ainda assim resistiram e, não admitiram a existência, em separado, da propriedade do solo da propriedade da construção ou da plantação, pois, prevalecia o caráter absoluto do domínio.

Posteriormente, os romanos passaram a facilitar a ocupação e cultivo de terras.

Diz José Guilherme Braga Teixeira (1993):

As conquistas territoriais que foram sendo feitas pelos romanos acarretaram enorme ampliação dos lindes do Império, aparecendo as grandes propriedades (*latifundia*). A necessidade de fixar pessoas nas terras conquistadas, a fim de garantir tais terras em favor de Roma, levou os romanos a facilitarem a ocupação e o cultivo delas. À vista disso, enquanto se aplicava o *ager vectiglis* na parte ocidental do Império, na sua parte oriental apareceram novas formas de arrendamento: o *ius emphyteuticum*, quando temporário, e o *ius perpetuum*, quando perpétuo, ambos concedidos mediante o pagamento de um cânon anual e, afinal, fundidos numa só espécie de concessão, denominada *emphyteusis*, cuja natureza jurídica o imperador Zenão decidiu não ser a de compra e venda, nem a de arrendamento, senão a de um direito autônomo e *sui generis* (o de enfiteuse, como qual Justiniano veio a fundir o *ager vectigalis*. (Grifos nossos)

Em seguida, os magistrados permitiram a determinadas pessoas a edificação de lojas, ao longo das estradas, para exercerem suas atividades, mediante arrendamentos de terrenos do Estado.

Esclarece José Guilherme Braga Teixeira (1993) que:

esses arrendamentos, a princípio concedidos em longo prazo, vieram, por vezes, a sê-lo perpetuamente, impondo, sempre a contrapartida, ao arrendatário a obrigação de construir em terreno locado e a de pagar um cânon anual (*pensio ou solarium*) ou uma quantia única pela locação do solo. O arrendatário não tinha mais do que o uso e a fruição da edificação, uma vez que, mesmo sob Justiniano, vigorou no Direito Romano, sem embargo de poder haver opiniões em contrário, o princípio da acessão, ou seja, de que *superficies solo cedit*. (Grifos nossos)

E acrescenta: “a superfície tornou-se no direito justinianeu um direito real de uso e fruição sobre edifício construído em terreno de outrem, tratando-se, outrossim, de direito alienável e transmissível aos herdeiros.”

Portanto, o princípio da acessão foi mitigado pelos romanos em razão da necessidade de adaptação às condições sociais dos novos tempos vividos à época, surgindo, então, o direito de superfície.

3. DIREITO DE SUPERFÍCIE NO BRASIL

3.1 Conceituação

A definição do direito de Superfície depende da normatização dada ao instituto.

José Guilherme Braga Teixeira afirma que “alguns ordenamentos limitam o direito de superfície a obras e plantações sobre o solo, alguns compreendem na superfície as plantações, ao passo que outros o proíbem”. E, por sua vez, define o direito de superfície como “direito real imobiliário, limitado e autônomo, de manter, ou de fazer e manter construção ou plantação em solo alheio, que confere ao seu titular (o superficiário) a propriedade resolúvel da construção ou plantação separada da propriedade do solo”.

Segundo Ricardo Pereira Lira:

Direito de Superfície é o direito real autônomo, temporário ou perpétuo, de fazer e manter construção ou plantação sobre ou sob terreno alheio, é a propriedade – separada do solo – dessa construção ou plantação, bem como da propriedade decorrente da aquisição feita ao dono de construção ou plantação nele já existente.

3.2 Normatização

O instituto do direito de superfície constava do ordenamento jurídico brasileiro, até que, pela Lei n. 1.237, de 24 de setembro de 1864, foi extirpado de nossa legislação.

Vários anos se passaram sem que a superfície fizesse parte de nosso ordenamento jurídico. Contudo, a partir de 1972, os juristas passaram a querer o retorno do Direito de Superfície. Dessa forma, foi elaborado projeto de lei sobre o novo Código Civil com inclusão de direito de superfície, sendo sancionado, posteriormente, por meio da Lei n. 10.406/2002.

Além disso, em 10 de julho de 2001 foi sancionado o Estatuto da Cidade – Lei Federal n. 10.257, a qual estabelece diretrizes gerais para a implantação de uma “moderna” política urbana, mas, também, regulamenta a aplicação de instrumentos para a persecução da ver-

dadeira função social da propriedade urbana, dentre eles, o direito de superfície – artigo 4º.

3.3 Natureza jurídica

O Direito de Superfície é um direito real, com todas as características que, nessa qualidade, são-lhe inerentes.

Discute-se, porém, se o direito de superfície seria um direito real sobre coisa alheia ou verdadeiro domínio sobre a res superficiária.

O domínio (propriedade) se distingue dos direitos reais sobre coisa alheia porque incide sobre a coisa própria, enquanto os outros, como indica sua denominação, têm por objeto a coisa alheia.

Por meio dos ensinamentos de vários juristas, entende-se que o direito de superfície é um direito complexo, que apresenta distintas facetas, conforme se tenha em mira um ou outro sujeito da relação superficiária.

Segundo Pereira Lima, em sua monografia *O moderno Direito de Superfície* (Ensaio de uma Teoria Geral):

Existem mecanicamente três momentos possíveis na relação superficiária: a) o direito real de construir ou plantar em solo alheio; b) a propriedade separada superficiária, efeito da concreção do direito real de construir ou plantar em solo alheio; c) a propriedade separada superficiária, efeito da alienação que o *dominus soli* separadamente faz a outrem de construção já existente; efeito da alienação separada que o *dominus soli* faz a duas pessoas, transferindo a uma o solo, à outra a construção já existente.

Nessa ordem de ideias, o direito de superfície, segundo referido autor, pode ser considerado direito real sobre coisa alheia apenas na modalidade de concessão *ad aedificandum* ou *ad plantandum*. Nas demais hipóteses, o direito de superfície configura verdadeira propriedade imobiliária.

Braga Teixeira também espousa mesmo entendimento, defendendo a existência de uma propriedade separada superficiária.

Assim, o direito de superfície poderia ser visto sob duas ópticas: 1ª) do *dominus soli*, onde a mesma tem natureza jurídica de um direito de propriedade, incidente sobre o solo, uma vez que, sobre ele, poderia exercer todos os poderes inerentes ao domínio; e 2ª) do superficiário,

pode ter dupla configuração: direito real sobre coisa alheia, enquanto mera concessão *ad aedificandum* ou *ad plantandum* e domínio (direito de propriedade) em relação às construções ou plantações preexistentes ou resultantes do exercício da referida concessão.

Letícia Marques Osório escreve a este respeito:

(...) A sua constituição deriva, então, de uma duplicidade de relações: a primeira entre superficiário e edificação ou plantação e, a segunda, entre superficiário e dono do solo sobre o qual se levantará a edificação. No primeiro caso, havendo a existência de edificação ou plantação antes de se constituir a relação superficiária, a propriedade deste se transferirá ao superficiário com reserva de propriedade do solo para o transmitente. Também o proprietário poderá alienar o prédio a um terceiro e a propriedade da terra, a outro. Na segunda alternativa, o proprietário concede a um terceiro o direito de fazer e manter em cima do terreno uma construção ou plantação futura. Quando o superficiário a fizer, automaticamente se tornará proprietário. Coexistem dois direitos de propriedade de bases superpostas e separadas por um plano horizontal, que é o solo. Se o que emerge do solo é do mesmo proprietário deste, então estará operando o princípio da acessão. Se o que for edificado sobre ou sob o solo pertencer a proprietário diverso do terreno, então estaremos diante do direito de superfície. (*Apud* MATTOS, Liana Portilho (Org.), 2002).

Nessa parte, deve ser mencionado que, embora o domínio seja considerado como um poder exclusivo sobre a coisa, que somente é desligado ao adquirente por meio de seu consentimento, existe uma espécie de domínio, que em virtude de sua constituição encerra em si uma condução resolutiva.

A relação superficiária no tocante ao domínio que o superficiário exerce sobre as construções ou plantações por ele realizadas ou previamente adquiridas possui essa condição resolutiva.

A propriedade do superficiário sobre a coisa superficiária é resolúvel, pois que subordinada a uma condição resolutiva que pode ser o termo final contido no título constitutivo ou mesmo uma causa a este superveniente.

Nesse instituto, o proprietário do solo mantém a propriedade do solo e a posse indireta, enquanto o superficiário assume a posse direta do imóvel.

3.4 Constituição – modalidades e modos

Segundo a doutrina, as modalidades de constituição de Direito de Superfície são: simples, social, para reconstrução, para construção *ad aedificandum* e por cisão.

Direito de Superfície simples é aquele desprovido de qualquer peculiaridade especial, oriundo, em regra, de acordo de vontade das partes, estabelecidas mediante contrato.

Direito de Superfície Social surgiu na Alemanha e visa proteger o superficiário. Possui dentre outras características: vedação do comisso, obrigatoriedade de indenização pela construção ou plantação, no advento do termo. Destina-se a solucionar o problema da falta de moradia das classes excluídas.

Direito de Superfície para reconstrução originou-se no pós-guerra, sendo uma variação desse instituto na Alemanha, onde se buscou reconstruir o país destruído, no que se refere aos seus imóveis, visando facilitar a destinação do capital para reconstruir os prédios destruídos, ou construir novos, sobre terrenos pertencentes aos seus respectivos proprietários que não tinham condições financeiras de reedificá-los.

Direito de Superfície para construção foi introduzido na Alemanha, no pós-guerra, quando os proprietários de edifícios destruídos desoneram-se de reconstruí-los, com a concessão do direito de superfície a terceiros, que obtinham, dessa forma, moradia sem grande investimento financeiro.

Direito de Superfície *ad aedificandum* é aquele em que as partes acordam que o superficiário fará uma construção cuja propriedade da área edificada pertenceria ao superficiário, permanecendo proprietário do solo o senhorio.

Direito de Superfície por cisão é aquele que é feito em prédio já construído, sendo a divisão que o proprietário do prédio faz sobre a obra, separando-a do solo e cedendo-a, gratuita ou onerosamente a terceiros.

A doutrina aventa como modo originário de constituição do Direito de Superfície a ocupação, usucapião e especificação e como modo derivado, a convenção e o testamento.

Entende como meio de constituição do direito superficiário a ocupação de bens imóveis abandonados, cujo domínio passará a ser do Estado, após decurso de lapso temporal.

Discute-se na doutrina se o direito de superfície poderia ser adquirido via usucapião. Ricardo Lira não vê esta possibilidade no plano fático. Já Orlando Gomes entende cabível, no caso de existir obra, plantação ou prédio, anteriormente, ou seja, que exista posse, pois o direito *ad aedificandum* é futuro e não se admite posse de direito.

No que pertine à especificação, constata-se quando o superficiário constrói prédio em imóvel de outrem e, nesse caso, o prédio é do especificador, devendo indenizar o proprietário do imóvel.

A constituição do direito de superfície, ainda que se discuta sua natureza jurídica, faz-se mediante negócio jurídico (contrato) firmado entre partes interessadas. Destarte, para que esse contrato seja válido perante terceiros, deve ser registrado no cartório de registro de imóveis competente.

É admissível também que esse direito real, constituído por meio de escritura pública, possa ser objeto de testamento. Dessa forma, o concessionário do Direito de Superfície poderá transferir por ato *inter vivos* ou *causa mortis* tanto a propriedade superficiária quanto à concessão para edificar ou plantar, bem como hipotecar esse direito ou a faculdade de construir em solo alheio.

3.5 Conteúdo, partes, direitos e obrigações

Pelo direito de superfície é possível separar o direito de construir do direito de propriedade do lote, negocialmente, pois quem constrói é o que recebe a concessão (superficiário). Com o exercício do direito de edificação, identificam-se duas propriedades: a propriedade do terreno, de que é titular o concedente; a propriedade da construção (propriedade superficiária), de que é titular o concessionário-superficiário.

O direito de superfície tem por objeto bem imóvel, podendo recair sobre o solo, edificação já construída, espaço aéreo ou subsolo, na forma estabelecida no contrato. O Código Civil estabelece o direito de superfície relativamente às plantações.

Outro aspecto sobre o conteúdo do direito de superfície seria sua utilização como direito de sobrelevação ou superfície em segundo grau, onde o superficiário concede a um segundo concessionário o direito de construir sobre a sua propriedade superficiária, como informalmente acontece nas favelas, onde o titular da moradia cede a outrem o direito de laje.

O direito de superfície pode ser total ou parcial, no caso de estender ou não a todas as coisas que se encontram na superfície do imóvel.

Os sujeitos da relação superficiária são: o proprietário do solo, como concedente e o superficiário, como concessionário, ou seja, concede aquele primeiro a este último o direito de construir ou plantar na superfície de terreno de sua propriedade.

A concessão desse direito real pode ser onerosa ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado.

Com a constituição do direito de superfície, concedente e concessionário atribuem-se, reciprocamente, direitos e obrigações.

Existem deveres e direitos comuns a ambos, a saber: 1) deveres: 1.1) tanto o concedente quanto o concessionário devem dar preferência ao outro quando forem alienar onerosamente a parte do imóvel que lhes couber; e 1.2) devem omitir-se na prática de atos que ameacem, perturbem ou impeçam o regular exercício do direito do outro; 2) direitos: têm o direito de usar, gozar e dispor das partes do terreno que lhes couberem, observados os limites do contrato.

Lado outro, existem deveres exclusivos do superficiário, que correspondem a direitos do concedente: pagar a remuneração convenionada, se onerosa a superfície, na forma e tempo ajustados e os encargos e tributos incidentes; observar a destinação pactuada, além de conservar a coisa superficiária.

O concedente, por sua vez, tem direito exclusivo de tornar-se proprietário do prédio ou plantação, acaso extinta a superfície pelo advento do termo ou por outra causa de extinção, podendo ou não gerar indenização ao superficiário.

3.6 Extinção

Além do advento do termo e descumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo superficiário, são causas de extinção do

direito de superfície: a expropriação pelo Poder Público, a confusão, a renúncia ou abandono, o distrato, a rescisão e a alienação.

A expropriação do terreno por utilidade pública ou necessidade social também extingue a propriedade superficiária, sendo cabível indenização ao superficiário pelas construções e plantações que tiver erguido sobre o imóvel.

Verifica-se a confusão do direito de superfície quando o dono da propriedade superficiária torna-se proprietário do solo ou vice e versa, como acontece com a alienação, extinguindo-se, assim, referido direito.

De igual modo, existe a possibilidade de extinção do direito de superfície mediante expressa renúncia do superficiário quanto ao exercício. A renúncia pode ser entendida como o abandono manifestado pelo titular em relação ao direito e, nesse caso, as construções ou plantações passam para o domínio do proprietário do solo.

O distrato ocorre quando, por liberalidade das partes, declara-se extinta a superfície o qual deve ser feito mediante escritura pública.

A rescisão do contrato de superfície dá-se pelo descumprimento das obrigações assumidas pelas partes contratantes, como também pela morte do superficiário que não deixa herdeiros, ou qualquer outro motivo que importe na perda da finalidade contratual, do que subentende-se que a adjudicação, arrematação ou decisão judicial, pelo concedente ou concessionário, também seriam motivo para sua extinção.

Extinta a superfície pelo advento de seu termo ou em decorrência de causa superveniente, alheia ao título constitutivo, ressalvada a desapropriação do imóvel, opera em favor do *dominus soli*, a reversão, pela qual ele se torna proprietário das obras realizadas pelo superficiário, podendo existir ou não direito à indenização, conforme o caso.

4. CONFLITO APARENTE DE NORMAS E LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

4.1 Estatuto da Cidade e Código Civil

As leis em confronto, Estatuto da Cidade, Lei n. 10.257 de 10 de julho de 2001 e o Código Civil de 2002, Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002, são da mesma natureza – leis ordinárias – entretanto, a pri-

meira é uma lei especial, pois que regulamenta apenas o Estatuto da Cidade, enquanto a segunda é uma lei geral, pois que altera dispositivos do Código Civil, além da geral ser posterior à especial.

Em casos como esse, sempre se começará por um processo sistemático de interpretação, com o operador do Direito comparando e procurando conciliar as disposições legais sobre o mesmo objeto e, do conjunto delas, deduzir o sentido e alcance de cada uma. Somente na hipótese de incompatibilidade dos dispositivos é que se proclamará sua inaplicabilidade.

Nessa parte, é oportuno registrar que se dá a derrogação de uma norma jurídica quando cessa parte de sua autoridade e ab-rogação quando se extingue totalmente, sendo que o termo genérico – revogação – abrange as duas hipóteses. A revogação pode ser expressa ou tácita. No primeiro caso é declarada na lei nova e, no segundo, resulta, implicitamente, da incompatibilidade entre o texto anterior e o posterior.

Nos termos da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro – Decreto-lei n. 4.657/42, no artigo 2º e seus parágrafos, a lei vigorará até que outra a modifique ou revogue, quando não se destinar à vigência temporária. O § 1º desse artigo estabelece os casos de revogação expressa e tácita: “a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria que tratava a lei anterior.” E no § 2º: “a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.”

Muitas vezes, os legisladores pátrios não observam a possibilidade de um conflito aparente de normas jurídicas, podendo ser promulgada nova lei, tratando da mesma matéria, sem ficar tacitamente ou expressamente ab-rogada a anterior, como no caso da última apenas restringir o campo de aplicação da antiga ou, ao contrário, dilatá-lo, estendendo-o a casos novos, sendo possível até transformar uma determinação especial em regra geral.

Certo é que a incompatibilidade implícita entre duas regras jurídicas não se presume e, na dúvida, se considerará uma norma conciliável com a outra.

Ensina Carlos Maximiliano:

o juriconsulto Paulo ensinara que – as leis posteriores se ligam às anteriores, se lhes não são contrárias; e esta última circunstância precisa ser provada com argumentos sólidos: *Sed et posteriores leges ad priores pertinent, nisi contrariae sint idque multis argumentis probatur* (MAXIMILIANO, Carlos, s/d, Forense, p. 358) (Grifos nossos)

Nesse ponto convém analisar o preceito clássico, segundo o qual, a disposição geral não revoga a especial. Referido preceito deve ser aplicado com cautela, uma vez que pode a regra geral excluir exceção; ou enumerar taxativamente as únicas exceções que admite ou, finalmente, criar um sistema completo e diferente do que se encontra na norma positiva anterior. Nesses casos, entretanto, o poder eliminatório do preceito geral mais novo abrange também as disposições especiais antigas.

A máxima *Lex posterior generalis non derogat legi priori speciali* – a lei geral posterior não derroga a especial anterior – somente prevalece no sentido de não poder o surgimento da norma ampla causar, por si só, a eliminação da disposição especial em vigência. Dessa forma, não se presumindo que a lei geral revogue a especial, mostra-se necessário que tal sentido decorra de seu contexto.

Pelo que se verifica, *in casu*, tanto o Estatuto da Cidade como o Código Civil de 2002 disciplinam o Direito de Superfície. Todavia, no Estatuto da Cidade, que se dirige exclusivamente a imóveis urbanos, não se menciona a concessão do direito de superfície por pessoa jurídica de direito público.

Ora, o Estatuto da Cidade é lei especial em relação ao Código Civil e, dessa forma, também deve ser aplicado às concessões do Direito de Superfície pelas pessoas jurídicas de direito público quanto aos imóveis urbanos, sendo que os rurais ficam a cargo do Código Civil, nada havendo em lei especial.

Leciona Maria Helena Diniz, *in verbis*:

O direito de superfície, constituído por pessoa jurídica de direito público interno, rege-se-á também pelo Código Civil, no que não for diversamente disciplinado em lei especial. Como nos explica Miguel Reale, a lei estende tal concessão de uso às relações entre particulares, por isso o Código Civil não pode deixar de contemplar essa espécie, pois, consoante justa ponderação de

José Carlos Moreira Alves, a migração desse modelo jurídico, que passou da esfera do direito administrativo para a do direito privado, veio restabelecer, sob novo enfoque, o antigo instituto da superfície, regendo a exploração da terra por quem não tem domínio legal sobre ela. (DINIZ, Maria Helena, 2002, p. 403)

4.2 Superfície Urbanística e Superfície Civil

Tanto o Estatuto da Cidade como o Código Civil de 2002 apresentam semelhanças quanto ao ordenamento do Direito de Superfície e dentre elas verifica-se que para sua constituição é necessário que o ato de vontade seja entabulado em escritura pública, registrado no Registro de Imóveis competente.

Também consta desses diplomas legais que a constituição do direito de superfície por ser a título oneroso ou gratuito e da existência do direito de preempção.

Embora os modelos do Código Civil e do Estatuto da cidade sejam, na essência de suas regras equivalentes, no que diz respeito à natureza jurídica, algumas diferenças podem ser mencionadas.

Inicialmente, cumpre mencionar que o Direito de Superfície previsto no Código Civil abrange tanto os terrenos urbanos quanto os rurais, ao passo que o Estatuto da Cidade prevê o instituto da superfície, de feição urbanística, pois que tem por escopo apenas os terrenos urbanos.

O Código Civil prevê que o exercício da superfície consiste em construir ou plantar sobre o terreno objeto da concessão, enquanto no Estatuto da Cidade é empregada a expressão direito de utilizar, de conteúdo indefinido.

Além disso, o Código Civil trata de forma ambígua sobre a possibilidade de direito de superfície no subsolo, uma vez que no parágrafo único do artigo 1.369 dispõe que não se autoriza esse direito, ressalvando se for inerente ao objeto da concessão. O Estatuto da Cidade, por sua vez, faculta ao superficiário a utilização não apenas do solo, como também do subsolo e do espaço aéreo relativos à área objeto da concessão, de acordo com o que tiver sido contratado entre as partes e obedecida à legislação urbanística.

Os limites dos direitos do concedente e do superficiário quanto ao uso e à fruição do imóvel foram estabelecidos no Código Civil, sendo que o concedente poderá utilizar a parte do imóvel que não for objeto do direito de superfície, enquanto o superficiário poderá utilizar as porções do terreno que forem objeto da concessão, bem como as acessões resultantes do exercício dessa. Todavia, segundo o Estatuto, se a concessão incidir sobre toda a área, ao *dominus soli* restará apenas o poder de dispor do imóvel, ou seja, da nua-propriedade, porque o uso e a fruição do terreno estão incluídos na superfície e caberão ao superficiário.

O limite temporal para a concessão do direito de superfície foi prevista no Estatuto da Cidade que poderá ser feito por tempo determinado ou indeterminado. No Código Civil constou apenas por tempo determinado.

Divergem, ainda, pela responsabilidade pelos encargos. Pelo Estatuto da Cidade, o superficiário é responsável pelo pagamento dos encargos e tributos incidentes sobre a obra superficiária e sobre a área objeto da concessão, proporcionalmente à sua efetiva ocupação, se o contrário não tiver sido ajustado entre as partes. No Código Civil foi atribuído ao superficiário a incumbência de arcar com o pagamento dos tributos que incidirem sobre o imóvel na sua integralidade, ou seja, a regra do Código Civil é mais restrita que a do Estatuto da Cidade.

Por fim, o Código Civil contém duas disposições que não se encontram no Estatuto da Cidade. A primeira trata da indenização no caso de extinção do direito de superfície em consequência de desapropriação, que caberá ao proprietário e ao superficiário, no valor correspondente ao direito real de cada um. A segunda diz respeito à concessão de direito de superfície por pessoa jurídica de direito público interno, que é regida pelo Código Civil, no que não for diversamente disciplinado em lei especial, o que não afasta a aplicação das normas do Estatuto da Cidade.

5. DIREITO DE SUPERFÍCIE EM TERRAS PÚBLICAS E A UTILIZAÇÃO DO INSTITUTO PELAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO

O Direito de Superfície deve se entendido como um dos instrumentos capazes de efetivar o cumprimento da função social da pro-

priedade, pois que amplia as possibilidades de utilização da propriedade imobiliária com as garantias de um direito real.

Em terrenos públicos, conforme leciona José Afonso da Silva, um dos empregos do direito de superfície mais propício ao interesse urbanístico seria sua utilização por particulares, tal como prevê o Estatuto da Cidade.

Nessa parte, cumpre registrar posicionamento em contrário, segundo o qual, a inalienabilidade do solo público obstaría a aquisição desse direito real.

Todavia, referido entendimento não pode prosperar, tendo em conta que o administrador público não estaria transferindo a terceiro sua faculdade de proprietário, apenas a de construir, permitindo a existência do direito superficiário sobre o solo público, com algumas restrições, *in verbis*:

Art. 1.377. O direito de superfície, constituído por pessoa jurídica de direito público interno, rege-se por este Código, no que não for disciplinado em lei especial.

O Estatuto da Cidade também admite, no seu artigo 21, § 1º, o uso do solo, subsolo e espaço aéreo, de terras urbanas, sem mencionar ou distinguir as públicas das privadas.

Contudo, pelas razões já expostas no item anterior, o Estatuto da Cidade aplica-se às concessões de Direito de Superfície por pessoas jurídicas de Direito Público interno, devem ser lembrado, ainda, que o direito de superfície é derivado do direito administrativo tendo sido absorvido pelo direito privado.

Nesse entendimento, menciono os ensinamentos de José Afonso, citado por Letícia Marques Osório:

(...) perante as novas garantias asseguradas pelo Estatuto da Cidade àqueles que ocupam áreas públicas dentro de determinadas circunstâncias e atendendo a certos critérios, por meio da concessão especial de uso para fins de moradia, objeto de veto presidencial mas reinserida mediante medida provisória, poder-se-ia dizer que a nova legislação federal prevê um direito subjetivo público ao direito de superfície de áreas de propriedade pública (...). (*Apud* MATTOS, Liana Portilho (Org), 2002)

6. CONCLUSÃO

Uma política de regularização e ordenação do solo urbano, com urbanização e o saneamento dessas áreas, bem como sua titulação aos seus habitantes, proporcionando a implantação de cidades dotadas de qualidade de vida é medida necessária à efetivação do desenvolvimento social de nosso país.

O conceito de propriedade deve ser entendido como condicionado ao cumprimento de sua função social, o qual não se refere apenas aos interesses do proprietário, como também aos da coletividade. Nessa ordem de ideias, sua conceituação não pode ser considerada imutável, uma vez que seus elementos conceituais estão sujeitos a alterações em virtude de realizações de interesse particular ou público.

O Estatuto da Cidade estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental, tendo o direito à moradia como uma de suas metas básicas.

O direito de superfície encerra a ideia básica de suspensão ou interrupção do efeito de aquisição da acessão, adequando o conceito de propriedade à sua concepção atual, afastando-o da mera disposição do bem para entendê-la como condicionada ao cumprimento de sua função social.

A principal finalidade do direito de superfície é o cumprimento das funções sociais da cidade e da propriedade, regularizando o acesso à terra urbana.

Tanto as normas do Estatuto da Cidade como as do Código Civil de 2002 disciplinam o Direito de Superfície e, embora no primeiro não se mencione a concessão do direito de superfície por pessoa jurídica de direito público, certo é que o Estatuto da Cidade é lei especial em relação ao Código Civil e, conforme disposição legal desse último, também deve ser aplicado às essas concessões quanto aos imóveis urbanos, sendo que os rurais ficam a cargo das regras do Código Civil.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Diana Coelho. *Direito de Superfície: à luz do Estatuto da Cidade*. 1. ed. 3. tir. Curitiba: Juruá, 2003.

BARRUFFINI, Natália Liserre. O Reconhecimento do Direito de Superfície no novo Código Civil e no Estatuto da Cidade – Lei 10.257, de 10 de julho de 2001. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Síntese n. 22, mar./abr., 2003.

BENASSE, Paulo Roberto. *Direito de Superfície e o novo Código Civil Brasileiro*. Campinas: Bookseller, 2002.

CRETELLA JR., José. *Dos Bens Públicos no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1969.

DINIZ, Maria Helena. *Direito das Coisas*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

KLANG, Márcio. Direito de Superfície. *Revista dos Tribunais*, 541/300. São Paulo: RT, nov., 1980.

LIRA, Ricardo Pereira. *Direito à Moradia, Cidadania e o Estatuto da Cidade*. Artigo apresentado na XVIII Conferência Nacional da OAB.

LIRA, Ricardo Pereira. *Elementos de Direito Urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MATTOS, Liana Portilho. *A Efetividade da Função Social da Propriedade Urbana à luz do Estatuto da Cidade*. Rio de Janeiro: Temas e Ideias, 2003.

MATTOS, Liana Portilho (Org). *Estatuto da Cidade Comentado*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MAXIMILIANO, Carlos. “Hermenêutica e Aplicação do Direito”. Rio de Janeiro: Forense, s/d.

PORTO, Mário Moacir. Direito de Superfície e Construção, em Terreno Alheio. *Revista Forense*, v. 191, p. 52/56.

RODRIGUES, Silvio. *Direito das Coisas*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v.V.

SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

TEIXEIRA, José Guilherme Braga. *O Direito Real de Superfície*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

TUCCI, José Rogério Cruz e. A Superfície no novo Código Civil. *Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil*. Porto Alegre: Síntese, v. IV, n. 22 mar./abr., 2003.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direitos Reais*. 3. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2003, v. V.

4

JUSTIÇA MILITAR, ESCABINATO E ACESSO À JUSTIÇA JUSTA

Fernando José Armando Ribeiro¹

RESUMO

A temática do acesso à Justiça está diretamente ligada a construção e efetividade do Estado Democrático de Direito. Todavia, as dimensões estrutural, procedimental e material do acesso à Justiça seriam destituídas de sentido se não concebêssemos a possibilidade de acesso à uma Justiça justa. É que a ampliação do sistema formal de acesso a Justiça por si só seria insuficiente e gerador de números falaciosos se o Judiciário não se estruturar de forma a produzir decisões que se adequem efetivamente às situações de vida e à visão de mundo daqueles a que elas se destinam. A especialização de conhecimentos que do Judiciário se exige não deve ser apenas do conhecimento técnico-jurídico (dito “dogmático”) ou normativo. Mas exige-se também uma aproximação visceral com o mundo existencial do qual emergem os conflitos que será chamado a resolver.

A moderna hermenêutica nos ensina que o intérprete do Direito já acessa o texto normativo munido de certas possibilidades de sentido, das pré-compreensões que, longe de revelarem um subjetivismo ou relativismo na interpretação, situam-se como verdadeiras condições de possibilidade de toda compreensão. O caso concreto reflete uma nova situação na qual o intérprete tem que renovar a efetividade da norma.

¹ Pós-doutor em Direito pela Universidade da Califórnia em Berkeley (EUA). Doutor em Direito pela UFMG. Professor da PUC Minas. Vice-presidente do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais.

Tal efetividade não se consegue simplesmente com a busca de reconstrução da intenção original do legislador, mas da mais correta apropriação das pré-compreensões envolvidas no contexto de aplicação.

Considerando-se o círculo hermenêutico, o intérprete do Direito não retorna da fusão com o caso concreto ou com o texto normativo da mesma forma que nele entrou, pois seus pré-conceitos originais podem se consolidar, modificar, ou mesmo outros serem instaurados. Portanto, ante o círculo hermenêutico tem-se um melhor intérprete do Direito. E melhor intérprete, em termos gadamerianos, remete à metáfora de amplitude na qual quanto mais descrições estiverem disponíveis e quanto maior a integração entre elas, melhor a compreensão do intérprete em relação ao objeto identificado por qualquer das descrições. A prática dos julgamentos na Justiça Militar (Federal e Estadual) tem demonstrado a grande importância das pré-compreensões trazidas pelos juízes militares, advindas de sua vasta experiência na caserna. Deixar que o militar seja julgado por pares não é dar-lhe tratamento privilegiado, mas garantia de ordem, de correção e de justiça. Sobretudo se considerarmos que na estrutura do escabinato brasileiro, do julgamento também tomarão parte juízes civis, dotados de comprovada experiência e conhecimento jurídico.

Palavras-chave: 1. Acesso à Justiça. 2. Adequação. 3. Hermenêutica. 4. Pré-compreensão.

ABSTRACT

The issue of access to justice is straightly connected to the construction and effectiveness of the democratic rule of law. However, structural, material and procedural conditions to the access to justice would be meaningless unless we conceived the access to a fair Justice. The mere expansion of the formal system of access to justice by itself would be insufficient and fallacious if the judiciary is not structured to produce decisions that fit effectively to the situations of life and worldview of the parties. The specialization of knowledge that is required of the judiciary should not be just technical legal knowledge (called "dogmatic") or normative. But it is also required visceral approach to the existential world in which the conflicts emerge.

Modern hermeneutics teaches us that the interpreter of law accesses the normative text already provided with certain possibilities of meaning, of the pre-comprehensions that, far from revealing subjectivism or relativism in the interpretation, stand as conditions of possibility of all understanding. The case reflects a new situation in which the interpreter has to renew the effectiveness of the legal norm. Such effectiveness is not achieved simply by searching for reconstruction of the legislature original intention, but the most correct appropriation of the pre-comprehensions involved in the application context. Considering the hermeneutic circle, the interpreter of the law does not return from the fusion with the case or with the normative text in the same way that it came before. As their original pre-comprehension scan consolidate, modify, or even completed changed. Therefore, the hermeneutic circle brings us a better interpreter of the law. And better interpreter according to Gadameris intrinsically related to the extent descriptions are available and the higher integration between them.

The trials in military courts (Federal and State) has demonstrated the importance of the pre-comprehensions brought by military judges stemming from their vast experience in the barracks. Letting the military to be judged by peers is not to give him special treatment but guarantee the order, correction and justice. Especially if we consider that in the structure of Brazilian escabinato of the trial will also take part civilian judges endowed with proven experience and legal knowledge.

Keywords: 1. Access to Justice. 2. Appropriateness. 3. Hermeneutics. 4. Pre-comprehension.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 A compatibilidade entre o escabinato e a moderna teoria do Direito; 3 O escabinato e o acesso à Justiça justa; 4 Conclusão; 5 Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A Justiça Militar, como ramo especializado do Poder Judiciário, é ainda uma desconhecida da maior parte dos cidadãos e mesmo dos profissionais do Direito. Assim, faz-se alvo de críticas que, na maioria

das vezes, apenas atestam esse desconhecimento. A incompreensão começa pelo nome. Ao confundir o adjetivo militar com militarismo, e este com autoritarismo e autocracia, muitos são levados a pensar que a Justiça Militar seja um legado de regimes despóticos que se instalaram no Brasil. Nada mais falso! A Justiça Militar federal, que possui jurisdição sobre as forças armadas nacionais, é na verdade o mais antigo órgão do Poder Judiciário no Brasil, tendo sido criado 4 anos antes do próprio Supremo Tribunal Federal, quando da vinda da família real para o Brasil em 1808. No que diz respeito às Justiças Militares estaduais, foi com a Constituição (democrática) de 1934 que foi lançado o fundamento normativo para a sua criação.

Merece destaque especial o fato de que, já sob a égide da Constituição de 1988, além de terem sido expressamente inscritas como órgão do Poder Judiciário, tanto a Justiça Militar federal quanto a estadual, houve um notável fortalecimento desta última, com a substancial ampliação de sua competência advinda da EC/45, de 2004. A partir de então, além de processar e julgar os crimes militares previstos no CPM, a Justiça Militar estadual assumiu também competência cível, antes pertencente à Varas da Fazenda Pública e Autarquias da Justiça Comum, passando a julgar ações judiciais contra atos disciplinares militares. Foi profunda a transformação operada na Justiça Militar estadual desde então. Com o crescimento geométrico do número de processos, terminou por ser também alterado o próprio perfil dos Tribunais de Justiça Militar, que deixaram de ser Cortes de feições tipicamente penais, para tornarem-se também tribunais de caráter civil-administrativo. Todavia, como campeia o desconhecimento sobre a Justiça Militar, muitos ainda não se deram conta desta realidade, 8 anos depois e, quando se referem aos números da Justiça Militar estadual, fazem menção apenas a seus feitos criminais.

2. A COMPATIBILIDADE ENTRE O ESCABINATO E A MODERNA TEORIA DO DIREITO

Nos últimos anos, os juristas brasileiros têm podido assistir e tomar parte em ricas e profundas transformações no Direito. Dentre os fatores responsáveis por tal fenômeno hão de ser destacados os novos parâmetros normativos democráticos trazidos pela Constituição re-

publicana de 1988 e a busca por novos vetores da racionalidade jurídica. Após o chamado giro hermenêutico-linguístico-pragmático os juristas passam a se dar conta da necessária complementaridade entre filosofia e ciência. Se antes, tanto jusnaturalistas quanto positivistas assumiam como pressuposto uma “racionalidade naturalista totalizadora”, em nossos dias, as dimensões dialógica e aplicativa apresentam-se como postulados centrais do pensamento jurídico.

A partir dos estudos de Heidegger (1967; 1997), Hans-Georg Gadamer consubstancia um tratamento paradigmático capaz de radicar em novas bases a questão hermenêutica. Com Gadamer, a tarefa hermenêutica não é mais desenvolver um procedimento para a compreensão, mas “esclarecer as condições sob as quais surge a compreensão” (GADAMER, 1997, p. 442). Portanto, tem-se uma nova e definitiva lição: uma coisa é estabelecer uma práxis de interpretação opaca como princípio, e outra coisa bem diferente é investigar as categorias a partir das quais ocorre a compreensão.

O pensamento jurídico deve abrir-se então para uma hermenêutica jurídica crítica, compreendendo que o intérprete aplicador é responsável também pela atualização permanente do Direito, visto em toda a sistematicidade e abrangência inerentes a seu modo de ser no mundo. Pela hermenêutica de Gadamer a questão interpretativa deixa de colocar-se enquanto um problema metodológico, ou de simples técnica, para ser condição de possibilidade, à medida que a interpretação não é concebida como um meio de conhecer, mas como um modo de ser. A partir da obra *Verdade e Método*, a pergunta pelo sentido do texto jurídico é uma pergunta pelo modo como esse sentido se dá, qual seja, pelo ser que compreende e pelos horizontes de sentido. Assim, as questões levantadas por Gadamer atingem profundamente os marcos teóricos e/ou práticos da Ciência do Direito. Os métodos interpretativos ainda tão em voga no estudo do Direito não conseguem filtrar a situação hermenêutica do intérprete. No próprio modo de utilizar-se dos métodos interpretativos já se manifesta aquele que se propõe a deles lançar mão. Ressalte-se, todavia, que a Hermenêutica de Gadamer não pretende negar que o Direito possui uma delimitação de sentido. Ele próprio esclarece que:

A tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, isto é, em sua aplicação. A complementação produtiva do

Direito, que ocorre com isso, está obviamente reservada ao juiz, mas este encontra-se por sua vez sujeito à lei, exatamente como qualquer outro membro da comunidade jurídica. Na idéia de uma ordem judicial supõe-se o fato de que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa de conjunto (GADAMER, 1998, p. 489)

Considerando o Giro Hermenêutico operado por Gadamer, pode-se dizer que o intérprete é produto da linguagem, que envolve os pré-conceitos advindos da tradição. A linguagem em Gadamer é pensada a partir de uma reflexão da filosofia analítica, tendo como aporte teórico, mais especificamente, a teoria dos atos de fala de Austin. Apreciando os estudos de Austin, Gadamer afirma que “a linguagem é o médium universal em que se realiza a própria compreensão”. Só pela linguagem se pode compreender, salientando que não se entende por linguagem apenas a descrição dos objetos. É pela linguagem que se compreende, na medida em que é por meio dela que se relacionam velhas descrições com outras novas, portanto, é por meio dela que se cria e age. (GADAMER, 1998, p. 566)

É isso que permitirá a Gadamer entrelaçar a dialeticidade intrínseca à relação entre pensamento e fala, como conversação, na dialética da pergunta e da resposta pertinente a interpretação de qualquer texto. Nesse sentido, chega o autor a dizer que “a lingüisticidade da compreensão é a concreção da consciência da história efetual” (GADAMER, 1998, p. 567). Não apenas a tradição, mas a própria compreensão tem natureza lingüística, portando uma relação fundamental com a lingüisticidade. Como diz Gadamer, o próprio mundo

é o solo comum, não palmilhado por ninguém e reconhecido por todos, que une a todos os que falam entre si. Todas as formas da comunidade de vida humana são formas de comunidade lingüística, e, mais ainda, formam linguagem. (GADAMER, 1998, p. 647).

A mundanidade lingüística do mundo em que desde sempre nos movemos constitui então condição de todas as nossas concepções. Não há um ponto de observação fora da história, assim como não há história sem linguagem. Compreende-se aí o caráter especulativo inerente à linguagem, na medida em que suas palavras não copiam o ente, mas deixam vir à fala uma relação com o todo do ser.

Se a compreensão é linguisticamente mediada, essa mediação é feita por meio de pré-compreensões. Nos termos de Gadamer, “não existe compreensão que seja livre de toda pré-compreensão, por mais que a vontade do nosso conhecimento tenha de estar sempre dirigida, no sentido de escapar ao conjunto de nossas pré-compreensões” (GADAMER, 1998, p. 709). A pré-compreensão seria uma antecipação prévia e difusa do sentido do texto influenciado pela tradição em que se insere o sujeito que o analisa. Noutros termos, é o produto da relação intersubjetiva que o hermenêuta tem no mundo. A pré-compreensão é parte formadora da própria compreensão, constitui ontologicamente a compreensão. Desse modo, como assevera Pereira não existe “possibilidade de compreender que se forme à margem do conjunto difuso de pré-compreensões advindas do horizonte histórico em que se situa o sujeito”. (PEREIRA, 2001, p. 28)

Portanto, a situação hermenêutica do homem já o encaminha a um objeto com um certo olhar. O fenômeno sempre é visto de forma mediada, é sempre representado. Não se conhece algo em sua plenitude, mas sempre algo enquanto algo.

Não obstante, Gadamer ressalta que o horizonte histórico não significa enclausuramento, mas abertura. Como coloca Pereira, a consciência do horizonte histórico permite melhor vislumbrá-lo rumo a um padrão mais correto (2001, p. 28). Pela noção do horizonte histórico chega-se à consciência da múltipla possibilidade de sentidos em que se reconhece “uma constante mobilidade de significados cambiantes em função de cada época”. (PEREIRA, 2001, p. 44)

Nesse sentido, pertinentes são as considerações de Souza Cruz, que, aludindo ao giro linguístico, explica que, como fruto da linguagem social o “magistrado deve deixar de contar apenas consigo mesmo (ou com o consolo de que sua decisão, em caso de erro, poderá ser revista pelo tribunal/instância superior)” (SOUZA CRUZ, 2001, p. 232). Como fruto da linguagem o magistrado conta com todos os seus pré-conceitos, desde suas mais remotas experiências (conscientes ou não), de sua formação humana e jurídica, até os elementos probatórios que se deram no curso regular do processo, argumentação das partes, etc. A compreensão do juiz não se dá em solidão, ou seja, dele para com ele mesmo e exclusivamente a partir dele, pois ocorre num processo jurisdicional em que são precípuos o contraditório e a ampla defesa.

Tanto o autor quanto o réu ao se manifestarem no processo em simétrica paridade participam da interpretação-compreensão-aplicação (lembrando que não constituem momentos distintos) da lei expressa no provimento final do juiz. Portanto, no momento de produção do provimento jurisdicional as partes, o dito e o contraditado, já aportam para o provimento jurisdicional uma série de pré-compreensões, as quais densificam a possibilidade de sentido normativo para muito além de uma suposta moldura das normas.

A revelação da atividade interpretativa enquanto indissociável da pré-compreensão do intérprete impõe-se à exigência de que o processo de interpretação seja aberto. Nesse sentido, torna-se ainda mais imprescindível a necessidade de aqueles que são legitimados participarem do processo para que venham a ser consideradas as suas próprias pré-compreensões, uma vez que sofrerão as consequências da compreensão/aplicação que se fizer da norma.

A lei, o processo e toda formação jurídica e de vida do hermenauta compõem suas pré-compreensões, às quais se fundem as novas leituras do texto legal que se seguirão, bem como a análise do caso concreto que surgir, as teses empregadas pelas partes, num círculo hermenêutico onde o saber do Direito não se fecha. Dessa forma, os métodos de interpretação devem ser entendidos como uma orientação aberta, incumbindo a eles salientar os aspectos que o intérprete deve levar em conta, mas consciente de que eles não têm o poder de esvaziar a interpretação das pré-compreensões do intérprete. Nesse sentido, para Gadamer, a compreensão do Direito não significa apenas um projetar do intérprete em direção a um significado, mas precipuamente a aquisição pela compreensão de novas e numerosas possibilidades, as relações nele implícitas, as conclusões que dele advém (2003, p. 41).

Na esteira de Gadamer, o intérprete do Direito já acessa o texto normativo munido de certas possibilidades de sentido, das pré-compreensões que, longe de revelarem um subjetivismo ou relativismo na interpretação, situam-se como verdadeiras condições de possibilidade de toda compreensão. Nesse sentido, para uma hermenêutica jurídica de viés gadameriano, o juiz só decide porque encontrou o fundamento. Como qualquer intérprete, há um sentido que é antecipado ao juiz – advindo das pré-compreensões – e nesse momento já se tem

a decisão. Portanto, o julgador não decide para depois buscar a fundamentação, mas só decide porque já encontrou o fundamento, que nesse momento é ainda uma antecipação prévia de sentidos tomada de pré-compreensões ainda não problematizadas. Obviamente, deve o magistrado testar e aprimorar o fundamento, e revê-lo a partir de uma racionalidade discursiva. É certo que muitas decisões parecem manifestar apenas o primeiro sentido, isto é, revelam tão somente a antecipação do sentido embebida pelas expectativas do juiz, sem maiores aprofundamentos. Daí advém o possível elo entre a hermenêutica e a teoria da argumentação. É que, se a decisão jurídica deve ser construída argumentativamente, não devem ser apenas as compreensões e pré-compreensões do Juiz que devem conformá-la. Para esses casos a parte que se sente prejudicada, acreditando não ter sido o direito devidamente interpretado, pode valer-se do duplo grau de jurisdição, que encontra aí um de seus mais sólidos fundamentos.

É relevante explicitar que, numa leitura gadameriana, mesmo após o aprofundamento de sentido, não se pode falar de uma verdade na interpretação como se fosse um conhecimento fixo. Para Gadamer pode-se ter num dado momento uma melhor interpretação, considerando a história efetual da norma, seu contexto, sua construção dialógica e processual. Todavia, essa interpretação não pode ser considerada como definitiva, uma vez que a interpretação acontece de forma circular e espiralada, em que a cada leitura, novos elementos e releituras fazem-na expandir.

Destarte, uma interpretação só pode ser melhor em relação ao um dado contexto, e nesse sentido o caso concreto ganha relevo. O caso concreto que reflete uma nova situação na qual o intérprete (o juiz é antes de tudo um intérprete) tem que renovar a efetividade da norma. Tal efetividade não se consegue simplesmente na tentativa de reconstrução da intenção original do legislador mesmo porque é ela uma tentativa fadada ao fracasso, considerando que a pré-compreensão daquele que interpreta faz parte do processo interpretativo. Renovar a efetividade da norma significa que ante um caso concreto o horizonte do intérprete, com todas as suas pré-compreensões (suas experiências de vida, seu estudo e vivência do Direito) funde-se com o horizonte legado pelas dimensões do próprio caso. E do inter-relacionamento

do horizonte próprio do intérprete com o do caso concreto nasce um novo, que, obviamente, como já pontuado, necessita ser aprofundado pelo intérprete sob o risco de expressar equívocos e pré-conceitos inautênticos. Dessa forma, a pretensão reguladora da norma é apenas o início de todo um processo hermenêutico em que se tem a aplicação produtiva da norma, uma vez que a compreensão não é um simples ato reprodutivo do suposto sentido original do texto.

Não obstante, considerando o círculo hermenêutico, o intérprete do Direito não retorna da fusão com o caso concreto ou com o texto normativo da mesma forma que nele entrou, porquanto seus pré-conceitos originais podem se consolidar, modificar, ou mesmo outros serem instaurados. Destarte, a cada caso concreto, ou a cada nova leitura do texto jurídico tem-se um novo intérprete, seja mais convicto de sua posição jurídica, seja dela reticente.

Portanto, ante o círculo hermenêutico tem-se um melhor intérprete do Direito. E melhor intérprete em termos gadamerianos remete à metáfora de amplitude na qual quanto mais descrições estiverem disponíveis e quanto maior a integração entre elas, melhor a compreensão do intérprete em relação ao objeto identificado por qualquer das descrições. Em termos mais gerais, compreender melhor o Direito é ter consciência efetiva da historicidade de sua aplicação, é ter mais a dizer sobre ele, é ser capaz de abrir-se para conjugar ditames normativos, institutos, experiências e teorias de uma maneira sempre renovada e ao mesmo tempo integrada a uma correta reconstrução da própria tradição.

3. O ESCABINATO E O ACESSO À JUSTIÇA JUSTA

A partir da segunda metade do século XX o tema do acesso à Justiça ganha grande importância nos debates mundiais sobre o Direito, tanto na academia quanto nas instâncias públicas e mais especialmente no âmbito do Poder Judiciário. No Brasil, a Constituição democrática de 1988 veio a trazer toda uma renovação do pensamento jurídico no que tange às possibilidades de acesso à justiça. Tal ampliação, trouxe em seu bojo um profundo desafio aos órgãos vocacionados à aplicação do Direito, trazendo especialmente ao Judiciário uma situação paradoxal de crise e de crescente importância, na qual ele

ainda se encontra imerso. De fato, a tradição “judiciarista” da história republicana brasileira nunca foi tão incrementada.

Tal fenômeno foi muito bem reconhecido e destacado pelo Min. Sepúlveda Pertence em seu discurso de posse na presidência do Supremo Tribunal Federal, quando assim se manifestou:

Desconheço outro texto constitucional – sejam os que a precederam, no Brasil, sejam os de direito comparado – que haja confiado, mais que a Constituição de 88, na solução judicial dos conflitos individuais e coletivos de toda ordem e aberto formalmente com tanta generosidade as vias de acesso à jurisdição aos cidadãos, às formações sociais intermediárias e ao Ministério Público, como instrumento de toda a sociedade. (1995, p. 46)

Numa de suas configurações mais concretas, acesso à justiça significa acesso aos valores constitucionais, numa extensão que permita a que os jurisdicionados introjetem em suas práticas e vidas as premissas do sistema constitucional democrático. Trata-se pois de uma das dimensões da ideia *deliving constitution* (a constituição viva), tão apregoada pela doutrina estadunidense, e que se torna irrealizável, ou mero artifício retórico, sem o pressuposto do acesso à Justiça. Permitir a vivência dos valores constitucionais implica na maior ampliação e efetividade do acesso dos cidadãos à Justiça, a fim de que esses possam levar-lhe seus anseios, suas angústias e, sobretudo, sua particular visão acerca do direito e dos valores por ele protegidos. Não há como chegar à constituição viva sem o efetivo acesso à Justiça. Mas não há sentido em se falar em acesso à Justiça se essa não puder manifestar-se de forma Justa. É que a ampliação do sistema formal de acesso a Justiça por si só seria insuficiente e gerador de números falaciosos se o Judiciário não se estruturar de forma a produzir decisões que se adequem efetivamente às situações de vida e à visão de mundo daquelas a que elas se destinam.

Trata-se do conceito mesmo de adequação, apanágio dos nossos tempos. É que a preocupação com o plano da aplicação leva os juristas de hoje a compreenderem, um pouco como Drummond, que “as leis não bastam, os lírios não nascem das leis” (1992, p. 102). Mas não são apenas os lírios que delas não brotam, não brotam também a justiça nem a efetivação de seus desideratos. Exige-se pois mais, exige-se

sobretudo a valorização das instâncias voltadas para a interpretação e aplicação do Direito. Não, todavia, com a ingenuidade dos que pretendem fazer do Judiciário um “*alter ego* da sociedade”, tampouco dos que pretendem fazer dos juízes justiceiros ou heróis, fonte por excelência do Direito ou parâmetro exclusivo da justiça. Nada disso pode encontrar sustentação nos tempos em que vivemos, onde a razão se assenhoreia das práticas jurídicas, e a intersubjetividade torna-se elemento imprescindível à realização do imperativo democrático. Os postulados do Realismo Jurídico norte-americano e da Escola do Direito Livre não mais devem encontrar ecos na vivência jurídica das sociedades democráticas hodiernas.

É grande a importância atribuída por nossos tempos ao Poder Judiciário. Mas dele espera-se mais e ao mesmo tempo menos do que o pretendido pelas aventadas escolas antiformalistas. Da Justiça espera-se que tenha estrutura e formação técnica e humana suficiente para realizar a justiça! Pois de nada adiantaria ao cidadão que lhe fossem franqueadas as portas abertas das Casas de Justiça, se essas não puderem atender adequadamente aos seus reclamos, não compreender a extensão de seus conflitos, se não puder vislumbrar, com experiência e conhecimento, a vastidão dos elementos que permeiam os seus dramas. O tempo do *da mihifactumdabotibi jus* resta superado, e hoje a produção do direito exige uma participação conjunta e mais efetiva dos destinatários dos provimentos jurisdicionais em sua produção. Como nos lembra Aroldo Plínio Gonçalves,

o processo começa a se definir pela participação dos interessados no provimento na fase que o prepara, ou seja, no procedimento. Mas essa definição se concluirá pela apreensão da específica estrutura legal que inclui essa participação, da qual se extrairá o predicado que identifica o processo, que é ponto de sua distinção: a participação dos interessados, em contraditório entre eles. Chega-se assim, ao processo como espécie de procedimento realizado através do contraditório entre os interessados, que, no processo jurisdicional, são as partes. (1992, p. 113-114)

É tempo de quebra de antigas dualidades, entre as quais se encontra a separação entre situação de fato e situação de Direito. Não há mais sentido em sustentá-las, pois ambas coexistem e são condição de possibilidade uma da outra. Logo, a especialização de conhecimentos que

do Judiciário se exige não deve ser apenas do conhecimento técnico-jurídico (dito “dogmático”) ou normativo. Mas exige-se também uma aproximação visceral com o mundo existencial do qual emergem os conflitos que será a chamado a resolver. Esse é o pressuposto de sustentação de antigos e imprescindíveis institutos como o Tribunal do Júri e o Escabinato (ou escabinado), todos representantes de um gênero tão antigo quanto fundamental na história humana: os *tribunais populares*.

As origens dos tribunais populares é bastante remota e não encontra consenso entre os historiadores, havendo muitos que as remetem às conformações primitivas do Direito grego, com o instituto das *Dikastas*. Outros, contudo, atribuem sua origem às *Judice Juratis* do Direito romano. (SANTOS, 2013)

Pelas fontes históricas que nos chegam, dúvidas não remanescem sobre as fundações do tribunal popular na *Magna Charta* inglesa de 1215. De fato, esse documento emblemático na história do constitucionalismo, para muitos o primeiro esboço histórico das constituições modernas, parece conter uma notável explicitação dos pressupostos que regem o conceito de tribunal popular e de juiz natural. Dentre seu vasto rol de matérias e disposições, podemos destacar as seguintes cláusulas:

20. Um homem livre não será punido por um delito menor a não ser segundo o grau (reduzido) do delito; por um delito grave a punição será também grave, mas sem prejuízo das prerrogativas inerentes à sua posição social (...) e nenhuma das penas citadas será aplicada, a não ser mediante juramento de homens probos da vizinhança.

21. Condes e barões não serão punidos, senão por seus pares e unicamente em proporção à gravidade do delito cometido.

39. Nenhum homem livre será detido ou preso, nem privado de seus bens, banido ou exilado ou, de algum modo, prejudicado, nem agiremos ou mandaremos agir contra ele, senão mediante um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra (*per legem terre*). (Apud COMPARATO, 1999, p. 70-71)

Cabe frisar que a expressão *per legem terre*, que aparece tão frequentemente nos preceitos relativos ao Juiz Natural e ao devido pro-

cesso legal nos prenúncios do constitucionalismo moderno, podem ser vistos também como pressupostos estruturantes do conceito de escabinato, uma vez que são conceitos basilares para o instituto dos tribunais populares. É que, na acepção conceitual do preceito do *per legem terre* – radicado na origem e na estrutura do conceito de Constituição na modernidade – situa-se, com grande destaque, a ideia segundo a qual os jurisdicionados devem ter assegurada a garantia de que seus julgadores compartilhem de um mesmo espectro de vivências, ações e sentidos historicamente partilhados, ou seja, de um mesmo “mundo da vida”, se quisermos usar a expressão habermasiana.

São esses sentidos partilhados condição de possibilidade para se obter um julgamento justo, uma vez que, sem os mesmos, faltar-lhes-ia o elemento *adequabilidade*. Assim, por mais conhecimento técnico-normativo que tivessem os julgadores, a falta de compreensão mais precisa da extensão de sentidos partilhados constitutiva das vivências às quais aquela normatividade se destina levaria a que as decisões pudessem resultar em profundas injustiças. Nesse sentido, é importante destacarmos que a temática da adequação entre o preceito normativo e as situações fáticas a que ele se destina tem sido uma tônica de nossos tempos, os tempos do pensamento pós-positivista (ou não positivista). Mas sua importância já foi detectada muito antes, nos primórdios do pensamento ocidental na antiguidade clássica e na Idade Média, onde não podemos desconsiderar as importantes contribuições dadas por Aristóteles e por São Tomás de Aquino, ao falarem na *phronesis* e na *prudentia* como virtudes sapienciais imprescindíveis ao julgador.

No Livro VI da *Ética a Nicômaco*, Aristóteles define a *phronesis* como uma capacidade racional de agir e decidir em face de situações que são boas ou más para o homem (2007, *passim*). Segundo Berti a *phronesis*

para Aristóteles é uma virtude, ou melhor, a mais elevada virtude da parte calculadora da alma racional, isto é, a razão prática. Ela, com efeito, é por ele concebida como a capacidade de deliberar bem, ou seja, de calcular os meios necessários para alcançar um fim bom. (BERTI, 1998, p 146)

Ademais, conforme lembra Salgado (1995, p. 44), justiça expressa pela lei positiva é uma justiça abstrata, já que a lei tem de prevenir

casos futuros sem consideração das particularidades que envolvem cada fato, podendo, com isso, sua aplicação mecânica não corresponder à justiça, resultando pois na célebre afirmação de Cícero, segundo a qual, *summuniussummainuria*.

São Tomás de Aquino, por sua vez, reelabora o conceito aristotélico ao escrever sobre a prudência (*prudencia*) na parte II-II, questões 47 a 56 da Suma Teológica. Segundo o escolástico, a prudência diz respeito a reta razão aplicada ao agir, tendo seu âmbito de aplicação nas questões de razão prática. Nas suas palavras, “este é o papel da prudência: aplicar os princípios *universais* às conclusões *particulares* do âmbito do agir”. (2004, p. II-II, 47, 6).

Resta pois evidenciada a imprescindibilidade do senso de equidade no momento de aplicação da lei como requisito para uma decisão justa. Esse senso de equidade, na visão dos citados pensadores do mundo antigo e medieval era fundada em elementos de caráter moral, residindo em uma virtude do próprio julgador. Sabemos que essa é uma diferença marcante para com as teorias contemporâneas que trabalham com o denominado senso de adequabilidade (GÜNTHER; HABERMAS) no momento da aplicação. Ambas têm em comum a valorização do momento de aplicação e a convicção de que a justiça só se torna concreta e efetiva a partir da conjunção dos parâmetros normativos abstratos com as premissas particulares e argumentativas do caso. Todavia, as teorias contemporâneas procuram outro fundamento normativo para tal juízo de adequação, que não seja de natureza moral.

Nesse sentido, Günther (2003) afirma que a metáfora do olhar é provavelmente uma das mais citadas na teoria do Direito, e que ela significa que no momento do discurso de aplicação normativa é preciso considerar todas as características relevantes da situação para a construção de uma decisão justa. Contudo, Günther aponta que quase todos os critérios para uma decisão justa levam ao contexto do pano de fundo confeccionado pela tradição e pelas ideologias jurídicas que funcionam como um tipo de “pré-compreensão” para a escolha de uma norma em face do caso concreto. Essa pré-compreensão reside na interpretação de normas, justificações e preconceitos que, de alguma maneira, são ordenados de forma coerente. E é a partir daí que

realizamos nossa escolha ao procurarmos uma norma relevante para a solução de um caso concreto.

A extensão e importância conceitual do princípio do juiz natural é tamanha que, na visão de ilustres processualistas “o princípio do juiz imparcial decorre do juiz natural, afinal, este, sem aquele não tem finalidade útil”. (*Apud* SANTOS, 2013) Segundo Nucci (*Apud* SANTOS, 2013)

é certo que o princípio do juiz natural tem por finalidade, em último grau, assegurar a atuação de um juiz imparcial na relação processual. Entretanto, por mais cautela que se tenha na elaboração de leis, é possível que um determinado caso chegue às mãos de um magistrado parcial. Essa falta de isenção pode decorrer de fatores variados: corrupção, amizade íntima ou inimizade capital com alguma das partes, ligação com objeto do processo, conhecimento pessoal sobre o fato a ser julgado, etc.

O acesso à Justiça justa para os militares só se torna possível graças a essa construção notável, portadora de algumas das melhores e mais vanguardistas concepções acerca do juiz natural. Deixar que o militar seja julgado por pares não é dar-lhes tratamento privilegiado, mas garantia de ordem, de correção e de justiça. Sobretudo se considerarmos que na estrutura do escabinato brasileiro, do julgamento também tomarão parte juízes civis, dotados de comprovada experiência e conhecimento jurídico, integrantes dos Tribunais de segunda instância e, em primeiro grau, juízes de direito concursados e integrantes da carreira da magistratura, aos quais hoje se atribui, na Justiça Militar estadual, a presidência do colegiado (Conselho Permanente de Justiça e Conselho Especial de Justiça) e a atribuição de redigir a sentença produzida pelo órgão colegiado.

São, portanto, muito atuais, e dotadas de grande sentido as palavras proferidas pelo Ministro Moreira Alves (1998, p. 3-6) quando diz que:

Sempre haverá uma Justiça Militar, pois o juiz singular, por mais competente que seja, não pode conhecer das idiossincrasias da carreira das armas, não estando, pois, em condições de ponderar a influência de determinados ilícitos na hierarquia e disciplina das Forças Armadas.

Refletindo ainda sobre a imprescindível contribuição do escabinato para a concretização da justiça, temos a importante lição de Laurentino Filocre, que assim se posiciona:

As Justiças Militares [...] têm que ser fator de referência e de equilíbrio comportamental de maneira que iniba a ação criminosa, desestime a violência e controle a força e, igualmente, dê segurança psicológica ao policial militar de que a ação legítima deve ser praticada sem temores; que o julgamento dos seus atos será feito por quem conhece as vicissitudes e riscos da sua profissão; que sua vida e seu futuro merecem apreço e respeito. (FILOCRE, 1987, p. 93)

A prática dos julgamentos na Justiça Militar (Federal e Estadual) tem demonstrado a grande importância das pré-compreensões trazidas pelos juízes militares, advindas de sua vasta experiência na caserna. É preciso destacar que se aplicam aqui também os argumentos que ao longo dos tempos uma plêiade de juristas notáveis tem sustentado em favor do Tribunal do Júri, com aprimoramentos. É que na Justiça Militar há algumas variáveis que conferem aos julgamentos dos seus órgãos ainda maior coerência e legitimidade. Como se viu, diferentemente do Tribunal do Júri, na Justiça Militar existe participação conjugada tanto de juízes leigos (militares com vasta experiência profissional) como de juízes togados (detentores de conhecimento técnico-jurídico) na decisão final de processos de competência dos Conselhos de Justiça (em se tratando de julgamentos de 1ª instância) e em todas as decisões colegiadas, em se tratando dos Tribunais de Justiça Militar ou do Superior Tribunal Militar. Merece destaque também o fato de que, segundo o CPPM (art. 438, parágrafo 2º), nos julgamentos dos órgãos colegiados de 1ª instância (Conselho Permanente de Justiça e Conselho Especial de Justiça), a redação final da sentença deve ficar ao encargo do Juiz de Direito (togado) que o preside. Esse, no entanto, deve evidentemente reproduzir, ainda que vencido, a decisão majoritária.

O escabinato tem como função precípua, como diz Maria Elizabeth Teixeira Rocha, “permitir aliar a experiência dos comandantes que atingiram o ápice das carreiras, acumulando mais de quarenta anos de vida na caserna, com o inegável conhecimento jurídico dos magistrados civis”. (2013) Dessa forma, a Justiça Castrense garante

“uma aplicação justa e humana do direito militar”, na lição do Ministro Carlos Alberto Marques Soares. (*Apud* ROCHA, 2013)

Percebe-se, portanto, uma feliz ampliação e enriquecimento das pré-compreensões, tornando as decisões mais justas por propiciarem uma junção da formação e vivência profissional dos magistrados militares com a formação técnico-jurídica dos julgadores togados. De fato, como pondera Patrícia Silva Gadelha

em decorrência da particularidade das atividades desenvolvidas pelas Forças Armadas, nada mais justo que os militares que pratiquem crimes militares sejam julgados por pessoas que conhecem o dia-a-dia da atividade militar e estejam submetidos a uma legislação especial. (GADELHA, 2013).

Essa especialidade, todavia, não compromete o princípio da isonomia, uma vez que a definição do crime militar dá-se pelo critério objetivo *ratione legis*, e não *ratione personae* ou *ratione materiae* (crimes cometidos por pessoas pertencentes às forças armadas, ou infrações específicas ou funcionais da profissão militar) os quais foram instituídos pelo Império Romano e pelo Direito Germânico. O critério adotado pelo Brasil desontologiza qualquer adjetivação militarizante que se atribua aos crimes militares e traduz, em derradeira análise, submissão à potestade civil da soberania estatal, tão bem consubstanciada no Poder Legislativo.

4. CONCLUSÃO

A fundação da modernidade foi marcada pelo compromisso dos homens com determinados valores então convertidos em preceitos jurídicos de força normativa constitucional. Entre eles, destaca-se, com grande evidência, a segurança pública. Segundo filósofos do porte de Hobbes, Locke e Rousseau, sua busca constitui-se na razão de ser da própria criação do Estado de Direito. Sua presença reflete-se tanto na declaração de 1789, como na célebre Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, que no seu artigo 3º dispõe que: “Todo indivíduo tem o direito à vida, à liberdade e à *segurança pessoal*.” Ao contrário do que alguns pretendem fazer crer, segurança pública é sim direito fundamental de primeira grandeza! No Brasil, esta carece de

concretização e efetividade, não de redução do aparato institucional voltado para garanti-la.

A Justiça Militar é a responsável pela manutenção da ordem no interior das instituições militares, instituições essas que possuem a atribuição constitucional de garantia e preservação da ordem democrática brasileira. Como já deixou consignado o Min. Ayres Britto, em voto lapidar proferido como presidente do Supremo Tribunal Federal, a ordem democrática é

o princípio dos princípios da nossa Constituição Federal, na medida em que normada como a própria razão de ser da nossa República Federativa, nela embutido o esquema da tripartição dos poderes e o modelo das Forças Armadas. (HC 103.684/DF)

A preservação da ordem das corporações militares adquire, pois, estatura constitucional, e os princípios da hierarquia e disciplina veem-se incorporados ao princípio constitucional da ordem democrática. Pois não podem concorrer para a preservação da ordem democrática as instituições militares que não conseguirem preservar a ordem interna às próprias corporações. Recentes e tristes eventos ocorridos em Estados como a Bahia e o Rio de Janeiro, destituídos de Tribunais de Justiça Militar, evocam a reflexão de outro grande presidente do STF, o Min. Carlos Velloso, para quem, “sem as Justiças Militares, as instituições militares correriam o risco de se tornarem bandos armados”. Ademais, ao pensarmos no quadro de atentados e violações que recentemente vinha ocorrendo em São Paulo e ameaçava espalhar-se pelo país, devemos ter presente a realidade de que ordem e disciplina nas instituições vinculadas à segurança pública tornam-se imperativos fundamentais para evitarmos a formação de milícias e soluções paralelas ao Estado. Afinal, como bem adverte Lênio Streck, “este é o caminho para a barbárie. Um enfrentamento *ad hoc*. Fora das redes oficiais. Aí, sim, veremos a guerra!” (STRECK, 2012)

Como vimos neste artigo, o escabinato cumpre um papel central na conformação e estrutura da Justiça Militar brasileira (federal e estadual), sendo responsável por maior densificação e concretude ao princípio do juiz natural. Considerando-se que vivemos em uma era em que a preocupação com a acesso à Justiça já superou parâmetros exclusivamente materiais e instrumentais, alcançando também a qualidade, legitimida-

de e correção das decisões judiciais, o escabinato torna-se instituição diretamente ligada ao desiderato do acesso à Justiça. Em tempos em que a correção normativa das decisões jurisdicionais revela-se de superlativa importância, e em que o modelo de interpretação e aplicação lógico-silogístico apreçoado por escolas positivistas parece superado, o escabinato apresenta uma face de surpreendente atualidade e um lastro conceitual de enorme vigor. É por meio dele que teremos assegurada, no âmbito da Justiça Militar, uma das premissas fundamentais e estruturantes do acesso à Justiça: o de que esta seja uma Justiça justa.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, José Carlos Moreira. A Justiça Militar da União, pelo seu novo presidente. *Direito Militar – Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais – AMAJME*, Florianópolis, n. 13, 1998.

ANDRADE, Carlos Drummond de. *Poesia e prosa*. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1992.

AQUINO, Tomás de. *Suma teológica: a fé, a esperança a caridade, a prudência: volume 5*. São Paulo: Loyola, 2004.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 2. ed. Bauru/SP: Edipro, 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* n. 103.684/DF. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, acórdão de 12 de abril 2011. *Diário da Justiça*, Brasília, 13 de abril de 2011.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: SAFE, 2002.

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

FILOCRE, Laurentino de Andrade. Justiça Militar estadual: proposta para a Constituinte. In: POLÍCIA MILITAR DE MINAS GERAIS. *Polícia Militar e Constituição: visão de estadistas, políticos, juristas e profissionais de segurança pública*. Belo Horizonte: 1987, p. 83-94.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 1997.

GADAMER, Hans-Georg. *O Problema da Consciência Histórica*. Org. Pierce Fruchon. Trad. Paulo César Duque Estrada. 2. ed. Rio de Janeiro/RJ: FGV, 2003.

GADELHA, Patrícia. Entendendo a competência e a importância da Justiça Militar da União. In: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1102>>. Acessado em: 26 de abr. 2013.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GÜNTER, Klaus. *Justificação e aplicação universalistas da norma no direito e na moral*. Tradução de José Emílio Medauar Ommati. [S.l.] 2003. Mimeografado.

GÜNTER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Boston: The Massachusetts Institute of Technology Press, 1999.

HEIDEGGER, Martin. *Sobre o Humanismo*. Trad. Emmanuel Carneiro Leão. Rio de Janeiro/RJ: Tempo Brasileiro, 1967.

HEIDEGGER, Martin. *Ser y Tiempo*. Trad. Jorge Eduardo Rivera Cru- chaga. Santiago: Editorial Universitária, 1997.

PERTENCE, José Paulo Sepúlveda. *Um poder independente – discurso de posse como presidente do STF*. Brasília: AMB, 1995.

RIBEIRO, Fernando Armando. *Conflitos no Estado Constitucional De- mocrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. A justiça militar da União da Constituição de 1988. In: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8796>. Aces- sado em: 27 de fev. de 2013.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça em Kant*. Belo Horizon- te: UFMG, 1995.

SANTOS, Celso Rodrigo Lima dos. Tribunal do júri e escabinato da jus- tiça militar brasileira: duas faces da mesma moeda. In: <<http://jus.com.br/revista/texto/23491/tribunal-do-juri-e-escabinato>>. Acessado em: 08 de abr. de 2013

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. *Habermas e o Direito brasileiro*. Rio de Janeiro, RJ: Lumens Juris, 2006.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. Processo Constitucional e a Efetivi- dade dos Direitos Fundamentais. In: *Hermenêutica e Jurisdição Consti- tucional*. Coord. José Adécio Leite Sampaio e Álvaro Ricardo de Souza Cruz. Belo Horizonte/MG: Del Rey, 2001.

STRECK, Lênio. *As razões pelas quais o Estado não pode se “acadelar”*. Consultor Jurídico, 2012. In: <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-13/lenio-streck-razoas-pelas-quais-estado-nao-acadelar>>. Acessado em: 13 de nov. de 2012.

5

UM ESTUDO SOBRE OS CRIMES CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO

Gustavo Henrique Moreira do Valle¹

RESUMO

O presente trabalho examina os crimes contra as relações de consumo, situando-os dentro do Direito Penal Econômico, que é marcado por duas características básicas: a tutela de bens jurídicos supraindividuais e uma tendência de antecipação da tutela penal.

De forma central, três questões são analisadas: (1) a constitucionalidade ou inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato à luz do princípio da ofensividade; (2) os bens jurídicos supraindividuais e os crimes de perigo abstrato sob a óptica de uma concepção personalista do bem jurídico; e (3) os crimes contra as relações de consumo sob a égide do princípio da intervenção mínima.

Palavras-Chave: Direito Penal Econômico. Crimes contra as relações de consumo. Bens jurídicos supraindividuais. Crimes de perigo abstrato. Princípios da ofensividade e da intervenção mínima.

ABSTRACT

This paper examines crimes against consumer relations, situating them within the Economic Criminal Law, which is characterized by two basic features: the tutelage of supra-individual legal interests and a tendency of anticipating the penal tutelage.

Centrally three issues are addressed: (1) the constitutionality or unconstitutionality of abstract danger crimes to the light of the princi-

¹ Juiz de Direito do Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais. Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos.

ple of offensiveness; (2) the supra-individual legal rights and crimes of abstract danger from the perspective of a personalist conception of the legal asset; and (3) crimes against consumer relations under the aegis of the principle of minimum intervention.

Keywords: *Criminal Law Economic. Crimes against the consumer relations. Supra-individual legal estate. Crimes of abstract danger. Offensiveness and minimum intervention principles.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O Direito Penal Econômico e suas características: bens jurídicos supraindividuais e antecipação da tutela penal. 3. Os crimes contra as relações de consumo como integrantes do Direito Penal Econômico (Leis nº 8.078/90 e nº 8.137/90). 4. (In)constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato no Direito Penal da ofensividade. 5. Os bens jurídicos supraindividuais e os crimes de perigo abstrato: uma releitura à luz de uma concepção personalista do bem jurídico. 6. O princípio da intervenção mínima e os crimes contra a ordem de consumo. 7. Conclusão. 8. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Por refugirem ao Direito Penal Clássico, os crimes contra as relações de consumo demandam, dos atores jurídicos, especial atenção, de modo a possibilitar a sua adequada compreensão e, conseqüentemente, a solução de intrincadas questões de fundo constitucional e principiológico.

Daí a importância em se estudá-los, criteriosamente, especialmente em seus traços peculiares, resultantes de sua inserção no orbe do Direito Penal Econômico.

É esse, exatamente, o objeto do presente trabalho, conforme passamos, agora, a expor.

2. O DIREITO PENAL ECONÔMICO E SUAS CARACTERÍSTICAS: BENS JURÍDICOS SUPRAINDIVIDUAIS E ANTECIPAÇÃO DA TUTELA PENAL

Segundo a doutrina germânica, o Direito Econômico – ramo do Direito nascido “do *intervencionismo estatal* do século XX no domínio econômico” (SILVA, 2010) – é entendido “como o direito da dire-

ção da economia, pelo Estado, como o conjunto das normas através das quais se traduz juridicamente a *intervenção* do Estado na economia – direcção e promoção (v.g. por meio de subvenções)”. (Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, *apud* SILVA, 2010)

E o Direito Penal Económico – esclarecem os mencionados autores – pode ser compreendido “como defesa penal ‘da economia nacional no seu conjunto ou das suas instituições fundamentais’. Seriam assim delitos económicos os ‘que danificam ou põem em perigo a ordem económica como um todo’”. (*Apud* SILVA, 2010)

Para além da controvérsia doutrinária envolvendo a autonomia do Direito Penal Económico ante o Direito Penal Clássico (cf. SILVA, 2010), fato é que o Direito Penal Económico possui algumas características próprias, dentre as quais destacamos a tutela de bens jurídicos supraindividuais e uma tendência de antecipação da tutela penal.

Segundo o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, a missão fundamental e legitimadora do Direito Penal reside na função protetora de bens jurídicos; se o Direito Penal Clássico é vocacionado à tutela de bens jurídicos individuais, o Direito Penal Económico destina-se a tutelar bens jurídicos supraindividuais.

A propósito dos bens jurídicos supraindividuais, oportuna se faz a exposição da doutrina de Gianpaolo Poggio Smanio (2010), que propõe uma tríplice classificação dos bens jurídicos penais:

a) *os bens jurídicos penais de natureza individual*, referentes aos indivíduos, dos quais estes têm disponibilidade, sem afetar os demais indivíduos. São, portanto, bens jurídicos divisíveis em relação ao titular. Citamos, como exemplo, a vida, a integridade física, a propriedade, a honra, etc.;

b) *os bens jurídicos penais de natureza coletiva*, que se referem à coletividade, de forma que os indivíduos não têm disponibilidade sem afetar os demais titulares do bem jurídico. São, dessa forma, indivisíveis em relação aos titulares. No Direito Penal, os bens de natureza coletiva estão compreendidos dentro do interesse público. Podemos exemplificar com a tutela da incolumidade pública, da paz pública, etc.;

c) *os bens jurídicos penais de natureza difusa*, que também se referem à sociedade como um todo, de forma que os indivíduos não têm disponibilidade sem afetar a coletividade. São, igualmente,

indivisíveis em relação aos titulares. Os bens de natureza difusa trazem uma *conflituosidade social* que contrapõe diversos grupos dentro da sociedade, como na *proteção ao meio ambiente*, em que os interesses econômico industriais e o interesse na preservação ambiental se contrapõem, ou na *proteção das relações de consumo*, contrapostos os fornecedores e os consumidores, na *proteção da saúde pública*, no que se refere à produção alimentícia e de remédios, na *proteção da economia popular, da infância e juventude, dos idosos* etc. (Grifos nossos)

Para além da tutela de bens jurídicos supraindividuais, o Direito Penal Econômico é caracterizado por uma nítida tendência de antecipação da tutela penal, o que se dá mediante a tipificação de crimes de perigo abstrato.

De fato, e como esclarece Diego Romero (2010), “Estamos envolvidos em uma sociedade de risco [...], na qual o homem e o planeta vivem cercados pelo perigo, decorrente do exacerbado avanço tecnológico desprovido da consciência da finitude dos recursos naturais”; acerca desses riscos,

a resposta do Estado tem sido a da concepção de um Direito Penal cada vez mais punitivo, preventivo e hipertrofiado. Um destes efeitos traduz-se na abundante utilização de tipos penais de perigo abstrato, em contraposição aos de lesão e perigo concreto, paradigmas do Direito Penal Clássico. (ROMERO, 2010)

E é exatamente o Direito Penal Econômico o setor que se agiganta com essa resposta estatal aos riscos da sociedade moderna.

3. OS CRIMES CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO COMO INTEGRANTES DO DIREITO PENAL ECONÔMICO (LEIS N. 8.078/90 E N. 8.137/90)

Embora a criminalização de condutas afetas às relações de consumo remonte às Ordenações Filipinas, passando-se pelo Código Criminal do Império do Brasil de 1830, pelo Código Penal Republicano de 1890, *etc.*,² certo é que o “marco histórico fundamental da tutela

² “Em que pese a existência de tais normas penais, é certo que a proteção penal conferida aos interesses patrimoniais e existenciais do consumidor era insatisfa-

jurídica das relações de consumo” se deu, no Brasil, em 1988, “com o reconhecimento expresso pela Constituição Federal de que ‘o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor’ (artigo 5.º, XXXII)”, sendo certo, outrossim, que, “no âmbito da ordem econômica, enfatiza-se a necessidade de ser observada a defesa do consumidor (artigo 170, inciso V, CF)”. (PRADO, 2004, p. 98)

Promulgada a Constituição da República de 1988, foram editadas, no ano de 1990, as Leis n. 8.078 e n. 8.137, a primeira datada de 11 de setembro e a segunda de 27 de dezembro. A Lei n. 8.078/90 “Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências”, cuidando das infrações penais em seu Título II,³ ao passo que a Lei n. 8.137/90, que “Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências”, cuida dos crimes contra as relações de consumo em seu artigo 7º.⁴

tória, basicamente por cinco razões: 1) não se reconhecia sequer a existência do consumidor, denominando-o ‘comprador’, ‘freguês’, ‘público’, ‘indivíduo’ etc.; 2) a preocupação era maior em relação ao consumidor isolado e não com sua realidade massificada; 3) não se considerava a ‘relação de consumo’ como um ‘bem jurídico autônomo, supra-individual e imaterial, com valor em si mesmo pelo que representa para o grupo social’, com conseqüente tendência a reconhecer a consumação dos crimes apenas em face de um resultado naturalístico; 4) não se fazia distinção entre o vendedor não-profissional e o profissional; 5) havia falta de sistematicidade das normas, por não se reconhecer o consumidor como sujeito próprio (HERNAM, Benjamin. *O direito penal do consumidor*, p. 104)” (BESSA. In: BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2009, p. 350-351).

³ Como destaca Leonardo Roscoe Bessa (In: BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2009, p. 347), “O Código de Defesa do Consumidor possui um Título inteiro dedicado a definir infrações penais ‘contra as relações de consumo’. A lei, a par de estabelecer regras sobre co-autoria e participação (artigo 75), agravantes genéricas (artigo 76), fixação da pena (artigos 77 e 78), valor da fiança (artigo 79) e ação penal subsidiária (artigo 80), inseriu no ordenamento jurídico doze tipos penais relativos ao mercado de consumo (artigos 63 a 74), que, em última análise, buscam preservar o bem jurídico relações de consumo.”

⁴ Sob a ótica da técnica legislativa em matéria penal, Alexandre Wunderlich (In: REALE; JÚNIOR; FERRARI, 2004, p. 389) critica: “É inadmissível o que se produziu em relação à tutela penal das relações de consumo. Da mesma fonte provém uma lei que se sobrepõe à outra, sem qualquer técnica legislativa, sem uma clara determinação de política criminal, formando, com isso, um cipoal de tipos incompatíveis entre si, uma vez que disciplinam a mesma matéria, porém, utilizam conceitos juridicamente diversos – *consumidor, cliente e freguês*.” Daí

Por meio dessas Leis,

Tipifica-se um conjunto de ações e omissões que afetam (lesam ou põem em perigo), genericamente, interesses econômicos e sociais dos consumidores (e, de certo modo, do mercado) entendidos fundamentalmente como bem jurídico-penal de natureza macrosocial ou metaindividual. (PRADO, 2004, p. 98)

É dizer,

O bem jurídico do direito penal do consumidor são as *relações de consumo*, como expressamente indicam o art. 61 do CDC e o art. 7º, *caput*, da Lei n. 8.137/90. A expressão *relações de consumo* foi utilizada pelo legislador simplesmente por carência de termos que, de modo objetivo e simplificado, melhor retratassem o bem jurídico metaindividual que se tutela. *Relações de consumo* significa perspectiva e visão coletiva do ambiente de produção, distribuição e comercialização de produtos e serviços, possui sentido de *modelo ideal* de mercado pautado pela honestidade, lealdade, transparência (boa-fé objetiva), respeito aos interesses existenciais e materiais do consumidor, parte vulnerável da relação jurídica. (BESSA. *In*: BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2009, p. 347)

encampar ele – embora com o acréscimo argumentativo da imperativa retroatividade da lei penal mais benigna – a doutrina de Miguel Reale Júnior, no sentido da revogação integral do artigo 7º da Lei n. 8.137/90 pela Lei n. 8.078/90, que, em que pese promulgada e publicada anteriormente, só entrou em vigor após aquela: “Questão relevante surgiu referentemente ao Código de Defesa do Consumidor, que estatuiu normas incriminadoras relativas à relação de consumo, teve *vacatio legis* de seis meses, de setembro de 1990 a março de 1991. Neste interregno, foi publicada, com vigência imediata, a Lei n. 8.137, em dezembro de 1990, trazendo no seu bojo normas incriminadoras relativas, também, às relações de consumo. A lei posterior, ou seja, o Código de Defesa do Consumidor, pois sua vigência se deu depois, em março de 1991, revogou os dispositivos da Lei n. 8.137, por tratar inteiramente da mesma matéria, aplicando-se na espécie o disposto no artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil. Parcela da Jurisprudência entende que houve apenas revogação parcial relativamente aos dispositivos da Lei n. 8.137/90 incompatíveis com o Código de Defesa do Consumidor, o que não me parece cabível, pois o tratamento sistemático da matéria no Código de Defesa do Consumidor tem o significado de absorver por inteiro, revogando-se inteiramente o capítulo acerca dos crimes contra as relações de consumo da Lei 8.137/90” (*apud* WUNDERLICH. *In*: REALE; JÚNIOR; FERRARI, 2004, p. 403-404).

Como destaca Tupinambá Miguel Castro do Nascimento (1991, p. 149-150),

Os crimes previstos na Lei n. 8.078/90 também protegem, ou buscam proteger, bem jurídico determinado. Com efeito, as infrações penais relativas às relações de consumo objetivam a tutela do bem valorado, representado pela gama de direitos básicos do consumidor. Em outras palavras, a tutela pretendida diz respeito aos direitos do consumidor como tal, ou seja, enquanto adquirente e utilitário, como destinatário final, de produtos e serviços. Estes direitos é que são protegidos, pela ameaça de perseguição criminal na sua infringência, com a tipificação dos crimes.

Os diversos crimes tipificados no Código do Consumidor, outrossim, são *crimes de perigo*. Suficiente à configuração do risco criado e não se exigindo, nem sendo elemento constitutivo, para a sua caracterização, a ocorrência de efetivo dano ao consumidor. Basta ao perigo o ser indeterminado, abstrato. Sendo perigo, individual ou coletivo, é o suficiente, desnecessária a concretude.

Ainda acerca do bem jurídico tutelado, Antonio Cezar Lima da Fonseca (1999, p. 47) esclarece, analiticamente, que há “proteção primordial e concreta à relação de consumo”, enquanto “bem imaterial e supra-individual, pertencente a todos e a ninguém isoladamente”, havendo, ainda, “proteção penal indireta ao consumidor e à coletividade de consumidores”.

Pode-se, assim, falar em um “Direito Penal do Consumidor (DPC), ou Direito Penal do Consumo”, como

ramo do Direito Penal Econômico que tem por finalidade o estudo de toda a forma de proteção penal à relação de consumo, como bem jurídico imaterial, supra-individual ou difuso. Visa a fazer valer a proteção assegurada pela própria legislação consumerista. (FONSECA, 1999, p. 26)

Não sendo objetivo deste trabalho o estudo individualizado e analítico dos tipos penais integrantes do denominado “Direito Penal do Consumidor”, cabe-nos, então, tecer algumas críticas acerca dos crimes contra as relações de consumo.

Para tanto, examinaremos (1) a constitucionalidade ou inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato à luz do princípio da ofensividade, (2) os bens jurídicos supraindividuais e os crimes de perigo abstrato sob a óptica de uma concepção personalista do bem jurídico

e (3) os crimes contra as relações de consumo sob a égide do princípio da intervenção mínima.

4. (IN)CONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO NO DIREITO PENAL DA OFENSIVIDADE

Como esclarece Rogério Greco (2008a, p. 108),

Crimes de dano são aqueles que, para a sua consumação, deve haver a efetiva lesão ao bem juridicamente protegido pelo tipo. A conduta do agente, portanto, é dirigida finalisticamente a produzir o resultado, acarretando dano ou lesão para o bem protegido pelo tipo penal, a exemplo do que ocorre com os crimes de homicídio e lesão corporal.

Por sua vez os crimes de perigo subdividem-se em crimes de perigo abstrato e crimes de perigo concreto:

Diz-se abstrato o perigo quando o tipo penal incriminador entende como suficiente, para fins de caracterização do perigo, a prática do comportamento – comissivo ou omissivo – por ele previsto. Assim, os crimes de perigo abstrato são reconhecidos como de *perigo presumido*. A visão, para a conclusão da situação de perigo criada pela prática do comportamento típico, é realizada *ex ante*, independentemente da comprovação, no caso concreto, de que a conduta do agente produziu, efetivamente ou não, a situação de perigo que o tipo procura evitar. [...]

Já os chamados *crimes de perigo concreto* são aqueles cuja situação de perigo supostamente criada pela conduta do agente precisa ser demonstrada no caso concreto. A sua visão, ao contrário daquela realizada nos crimes de perigo abstrato, é sempre *ex post*, ou seja, analisa-se o comportamento praticado pelo agente, depois da sua realização, a fim de se concluir se, no caso concreto, trouxe ou não o perigo ao bem juridicamente protegido pelo tipo. (GRECO, 2008a, p. 109)

E os crimes de perigo concreto, por sua vez, dividem-se em crimes de perigo direto e de perigo indireto: “Enquanto o perigo efetivo [direto] consiste na probabilidade de um evento danoso, o perigo eventual [indireto] não é mais que um perigo de um estado de fato

simplesmente perigoso.” (Francesco Antolisei, *apud* GOMES; MOLINA; BIANCHINI, 2007, p. 585-586)

Como destacam Luiz Flávio Gomes, Antonio García-Pablos de Molina e Alice Bianchini (2007, p. 590),

O delito de perigo (sobressaindo-se claramente o de *perigo abstracto*) transformou-se, nas últimas décadas, na técnica legislativa de tipificação preferida do legislador para levar a cabo uma exagerada política criminal de antecipação da tutela penal, isto é, de criminalização no âmbito prévio. [...] Sua legitimidade em um Direito penal de cunho liberal e garantista, entretanto, é objeto de uma interminável controvérsia. [...]

Com efeito, não são poucas as *objeções* que a doutrina penal vem apresentando contra a técnica do perigo abstracto. [...] Sem embargo, não se pode deixar de reconhecer que boa parte da doutrina ainda defende sua legitimidade, [...] fundamentalmente por razões de prevenção geral. [...]

No tocante às mencionadas objeções doutrinárias, anota-se que o principal argumento contra a validade dos crimes de perigo abstracto funda-se no princípio da ofensividade.

Tal princípio “centra-se na idéia de que o controle social penal só deve intervir quando ocorrer lesão ou perigo de lesão a bens jurídicos concretos” (FRANCO; STOCO (Coords.), 2007, p. 47), não sendo cabível, “portanto, acionar o instrumento estatal de controle se o comportamento, ativo ou omissivo, de alguém não possuir nenhum laivo de lesividade”. (FRANCO; STOCO (Coords.), 2007, p. 47)

À luz de um Direito Penal da ofensividade, como se admitir a validade dos crimes de perigo abstracto, em que a periculosidade – mera *ratio legis* – é definida pelo legislador, não figurando o perigo como elemento do tipo?

Segundo Luiz Flávio Gomes, Antonio García-Pablos de Molina e Alice Bianchini, que examinam e refutam as diversas orientações teóricas existentes com o propósito de “salvar a categoria do perigo abstracto” (2007, p. 593),

no *marco do Direito penal da ofensividade*, a antecipação da tutela penal não pode superar os limites infranqueáveis de uma mínima ofensividade ao bem jurídico tutelado, demonstrada e

reconhecida em cada caso concreto. É verdade que o primeiro requisito de todos os delitos, inclusive nos de perigo, vem integrado pelo desvalor da ação, mas legitimamente não se pode eliminar do crime o requisito primordial do desvalor do resultado jurídico. A ação é relevante no Direito penal enquanto criadora de riscos para o bem jurídico tutelado. Mas não basta.

Acontece que nos delitos de perigo abstrato, nos quais não se exige nenhuma verificação concreta da periculosidade para o bem protegido, o injusto acaba se esgotando em um puro desvalor de ação. Nestes casos a falta total e absoluta do desvalor do resultado representa uma quebra inadmissível do princípio da ofensividade e, conseqüentemente, do limite máximo da antecipação da tutela penal dentro do Estado de Direito dos direitos fundamentais.

Tal orientação, contudo, não invalida os crimes de perigo concreto indireto, que não se confundem com os crimes de perigo abstrato: naqueles, e ao contrário do que ocorre nestes, há, para além de um juízo de desvalor da ação, um juízo de desvalor do resultado jurídico, consistente no perigo concreto de lesão – ainda que indireto, coletivo, geral ou comum, envolvendo pessoas indeterminadas – ao bem jurídico tutelado.

Feitas essas considerações acerca da (in)validade dos crimes de perigo abstrato, cumpre, agora, examinar a sua utilização no âmbito do Direito Penal Econômico, que envolve, como visto, bens jurídicos supraindividuais.

5. OS BENS JURÍDICOS SUPRAINDIVIDUAIS E OS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO: UMA RELEITURA À LUZ DE UMA CONCEPÇÃO PERSONALISTA DO BEM JURÍDICO

Como visto, a doutrina aponta o Direito Penal Econômico – incluídos, pois, os crimes contra as relações de consumo – como um Direito Penal de tutela de bens jurídicos supraindividuais. Inserido numa sociedade de riscos, o Direito Penal Econômico, antecipando preventivamente a tutela penal, vale-se, corriqueiramente, de crimes de perigo abstrato.

Havendo fortes argumentos no sentido da inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, correria o Direito Penal Econômico risco de ser contaminado por essa pecha e – quiçá – desaparecer?

Entendemos que não, pois é possível “salvar” o Direito Penal Econômico da técnica dos crimes de perigo abstrato.

De fato, há, para explicar a relação entre os bens jurídicos individuais e os bens jurídicos supraindividuais, duas teorias básicas:

as dualistas e as monistas. Para as teorias dualistas ambas categorias de bens (individuais e supraindividuais) configuram autênticos bens jurídicos e podem ser merecedores da referida tutela. As teorias monistas, por outro lado, concebem o bem jurídico desde só uma perspectiva: do ponto de vista do Estado (concepção monista estatal) ou do ponto de vista da pessoa. [...] (GOMES; MOLINA; BIANCHINI, 2007, p. 602)

No ponto, comungamos do entendimento de Eduardo Reale Ferrari (*In*: SOUZA (Coord.), 2007, p. 87), para quem

em um Estado Democrático de Direito inquestionável constitui o fato de dever ser a Relação de Consumo e a Saúde Pública fundadas em uma concepção antropocêntrica, ou seja, em um monismo-pessoal, apondo o homem no centro do problema, tutelando o consumo e a saúde pública não em face do Estado *per se*, mas, sim, diante das necessidades humanas, vez que o Direito do qual se inclui a relação consumerista deve ser produzido e aplicado pelo e para o homem, legitimando-se a intervenção penal apenas quando presente a vinculação com uma lesão ou com um perigo de lesão, essencial aos valores essenciais ao desenvolvimento humano, descartando por completo a criminalização consumerista derivada da mera desobediência administrativa.

De fato, “só uma teoria personalista do bem jurídico pode invocar com legitimidade uma concepção liberal do Estado, quer dizer, uma concepção que legitime a ação do Estado desde o ponto de vista da pessoa”. (Winfried Hassemer e Francisco Muñoz Conde, *apud* GOMES; MOLINA; BIANCHINI, 2007, p. 602)

Com a adoção do monismo pessoal, percebe-se que, mesmo em relação aos crimes que tutelam bens jurídicos supraindividuais, a conduta, para ser típica, deve, para além de lesar o bem jurídico supraindividual, ensejar perigo concreto de lesão – direto ou indireto – a algum bem jurídico individual.

Como se vê, no monismo pessoal, não há lugar – ao menos nos moldes propalados pela dogmática penal mais simplista – para os

crimes de perigo abstrato, haja vista a necessária recondução da conduta típica ao bem jurídico individual, de forma concreta, *ex post*. É dizer, “O iniludível ‘referente individual’ que deve estar presente em todos os delitos, [...] também tem presença certa nos que tutelam bens supraindividuais”. (GOMES; MOLINA; BIANCHINI, 2007, p. 603)

“Tendo em vista as formulações técnico-legislativas indicadas, as exigências do princípio da ofensividade assim como a obrigatória presença do ‘referente individual’ em todo delito”, Luiz Flávio Gomes, Antonio García-Pablos de Molina e Alice Bianchini (2007, p. 603) concluem:

1. Quando o tipo penal, além da tutela do bem jurídico supraindividual, *expressamente* exige uma ofensa à pessoa (art. 306 do CTB) estamos diante de um delito de ‘lesão’ ao bem jurídico supraindividual (segurança do trânsito no caso, ou sanidade pública, ou saúde coletiva, etc.) e de *perigo concreto* (não se pode esquecer que o tipo faz expressa referência ao perigo) aos bens individuais; [...] esse perigo concreto tanto pode ser *individual* (para uma pessoa determinada) ou *comum/geral* (para pessoas indeterminadas), tudo dependendo de cada figura típica; no primeiro caso teremos um perigo concreto direto (individual), enquanto no segundo há um perigo concreto indireto (coletivo, geral, comum).

2. Quando a descrição típica não faz *expressa* referência a uma ofensa contra a pessoa (art. 309 do CTB) também existe um delito de ‘lesão’ ao bem jurídico supraindividual (segurança do trânsito, no tipo citado) e, segundo a interpretação teleológica que acreditamos ser legítima, um *perigo concreto* para as pessoas, mas nesse caso, *apenas indireto*, porque não é preciso apresentar uma vítima concreta; as vítimas são pessoas indeterminadas. Logo, o perigo não é individual, senão *comum/geral*. [...] (Grifos nossos)

Com isso, preserva-se o Direito Penal Econômico, especialmente os crimes contra as relações de consumo, que, contudo, passam a exigir, para a tipicidade penal, o “referente individual”, consistente – para além da lesão ao bem jurídico supraindividual – no perigo concreto de lesão – direto ou indireto, a depender do caso – a um bem jurídico individual.

6. O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA E OS CRIMES CONTRA A ORDEM DE CONSUMO

Por fim, cumpre examinar os crimes contra a ordem de consumo em face do princípio da intervenção mínima. Tal princípio, segundo Rogério Greco (2008b, p. 62), deve ser analisado sob dois enfoques diferentes:

- a) *ab initio*, devendo ser entendido como um princípio de análise abstrata, que serve de orientação ao legislador quando da criação ou da revogação das figuras típicas;
- b) evidencia a chamada *natureza subsidiária do Direito Penal*, devendo ser encarado como a *ultima ratio* de intervenção do Estado. (Grifos nossos)

Interessa-nos, nesse momento, a natureza subsidiária do Direito Penal.

Como assinala Enrique Cury Urzúa (*apud* GRECO, 2008b, p. 72-73),

o Direito Penal é secundário ou subsidiário, porque a pena somente deve ser aplicada quando o ataque ao bem jurídico não pode sancionar-se de maneira apropriada através dos meios de protegê-los de que dispõem os outros ramos do ordenamento jurídico. A pena é, pois, um recurso de *ultima ratio*. O mesmo se deve dizer das medidas de segurança e correção. Este caráter secundário ou subsidiário do Direito Penal é uma consequência das tendências político-criminais do presente, inspiradas no *princípio da humanidade*. (Grifos nossos)

A questão é: à vista da natureza subsidiária do Direito Penal, haveria necessidade de se tutelar penalmente as relações de consumo? Em caso afirmativo, qual seria a extensão ideal dessa tutela?

No âmbito do Direito Comparado, anota-se, com José Geraldo Brito Filomeno (*In: GRINOVER et al.*, 2001, p. 594), que,

À exceção da chamada Lei sobre a Proteção do Consumidor da província de Quebec, de 23.1.85, em que se observa séria preocupação no sentido de punir-se também criminalmente *comportamentos formais* em desobediência às regras fixadas em seus cânones administrativos, como, por exemplo, o simples fato de deixarem os fornecedores de produtos e serviços de prestar às autoridades competentes as informações necessárias sobre aqueles – e são exatamente nesse sentido os arts. 63 e 64 do Código

Brasileiro de Defesa do Consumidor –, outras legislações consultadas (por exemplo, da Venezuela, México, Espanha, etc.) apenas tratam de infrações de natureza administrativa, conquanto severamente sancionadas sobretudo pelo pagamento de pesadas multas, vedação de atividades e outras. (Grifos nossos)

Entre nós,

Não foram poucas nem suaves as críticas que se fizeram em torno dos aspectos penais do novo Código de Defesa do Consumidor, já a partir da elaboração de seu anteprojeto. E elas já se iniciavam pela simples oposição a que a lei dessa natureza contivesse dispositivos de caráter penal, tendo-se mesmo chegado a dizer que o seu texto ‘instala o regime de terror, já que prevê a prisão dos empresários responsabilizados por fraude na venda de produtos’ (Manifestação do Sr. Mário Amato, presidente da FIESP, *in Folha de São Paulo*, edição de 8.12.88, p. B-3), ou então críticas à cominação de penas detentivas. (FILOMENO. *In: GRINOVER et al.*, 2001, p. 604)

A tais críticas, José Geraldo Brito Filomeno (*In: GRINOVER et al.*, 2001, p. 606), um dos autores do anteprojeto que culminou na edição da Lei n. 8.078/90, afirma que

determinados comportamentos definidos nos capítulos relativos às normas de natureza civil e administrativa são de tal forma graves que não estariam a merecer tão-somente sanções naqueles âmbitos, mas igualmente no de natureza penal, até mesmo para o próprio *cumprimento daquelas outras normas*, garantindo-se, outrossim, a *incolumidade* dos consumidores, a *lisura* das relações de consumo e o *patrimônio* daqueles.

Mas, não se pode deixar de perguntar: estaria tal compreensão afinada com a natureza subsidiária do Direito Penal?

Em nosso sentir, a resposta é negativa.

De fato, é evidente

o caráter altamente criminalizador da Lei n. 8.078/1990, visto que erige à categoria de delito uma grande quantidade de comportamentos que, a rigor, não deveriam passar de meras infrações administrativas, em total dissonância com os princípios da intervenção mínima e da insignificância (v.g., arts. 71, 72 e 74). (PRADO, 2004, p. 98)

Para se chegar a essa conclusão, basta se examinar, de forma exemplificativa, o tipo penal inscrito no artigo 69 da Lei n. 8.078/90, que incrimina a conduta de “Deixar de organizar dados fáticos, técnicos e científicos que dão base à publicidade”. A mera desorganização – dolosa, registre-se – de qualquer um desses dados configura o crime, o que mostra, exemplificativamente, o exagero no qual incorreu o legislador consumerista.

Em verdade, percebe-se, pelo exame das condutas típicas das Leis n. 8.078/90 e n. 8.137/90, que o legislador lançou mão de um Direito Penal marcadamente simbólico, distanciado da efetiva proteção de bens jurídicos relevantes ao convívio social:

Produz-se assim, na opinião pública, a impressão tranquilizadora de um legislador atento e decidido [...] que satisfaz a todos, embora realmente não se previnam com eficácia os delitos que se tentam evitar. (GOMES; MOLINA; BIANCHINI, 2007, p. 231)

A maioria das condutas típicas no âmbito das relações de consumo – sublinha-se – deveria ser regulada por outros ramos do Direito, como o Direito Administrativo ou o Direito judicial sancionador, que contam com medidas sancionatórias mais adequadas do que a de privação de liberdade e com um instrumental mais flexível e ágil do que o processo penal.

Aliás, a inadequação da pena privativa de liberdade para os crimes contra as relações de consumo é evidenciada pelas próprias Leis n. 8.078/90 e n. 8.137/90, já que os delitos previstos na primeira Lei (n. 8.078/90) são – todos eles – de menor potencial ofensivo (e comportam, pois, em tese, transação penal, suspensão condicional do processo, *sursis* e substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos), ao passo que os delitos previstos na segunda Lei (n. 8.137/90), em que pese serem de maior potencial ofensivo, possuem preceito secundário dotado da conjunção alternativa “ou”, o que permite a aplicação de pena privativa de liberdade de detenção de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.⁵

⁵ Alexandre Wunderlich (*In*: REALE; JÚNIOR; FERRARI, 2004, p. 409) questiona, inclusive, a constitucionalidade do preceito secundário do artigo 7º da Lei n. 8.137/90, à luz do postulado da proporcionalidade: “No que tange à pena imposta aos tipos descritos no artigo 7º, o ‘legislador’ entendeu por determinar uma única sanção. A pena de detenção de dois a cinco anos, *ou* multa é total-

Enfim, com razão Eduardo Reale Ferrari (*In*: SOUZA (Coord.), 2007, p. 99), que, coerentemente com o princípio da intervenção mínima, afirma:

Pregamos por uma solução de mediação de conflito atuando o Direito apenas quando imprescindível e ainda assim realçando o Direito Administrativo Sancionador, substituindo, após a seleção de determinadas condutas, a via criminal pelo âmbito administrativo sancionador, deixando para o direito Penal do Consumidor condutas consumeristas que efetivamente exijam a proteção penal, tais como a fraude alimentar e a fraude nos medicamentos, figurando a tarefa do legislador ultimar uma seleção de condutas que seriam protegidas excepcionalmente pela via penal, inserindo a maioria da[s] infrações consumerista[s] no âmbito da mediação de conflito e subsidiariamente por meio da tutela administrativa sancionatória, figurando o papel da área penal apenas excepcionalmente.

7. CONCLUSÃO

Encerrado o presente estudo, referente ao Direito Penal Econômico, em sua modalidade de crimes contra as relações de consumo, concluímos que, em que pese a existência de intensa polêmica doutrinária, o Direito Penal da ofensividade aparenta rechaçar a adoção da técnica dos crimes de perigo abstrato.

Contudo, isso não significa a morte do Direito Penal Econômico, que pode lançar mão de outras técnicas para cumprir, adequadamente, a sua missão de tutela da ordem econômica. A esse respeito, é digna de nota a figura dos crimes de perigo concreto indireto.

E mais, adotando-se uma concepção personalista do bem jurídico, a tipicidade penal exige o “referente individual”, o que significa dizer, no tocante aos crimes que tutelam bens jurídicos supraindivi-

mente desproporcional, seja em relação as condutas descritas no tipo, seja em relação aos demais tipos previstos na legislação criminal. Houve nítida violação à escala axiológica de bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal, rompendo-se com o postulado da proporcionalidade. Ao estabelecer pena de detenção ou multa, o ‘legislador’ confessou que a pena de detenção de até cinco anos era absolutamente desnecessária para a tutela do bem jurídico, eis que entendeu que a mesma violação pode ter como resposta a pena de multa”.

duais, que a tipicidade penal demanda não só lesão ao bem jurídico supraindividual, mas, também, perigo concreto de lesão – direto ou indireto – a um bem jurídico individual.

Por fim, percebe-se que o legislador, ao tratar dos crimes contra as relações de consumo, incorreu em claro excesso de tipificação, com agressão à natureza subsidiária do Direito Penal, olvidando que, em muitos casos, o Direito Administrativo ou o Direito judicial sancionador poderia, melhormente, tutelar os interesses difusos dos consumidores.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 2. ed., rev., atu. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FERRARI, Eduardo Reale. Direito Penal Empresarial no âmbito das relações de consumo. In: SOUZA, Carlos Aurélio Mota de (Coord.). *Responsabilidade social das empresas*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007, p. 83-110.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *Direito Penal do Consumidor*. 2. ed., rev. e atu. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Código Penal e sua interpretação*. 8. ed., rev., atu. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de; BIANCHINI, Alice. *Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, vol. 1.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – parte especial*. 5. ed., rev. e atual. Niterói: Impetus, 2008^a, vol. II..

GRECO, Rogério. *Direito Penal do equilíbrio – uma visão minimalista do Direito Penal*. 3. ed., rev., ampl. e atu. Niterói: Impetus, 2008b.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; JÚNIOR, Nelson Nery; DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Comentários ao Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ROMERO, Diego. Reflexões sobre os crimes de perigo abstrato. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 439, 19 set., 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5722>>. Acesso em: 6 de setembro de 2010.

SILVA, Luciano Nascimento. O moderno Direito Penal Econômico. A Ciência Criminal entre o econômico e o social. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 225, 18 fev., 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4840>>. Acesso em: 6 de setembro de 2010.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. O conceito de bem jurídico penal difuso. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 437, 17 set. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5714>>. Acesso em: 6 de setembro de 2010.

WUNDERLICH, Alexandre. Sobre a tutela penal das relações de consumo: da exegese da Lei n. 8.078/90 à Lei n. 8.137/90 e as consequências dos ‘tropeços do legislador’. In: REALE, Miguel; JÚNIOR, Miguel Reale; FERRARI, Eduardo Reale (Coord.). *Experiências do Direito*. Campinas: Millennium, 2004.

6

O *DIES A QUO* PARA INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA NA REPARAÇÃO POR DANO MORAL

José Maria dos Reis¹

Francis Vanine de Andrade Reis²

RESUMO

O presente artigo envolve reflexões sobre a natureza jurídica da mora nas responsabilidades civis por dano moral de natureza pura, ou seja, *in re ipsa*, resultante da prática de ato ilícito e da aplicação dos juros de mora no valor arbitrado a título de compensação à vítima pelo dano sofrido, havendo divergência quanto ao *dies a quo* para sua incidência. Impõe-se, em razão da relevância da matéria, reflexão sobre inadimplemento absoluto e seus efeitos, bem como uma leitura mais atenta ao texto do artigo 407 do CC/2002, que tem sido fonte de interpretação para a aplicação dos referidos juros a partir do arbitramento do valor para a compensação, em sentença judicial ou acórdão. A escolha do tema justifica-se em face à grave insegurança jurídica sobre a matéria em razão de decisões que consideram o *dies a quo*

¹ Juiz de Direito. Professor de Direito Processual Civil e de Direito Civil na Faculdade Pitágoras – Unidade Divinópolis. Especialista em Ciências Penais pela Universidade Gama Filho em parceria com o Ministério Público de Minas Gerais e em Direito Processual Civil pela Fadam.

² Advogado. Professor de Direito Processual Civil, Direito Civil, Direito das Relações de Consumo e Prática Jurídica na Graduação do Curso de Direito da Faculdade Pitágoras – Unidade Divinópolis. Especialista em Direito Empresarial pela Fadam. Mestre em Direito Processual Civil pela PUC Minas.

para incidência dos juros de mora nas reparações por danos morais provenientes de prática de ato ilícito, a data do ajuizamento, a data da citação, a data do arbitramento na sentença judicial ou de sua publicação e, até mesmo, do acórdão.

Palavras-Chave: Dano moral, responsabilidade civil aquiliana, ato ilícito, mora *ex re*, inadimplemento absoluto.

ABSTRACT

This article involves reflections on the legal nature of interest on civil liability due to pure moral damages, or *in re ipsa*, resulting from the practice of an unlawful act and the application of interest on the amount stipulated as compensation to the victim for the damage suffered. In case there is disagreement about the *dies a quo* for its incidence, It is necessary, due to the relevance of the matter, reflection on absolute inobservance and its effects, as well as a more attentive reading of the text of art 407 of CC/2002. This disposition has been a source of interpretation for the application of interest from the stipulation of value for compensation, on Court order or judgment. It is occurring legal uncertainty on the subject because of decisions that consider *dies a quo* for calculating interest in reparation for moral damages arising from tort practice, the date of filing the suit, the date of the summoned, the date of the decision of the Court or of its publication, and even the final judgment.

Keywords: Moral damages, civil liability – tort, unlawful act, interest *in re*, absolute inobservance.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Uma primeira reflexão: inquietude. 3. Uma segunda reflexão: natureza jurídica do dano moral. 4. Uma terceira reflexão: natureza jurídica do instituto da mora na prática de ato ilícito e o *dies a quo* para sua incidência. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil, considerada como instituto jurídico que “significa um conjunto de princípios que se unificam pela conexão normativa determinante de seu significado e aplicação” (LEAL,

2005, p. 49), vem designar o fato de ter alguém se constituído garantidor de algo, ou seja, a obrigação de uma pessoa responsável, da necessidade de reparar prejuízos, do equilíbrio de direitos e interesses, enfim, da obrigação de reparar um dano por uma conduta humana que a justifique.

A responsabilidade civil, portanto, vem caracterizada, num primeiro momento, como um evento e, num segundo momento, como o resultado danoso que impõe obrigação de repará-lo.

O dano, em razão disso, tem merecido uma classificação variada, mas sempre tendo como substrato jurídico uma ofensa que precisa ser reparada, uma lesão a um direito protegido pela lei, seja em razão de um contrato ou de um dano extracontratual, material ou imaterial, já que o patrimônio de cada pessoa envolve direitos de tais naturezas.

Daí é que a própria CF/1988 garante a reparação de uma lesão a um interesse não patrimonial no sentido da imaterialidade quando resulta numa dor, numa tristeza, num constrangimento capaz de ofender à dignidade, à vida privada, à imagem, à credibilidade, à honra de uma pessoa (artigo 5º, V e X).

A lesão não patrimonial envolve, portanto, os direitos da personalidade, a qual, inclusive, existe mesmo antes da criação de uma norma jurídica, nascendo, porquanto com a própria pessoa.

É em razão desse direito que a presente reflexão estará voltada no sentido de que, diante da atual divergência existente em nosso sistema jurídico, possa verificar-se a natureza jurídica do dano moral e seus reflexos no âmbito da reparação, especialmente, em busca do *dies a quo* para a aplicação dos juros de mora no momento do arbitramento do valor da condenação pecuniária com a finalidade de compensação e, ao mesmo tempo, punição, na leitura que se faz da “teoria do valor do desestímulo”.

De outro lado, em se tratando de matéria que envolve obrigações negativas, um olhar para o inadimplemento absoluto, ou seja, aquele em que não há uma reposição natural da vítima ao *status quo ante* (impossibilidade de purgação da mora).

2. UMA PRIMEIRA REFLEXÃO: INQUIETUDE

Bem de ver que a palavra inquietude vem tomando conta dos dias atuais em razão, especialmente, do *dies a quo* para a contagem dos juros de mora na dura tarefa da prestação jurisdicional nas demandas de pretensões que envolvam responsabilidade civil proveniente de dano moral causado a outrem.

A inquietude surge em razão, talvez, da enorme divergência interpretativa sobre regra básica na lei civil ou em leis esparsas que pudessem cuidar da responsabilidade civil. Há uma realidade, com tendência mundial, no sentido de que a responsabilidade civil surge altaneira diante dos outros institutos jurídicos, envolvendo direitos fundamentais constitucionalizados, como é o caso da personalidade. Anota-se que esta vem bem antes da criação de uma norma jurídica, porquanto nasce com a própria pessoa, tendo, por conseguinte, a imagem, a vida privada, a intimidade e a honra das pessoas como partes integrantes do referido direito protegido pelo texto constitucional (artigo 5º, V e X, da CF/88).

A inquietude passa a ser uma constante na vida de quem pesquisa alguma coisa, de quem busca constantemente um exame de consciência, que deve ficar distante da mera conveniência, mas um verdadeiro despertar de curiosidade capaz de transformar a própria consciência. E, transformando a própria consciência, transforma-se a compreensão sobre as coisas.

No campo da judicatura, se o juiz não pode reformular a legislação, pode e deve deflagrar um processo inovador em busca de uma melhor compreensão sobre este ou aquele instituto jurídico. Deve acordar, estar inquieto, despertar-se para a provocação de uma discussão saudável, é claro, rumo às finalidades de cada instituto jurídico³

³ Karl Popper (1998) demonstrou que, a partir de seus estudos epistemológicos, os conceitos jurídicos não devem ser tratados como coisas de um mundo imaginário, mas como descrições de instituições criadas pelo (e para) o homem e que, assim são, ao contrário das chamadas “coisas naturais”, absolutamente passíveis de adequação a partir das finalidades para as quais foram criadas. Esta afirmativa nos faz perceber que as finalidades, como decisões morais, também podem ser questionadas. Logo, em ciências sociais, a preocupação do estudioso é com as finalidades e eficiência em seu alcance dos institutos jurídicos, não com uma

e em busca da compreensão da existência de cada um, a fim de que o jurisdicionado seja mais bem atendido e informado diante de suas legítimas pretensões. E que a decisão judicial seja justa no sentido de que os direitos fundamentais do jurisdicionado sejam respeitados. Esse é o ideário para a construção de uma decisão legítima, pautada pela justiça como boa medida, do direito que antecede à lei, de processo justo.

A propósito, preleciona José Renato Nalini (2000, p. 117):

O Juiz não é servo desprovido de visão, atado a um estatuto rígido, mas é o ser consciente que, compreendendo o quanto o cumprimento de dever o realiza como transformador da realidade contribui decisivamente para a atualização desse código. O juiz já não pode ser o inflexível aplicador da letra de uma lei estratificada, mas alguém provido de consciência a respeito das conseqüências concretas de sua decisão.

Ora, essa troca de energia, portanto, apresenta-se como uma forma fundamental de abertura dos sistemas e é por isso que a vida não pode ser apenas contemplativa, mas, acima de tudo, ativa, um instrumento constante de realização, de busca de interpretações renovadas e inconformadas com o estado das coisas.

Aliás, a realidade brasileira tem-se apresentado de maneira contraditória, resultando numa explosão de demandas, de litigiosidade, como ocorre na busca incessante pela reparação por dano moral (dano de natureza imaterial), que tem colocado os magistrados diante de um verdadeiro fogo cruzado na busca de uma reparação de caráter extremamente subjetivo. Subjetivo para quem sofre o dano e subjetivo para quem vai arbitrar um valor pecuniário a título de compensação, em face à absoluta falta de critérios legais para sua liquidação.⁴

fantasiosa “realidade natural”. Vale a pena, ainda, a citação de elucidativa lição de Andréa Alves de Almeida: “O desenvolvimento do pensamento democrático (sociedade aberta) somente foi possível a partir da superação do isoformismo entre natureza e convenção; a partir do momento em que se distingue o costume humano das regularidades da natureza, ou seja, que as leis normativas são convencionais, transitórias e passíveis de alteração quando o homem passa a ter uma conduta ativa e crítica.” (2005, p. 30)

⁴ Tal subjetivismo já foi identificado anteriormente na literatura jurídica, conforme se vê no seguinte trecho: “A nosso ver, o último argumento citado, ou seja,

Ainda bem que a palavra é inquietude, o que significa dizer, também, tomada de posições, convite à luta contra o comodismo, um remédio manipulador das formas do amor pelo que faz, da consciência verdadeira do que faz, em busca de desempenho capaz de afastar a angústia e o desencanto, de colher convicção de crescimento em busca de um possível equilíbrio entre os atores de uma pretensão jurisdicional, sem nenhuma pretensão de qualquer vaidade pessoal, pensando aqui, em vaidade como ideia de querer fazer valer, a qual não tem força de contribuir em nada, tamanha a sua insubsistência.

É assim que a questão da responsabilidade civil por dano moral sofrido (responsabilidade civil aquiliana ou extracontratual) tem se apresentado diante dos tribunais brasileiros como tarefa das mais difíceis para os magistrados que buscam a transformação da justiça por meio de suas decisões.

A propósito da inquietude existencial sobre a matéria, reina perante o Tribunal da Cidadania (STJ), a busca de solução a respeito do *dies a quo* para a contagem dos juros de mora nas condenações por danos morais em que, uma ação de reclamação constitucional (artigo 105, I, *f*, da CF) foi postulada em face de decisão de Turma Recursal Única dos Juizados Especiais do Mato Grosso, por uma consumidora que teve indevidamente suspenso o fornecimento de energia elétrica e cuja decisão condenou o réu a indenizá-la em face aos danos morais sofridos, com juros e correção monetária contados a partir do arbitramento judicial, na forma da Súmula 16 da Turma Recursal Única do Estado do Mato Grosso (Reclamação 9.853-MT).

Ora, o Ministro Humberto Martins, em 11 de setembro de 2012, admitiu o processamento da ação de reclamação constitucional e en-

o arbítrio excessivo concedido ao juiz, seria exatamente uma consequência da imprecisão de todos os outros argumentos citados acima, quais sejam: a fugacidade do dano; a dificuldade em descobrir sua existência; a incerteza da violação do direito; a indeterminação do número de lesados e a dificuldade de avaliação do *quantum*. Esses seriam, provavelmente, a falta de critérios científicos e bases legais para a certificação do dano moral e também a causa da preponderância do subjetivismo, em relação às decisões judiciais referentes a esse assunto, em oposição a critérios mais objetivos [...]” (REIS *et al*, 2009, p. 135)

tendeu por determinar a suspensão de todas as ações similares em tramitação no Estado do Mato Grosso, na forma do artigo 2º, I, da Resolução do STJ n. 12/2009. Tal decisão foi publicada na data de 13 de setembro de 2013 e utilizou o fundamento de que o texto da Súmula Regional afrontava diretamente o texto da Súmula 54 do STJ, bem como a jurisprudência dominante deste Tribunal Superior em face ao marco inicial de incidência de juros moratórios nas reparações por dano moral, citando os seguintes precedentes: AgRg no REsp 1.183.966/CE⁵ e AgRg no REsp 1.332.422/GO.

No mesmo sentido, ainda, a Reclamação 10.096/CE, oferecida por Carlos Alberto Silvério Costa, contra acórdão da Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Ceará, ação na qual a liminar também fora deferida por decisão do Ministro Ricardo Vilas Bôas Cueva, publicada em 1º de outubro de 2012, sob o mesmo fundamento, citando, ainda, como precedente o AgRg no REsp 1.408.911, suspendendo o andamento do processo originário no Ceará. Anota-se que tal reclamação ainda está em tramitação, não tendo recebido sua decisão meritória.

Portanto, um momento de disponibilidade para disposição de uma reflexão sobre a matéria, surge de maneira altaneira no Judiciário como um todo.

3. UMA SEGUNDA REFLEXÃO: NATUREZA JURÍDICA DO DANO MORAL

A responsabilidade civil, numa visão atual e moderna, vem significando obrigação de alguém que seja responsável na reparação de prejuízo causado a outrem por uma ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência. Daí, sua conceituação como ato ilícito previs-

⁵ Pela pertinência ao tema do presente estudo, cita-se literalmente a ementa do referido precedente: “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL. MORTE DE DUAS CRIANÇAS POR ELETROCUSSÃO. DANO MORAL. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. SÚMULA 54/STJ. DATA DO EVENTO DANOSO. INDENIZAÇÃO ARBITRADA COM RAZOABILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO. (AgRg no REsp1.183.966/CE, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 14.8.2012, DJe 20.8.2012)

ta no artigo 186 do CC atual, pressuposto fundamental para que haja reparação de dano causado a alguém.

Compreende-se, portanto, que a obrigação decorre de declarações bilaterais de vontade (contrato), de declarações unilaterais (por exemplo, promessa de recompensa) e de atos ilícitos. A atuação humana ilícita tem efeitos variados, ou seja, uns indenizatórios, outros invalidantes e até mesmo autorizantes, dependendo da forma como o bem juridicamente protegido foi atingido.

Sílvio de Salvo Venosa conceitua a “responsabilidade” em sentido amplo dizendo que ela “encerra a noção em virtude da qual se atribui a um sujeito o dever de assumir as conseqüências de um evento ou de uma ação” (2003b, p. 12).

Então, a responsabilidade civil pela reparação de um dano caracteriza-se pela ocorrência de uma lesão a um bem juridicamente protegido (ideia de dano), por uma conduta do agente que seja ilícita, seja por meio de descumprimento de uma obrigação assumida bilateralmente (ideia de responsabilidade contratual), seja pelo descumprimento de uma obrigação legal (ideia de responsabilidade extracontratual ou aquiliana).

O dano moral consiste na lesão de um interesse não patrimonial (partindo-se da ideia do patrimônio como pecúnia), mas numa frustração pela perda de uma chance, por um sofrimento, por um constrangimento capaz de ofender a dignidade, a imagem, a credibilidade, a intimidade, a vida privada e a honra de alguém, envolvendo, portanto, responsabilidade civil por culpa extracontratual ou aquiliana.

Rui Stoco (2012, p. 902), citando Pontes de Miranda, registra o seguinte:

Dizia Pontes de Miranda, aliás, não haver no Direito Brasileiro distinção expressa dos atos ilícitos em delitos e quase delitos, interessando, em face dele, apurar somente se há o ato ilícito, nada significando que seja delito ou quase delito. E, por isso, o que se faz preciso é pesquisar as condições de existência do ato ilícito, que são, segundo os termos do art. 159 (atual art. 186): a) a ofensa, isto é, a violação de direito ou prejuízo; b) a ação ou omissão, consequência do dolo, de imprudência ou de negligência. (Op. cit., n. 38, p. 87).

Em razão disso, é preciso identificar a natureza do dano e do direito ofendido ou lesado, visto que, em termos de responsabilidade civil, a lesão ou ameaça a direito ocorre por força de declarações bilaterais da vontade ou mesmo pela prática de ato ilícito que, no CC/1916, tinha o nome de “delito”, como fonte de obrigações.

O CC/2002 acabou por substituir “delito” pela expressão “atos ilícitos” em que o legislador encerrou por vez com a dúvida que existia sobre o significado da semântica “delito”: se se tratava de uma expressão restrita ou se abrangeria, também, os atos ilícitos em geral. Ficou claro, no entanto, que as obrigações provenientes dos atos ilícitos são passíveis da mesma regra revogada (mas restaurada em sua essência pelo CC/2002), no que se diz respeito à constituição em mora do devedor que pratica ato ilícito.

Portanto, considerando que o dano moral resulta de obrigação de natureza aquiliana, ou seja, de responsabilidade extracontratual, a sustentação para arbitramento de valor pecuniário de caráter compensatório e punitivo (caráter pedagógico, voltado para a prevenção geral), tem por base a prática de ato ilícito. Assim é que deve ser tratado quando do arbitramento de um valor com caráter de punição desestimulante para o agente (teoria do valor do desestímulo⁶).

Definida a responsabilidade pela obrigação de reparação por dano moral, a reflexão leva à compreensão do instituto da mora, o qual tan-

⁶ Nesse sentido, vale a pena a citação da lição de André Ruger: “Contudo, está praticamente assentado na jurisprudência nacional que a condenação do ofensor tem também a finalidade ‘pedagógica’, de ‘desestímulo’, como forma de tutela pública dos direitos fundamentais, atingida indiretamente via processual. Talvez a finalidade punitiva do causador de danos morais seja fundada na infungibilidade do bem lesado. [...] Essa finalidade extrapola o âmbito de um caso concreto no qual se confrontam interesses privados das partes, servindo o processo como forma indireta de promoção da dignidade humana. Esse objetivo, que na divisão clássica do direito correspondia a outros ramos do direito, como o administrativo e o penal, está sendo reivindicada também pelo Direito Civil, que tenta livrar-se do estigma de tratar somente de questões patrimoniais ou do reflexo patrimonial das coisas imateriais.” (2009, p. 150)

to tem atormentado os magistrados, diante da incerteza da busca do *dies a quo* para aplicação dos juros moratórios em situações em que a relação ou situação jurídica não o define de forma clara.

4. UMA TERCEIRA REFLEXÃO: NATUREZA JURÍDICA DO INSTITUTO DA MORA NA PRÁTICA DE ATO ILÍCITO E O *DIES A QUO* PARA SUA INCIDÊNCIA

Dizia o artigo 955 do CC/1916 que: “Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento, e o credor que o não quiser receber no tempo, lugar e forma convencionados.”

O atual CC/2002, em seu artigo 394, na verdade, repete a mesma regra, porquanto a modificação da expressão semântica, se não resultou em inovação em seu conteúdo, ampliou a consideração, quando acrescenta “a lei”, além da convenção: “Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer.”

Então, tanto no CC/1916, quanto no atual CC/2002, o legislador não definiu o que seja mora, mas forneceu elementos para sua conceituação, como preleciona João Manoel de Carvalho Santos (1989, p. 309)

Da mora. O Código não define a mora, mas fornece os elementos para sua conceituação. No sentido vulgar do vocábulo, mora é atraso, retardamento. Não destoa desse significado o sentido técnico da expressão: mora é o injusto retardamento na execução da obrigação, quer por parte do devedor, quanto não satisfaz a tempo a obrigação, quer por parte do credor, quando não quer receber a prestação oferecida no tempo, lugar e forma convencionados, ou por qualquer modo a embarça ou impede. O que se observa, desde logo, é que o Código refere-se unicamente à mora no pagamento, em sentido restrito, mas nada obsta que se estenda a palavra pagamento no sentido amplo da expressão, de modo a abranger a mora nas obrigações em geral, que tenham por objeto prestações que não sejam pecuniárias.

Carvalho Santos ainda preleciona (1989, p. 309-310):

O que chama a atenção em segundo lugar é que o texto supra só leva em consideração, para considerar em mora o devedor ou o

credor, o tempo, lugar e forma convencionados para a prestação, sem fazer a menor referência, podendo parecer que o simples fato de não pagar o devedor, ou não receber o credor, é bastante para caracterizar a mora, sujeitando aquele que nela incorre às suas consequências.

Não quer isso dizer, porém, que no sistema do nosso Código, a mora possa existir sem culpa do credor ou do devedor. O texto supra, precisa ser encarado de acordo com o art. 963, que a ele está vinculado, sendo mesmo um seu complemento, no qual se dispõe: ‘Não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora.’

Nunca se entendeu de outra forma. A mora pressupõe um retardamento injusto, imputável ao devedor (*culpa non carens*).

Verifica-se, portanto, que no atual CC/2002 prevalece a mesma interpretação em relação à conceituação do instituto da mora. Entretanto, assim como ocorreu no CC/1916, em seu artigo 962,⁷ cuja regra foi recepcionada pelo CC/2002, em seu artigo 398,⁸ nas obrigações provenientes de atos ilícitos (que na lei revogada eram tratados pelo termo “delitos”), o legislador impõe uma obrigação de não fazer, isto é, não causar dano a outrem por culpa ou dolo, pena de ficar constituído em mora independentemente de qualquer notificação ou outra providência que resulte na sua constituição. Basta, então, a prática do ato ilícito para que esteja imputada a mora, o que vem comumente sendo chamado de mora *ex re*. Aliás, nesse sentido é o texto da Súmula n. 54 do STJ,⁹ em vigor até a presente data, o qual se encontra perfeitamente acorde ao texto do artigo 395, *caput*,¹⁰ do CC/2002.

Disse, ainda, Carvalho Santos (1989, p. 373), esclarecendo sobre a referida mora de caráter punitivo, o seguinte:

⁷ “Nas obrigações provenientes de delito, considera-se o devedor em mora desde que o perpetrar.”

⁸ “Nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou.”

⁹ “Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual.”

¹⁰ “Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.”

Considera-se o devedor em mora, desde que o perpetrar. É que a mora, em tais casos, resulta da determinação da lei. O princípio é tradicional, tendo sua origem nos textos do Direito Romano. Desde o momento em que o ato delituoso (anotamos, hoje, ato ilícito) é perpetrado, os riscos da coisa devida correm por conta do devedor.

Caio Mário da Silva Pereira prelecionou que existem duas modalidades de mora provenientes da própria obrigação, uma de natureza *ex re* e outra de natureza *ex persona*:

Dá-se a mora *ex persona*, na falta de termo certo para a obrigação. O devedor não está sujeito a um prazo assinado no título, o credor não tem um momento predefinido para receber. Não se poderá falar, então, em mora automaticamente constituída. Ela começará da interpelação, notificação ou protesto que o interessado promover, e seus efeitos produzir-se-ão *ex nunc*, isto é, a contar do dia da intimação (Código Civil, art. 960, 2ª parte).

A mora *ex re* vem do próprio mandado da lei, independentemente de provocação da parte a quem interesse, nos casos especialmente previstos, e que passaremos em revista. (1990, p. 224)

Ora, o autor cita a hipótese de obrigações negativas em que o devedor é constituído em mora desde o dia em que executar o ato de que se devia abster-se, bem como a hipótese de obrigações provenientes de ato ilícito em que o devedor é considerado em mora desde que o cometeu (1990, p. 224).

Então, se o dano moral, reconhecido numa sentença judicial, é resultante da prática de um ato ilícito e, portanto, de uma obrigação aquiliana ou extracontratual, o agente estará constituído em mora desde que o praticou, porquanto se trata de mora de natureza *ex re*, independente do conhecimento do valor pecuniário do dano na sentença judicial quando de seu arbitramento, porque assim não quis o legislador no texto do artigo 398 do CC/2002.

Uma reflexão ainda deve ser feita, em se tratando de dano moral. Considerando que sua ocorrência importa no desobedecimento de expressa ordem legal, ou seja, de descumprimento de obrigação de não fazer (“não prejudicar terceiro” – *neminem laedere*), conforme o

disposto nos artigos 186 e 187 do CC/2002, a hipótese envolve impossibilidade de regresso ao estado anterior ao dano, em face, inclusive, à infungibilidade do bem lesado (direito da personalidade). Sendo assim, trata-se, no caso, não de simples mora, mas de inadimplemento absoluto, pela inutilidade da prestação original ao credor, ou seja, à vítima, tudo conforme expressamente determinado no artigo 395, parágrafo único,¹¹ do mesmo diploma legal.

Anota-se que nos casos de inadimplemento relativo (simples mora) em que a prestação ainda é útil ao credor é que se devem aplicar os demais dispositivos legais citados, como, por exemplo, o previsto nos artigos 405 e 407 do CC/2002, considerando que nesses se permite, inclusive, a purgação da mora.

Nesse sentido, inclusive, interpretando o texto do artigo 405 do CC/2002, comenta Hamid Charaf Bdnie Júnior (2012, p. 446):

Como se vê, há hipótese em que a mora se verifica antes da citação, não havendo razão para que os juros só sejam contados dessa oportunidade. A solução mais adequada, portanto, é concluir que o artigo em exame tem natureza geral, aplicando-se a todos os casos em que não houver regra expressa de constituição de mora – de que são exemplos os arts. 397, parágrafo único, e 398. [...]

Orlando Gomes (1990, p. 201), também preleciona que “não há necessidade de constituição em mora nos atos ilícitos, porque ela provém da prática do próprio ato por força de lei”. Inaplicáveis, assim, os textos dos artigos 405¹² do CC/2002 e 219, *caput*,¹³ do CPC, porquanto se trata de mora que prescinde de prévia constituição, considerando a expressa previsão legal. Aliás, este é o sentido, inclusive, do Enunciado 163¹⁴ da III Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro

¹¹ “Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos.”

¹² “Contam-se os juros de mora desde a citação inicial.”

¹³ “A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição.”

¹⁴ “Art. 405: a regra do artigo 405 do novo CC aplica-se somente à responsabilidade contratual, e não aos juros moratórios na responsabilidade extracontratual,

de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no qual foi entendido que os juros moratórios contam-se da citação tão somente em ações que envolvam responsabilidade contratual (e não aquiliana).

Sem dúvida que o ato ilícito derivado de culpa aquiliana resulta para o infrator a responsabilidade pela reparação dos danos causados desde o momento da comissão ou omissão, independentemente se a decisão judicial sobre a questão da reparação seja líquida (sentença de arbitramento) ou ilíquida (sentença sujeita à fase de liquidação judicial), seja conhecida do infrator no momento do arbitramento, ou não, pena de ofensa ao texto do artigo 398 do CC/2002.

Sobre tal ponto de vista, não há que se falar, ainda, na aplicação do texto do artigo 397,¹⁵ *caput* do CC/2002, justamente porque este não regula as obrigações ilíquidas ou aquilianas (v.g. dano moral), mas tão somente as obrigações líquidas e contratuais. O mesmo raciocínio aplica-se ao texto do artigo 405 do CC/2002, conforme enunciado 163 das Jornadas de Direito Civil.

O STJ, analisando o Recurso Especial n. 1.132.866/SP em que teve como relatora a Ministra Maria Isabel Gallotti, cujo voto foi no sentido da aplicação da regra prevista no artigo 407 do CC/2002 para a incidência do *dies a quo* dos juros de mora nas reparações por danos morais a contar do arbitramento, justamente porque compreendeu que somente no momento da sentença judicial é que o devedor toma conhecimento do valor a ser pago, foi vencida e o referido recurso, em razão da divergência, foi levado à decisão da 2ª Seção daquele Tribunal da Cidadania, ocasião em que o voto da Sra. Relatora, mais uma vez, fora vencido.

Daquela decisão, resultou a seguinte ementa:

EMENTA. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. JUROS MORATÓRIOS. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL PURO. VEICULAÇÃO DE MATÉRIA JORNALÍSTICA. TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA. DATA DO EVENTO DANOSO. SÚMULA 54/STJ. 1. É ASSENTE NESTE Tribunal o

em face do disposto no artigo 398 do novo CC, não afastando, pois, o disposto na Súmula 54 do STJ.”

¹⁵ “O inadimplemento de obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito o devedor em mora.”

entendimento de que os juros moratórios incidem desde a data do evento danoso em casos de responsabilidade extracontratual, hipótese observada no caso em tela, nos termos da Súmula 54/STJ: ‘Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual.’ Na responsabilidade extracontratual, abrangente do dano moral puro, a mora se dá no momento da prática do ato ilícito e a demora na reparação do prejuízo corre desde então, isto é, desde a data do fato, com a incidência dos juros moratórios previstos na Lei. 2. O fato de, no caso de dano moral puro, a quantificação do valor da indenização, objeto da condenação judicial, só se dar após o pronunciamento judicial, em nada altera a existência da mora do devedor, configurada desde o evento danoso. A adoção de orientação diversa, ademais, ou seja, de que o início da fluência dos juros moratórios se iniciasse a partir do trânsito em julgado, incentivaria o recorrente por parte do devedor e tornaria o lesado, cujo dano sofrido já tinha o devedor obrigação de reparar desde a data do ato ilícito, obrigado a suportar delongas decorrentes do andamento do processo, e mesmo de eventuais manobras processuais protelatórias, no sentido de adiar a incidência de juros moratórios. 3. Recurso Especial improvido.

Ora, participaram do julgamento da 2ª Seção, que buscou uniformizar o entendimento sobre a matéria, os Ministros Sidnei Benetti, Paulo de Tarso Sanseverino, Nancy Andrichy, Vilas Boas Cuêva, Luiz Felipe Salomão e a Ministra Relatora Maria Isabel Galotti, que restou vencida em seu voto.

É de anotar-se que a Ministra Relatora quando de seu voto de ratificação ao seu entendimento, já por ocasião do julgamento levado à 2ª Seção do STJ, acabou por ratificar o entendimento do sustentado inadimplemento absoluto, sem mesmo mencioná-lo, quando registrou o seguinte:

Com efeito, a questão do termo inicial dos juros de mora no tocante ao pagamento de indenização por dano moral, seja o seu fundamento contratual ou extracontratual, merece ser reexaminada, tendo em vista as peculiaridades deste tipo de indenização. E o presente caso presta-se como uma luva para o reexame da questão, pois a recorrente demonstrou sua intenção de saldar a dívida tão logo ciente da expressão de sua obrigação imaterial em obrigação pecuniária, conferindo seriedade à alegação de que

não poderia, mesmo querendo, satisfazer a obrigação extrapatrimonial em data anterior.

Ora, então, acabou por confirmar a hipótese de inadimplemento absoluto nas questões de reparação por dano moral, justamente pela impossibilidade de reparação extrajudicial do dano.

O Ministro Sidnei Beneti esclareceu em seu voto no REsp n. 1.132.866-SP, o seguinte:

Acrescente-se que a adoção da orientação diversa, constante do voto da E. Relatora, do início da fluência a partir do trânsito em julgado, incentivaria o recorristo por parte dos devedores em geral e tornaria o lesado, cujo dano sofrido já tinha o devedor obrigação de reparar desde o advento do ato ilícito, obrigado a, em muitos casos, suportar manobras processuais protelatórias, no sentido de postergar o momento definitivo da fixação da condenação, adiando a incidência de juros moratórios.

O raciocínio em questão é perfeito sob o ponto de vista teleológico, visto que é capaz de demonstrar que o legislador instituiu os juros moratórios a partir do evento danoso, justamente como punição pelo ato ilícito e para não incentivar o protelamento do feito e chicana processuais.

De outro lado, oportuno registrar o pronunciamento do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino quando do julgamento da divergência sobre a aplicação do artigo 407 do CC/2002, ou seja, o *dies a quo* da incidência dos juros de mora nas indenizações por danos morais:

Relembro que esse enunciado normativo dispõe o seguinte:

‘Art. 407. Ainda que se não alegue prejuízo, é obrigado o devedor aos juros da mora que se contarão assim às dívidas em dinheiro, como às prestações de outra natureza, uma vez que lhes esteja fixado o valor pecuniário por sentença judicial, arbitramento, ou acordo entre as partes’. O objetivo da regra insculpida nesse dispositivo legal, em primeiro lugar, é deixar claro que os juros moratórios são devidos ainda que o credor não alegue ou comprove prejuízo, incidindo tanto sobre as dívidas de dinheiro, como sobre as demais a partir da fixação de seu valor pecuniário. De outro lado, em relação ao termo inicial da fluência dos juros mo-

ratórios, deixa claro que, se a dívida for em dinheiro, o *dies a quo* da sua fluência é a data da constituição em mora do devedor, enquanto, se não for em dinheiro, incidirá a partir da estipulação de seu montante por acordo entre as partes ou por decisão judicial. Mas, essa regra não pode ser interpretada isoladamente, devendo ser cotejada com os demais enunciados normativos do próprio Código Civil que versam acerca da mora.

É isso mesmo que ocorre quando, diante de um inadimplemento absoluto como já anotado nesta reflexão, não há possibilidade de purgação de mora por parte de quem comete ato ilícito, que ofenda direito da personalidade, em face à sua infungibilidade. É que as consequências do dano surgem e se remontam à data da ocorrência, ou seja, da data em que o devedor foi constituído em mora por força de disposição legal e os juros são apenas componentes da indenização devida, num aspecto punitivo.

Não impressiona, o argumento de que no dano moral de natureza pura e, portanto, extracontratual e com mora *ex re* tenha aplicação a regra do artigo 407 do CC/2002, sem interpretá-la em conjunto com as normas dos artigos 390 (obrigações negativas), 398 (atos ilícitos), 397 e parágrafo único do CC, 219 do CPC, além da Súmula 54 do STJ, no que concerne às espécies de mora existentes em nosso Sistema.

Ainda sobre a questão do inadimplemento absoluto, Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 373) esclarece que o mesmo não comporta purgação da mora uma vez que a obrigação se torna inútil para o credor. Importa na obrigação de indenizar por perdas e danos, nos quais estão incluídos juros e correção monetária, como um aspecto sancionatório dentro das perdas e dos danos (artigo 389 do CC/2002).

De fato, o inadimplemento relativo comporta purgação da mora, porquanto referido cumprimento ainda é útil para o credor com possibilidade concreta de retorno ao *status quo ante*, no que não ocorre no dano moral, a considerar que não há como retornar ao estado anterior das coisas, dando dinheiro à vítima. O dinheiro é apenas uma forma de compensação e não de indenização pecuniária, pelo que tem aspecto de mero lenitivo.

Além do mais, nas obrigações negativas, a mora se confunde com o inadimplemento da própria obrigação, ou seja, mora de natureza

ex re em que o devedor deve suportar todas as consequências do ato ilícito desde a data do fato.

Venosa (2003a, p. 160) registra: “Para a obrigação negativa serão devidos os juros desde o momento em que o obrigado praticou do qual deveria abster-se. É a partir desse momento que o devedor encontra-se em mora (artigo 390; antigo, 961).”

Para as obrigações decorrentes de atos ilícitos, o artigo 398 (antigo, 962) ainda diz (2003a, p. 160):

Nas obrigações provenientes de ato ilícito considera-se o devedor em mora desde que o perpetrou. Aqui, a lei quer que, mesmo em se tratando de valor ilíquido, os juros fluam a contar da perpetração do delito. Na lei de 1916, a palavra delito era usada como sinônimo de crime.

Em razão dessas divergências no passado, o STJ acabou por sumular a matéria, mas, mesmo assim, a polêmica, a inquietude vem prevalecendo, porquanto deparamo-nos com decisões em que os juros de mora na condenação por dano moral vêm tendo como *dies a quo* de sua incidência, a data da citação,¹⁶ a data do arbitramento, a data da sentença, ou da publicação da sentença, do acórdão e por aí vai, o que não é bom nem para o nosso Sistema, nem muito menos para o jurisdicionado em razão da insegurança jurídica que isto resulta.

5. CONCLUSÃO

A inquietude nasce, realmente, da busca de esclarecimento e interpretação da natureza jurídica da mora na prática de ato ilícito (*mora ex re*) e de caráter punitivo por força de lei e se a condenação na re-

¹⁶ Anota-se que a data da citação é utilizada como *dies a quo* apenas para os casos em que a mora precisa de prévia constituição (*mora ex persona*) e quando a lei assim o exige, como nos caso de responsabilidade contratual (artigo 405 do CC/2002). Neste sentido, interessante exemplo de Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 389-390): “[...] Se, por exemplo, o passageiro de um ônibus sofre danos em decorrência de um acidente com o coletivo, os juros moratórios são devidos a partir da citação inicial, por se tratar de responsabilidade contratual (contrato de adesão, celebrado com a transportadora). Mas se a vítima é um pedestre, que foi atropelado, os juros são contados desde a data do fato (responsabilidade extracontratual).”

paração de uma ofensa à moral de alguém é proveniente da prática de um ato ilícito, não há dúvida de que o infrator ou agente causador do dano fique constituído em mora, independentemente de qualquer outra providência judicial ou extrajudicial, do conhecimento do valor pecuniário da reparação, ou não (ideia de compensação) desde a data que o praticou.

Entender diferente, como fez registrar o Ministro Ricardo Vilas Bôas Cueva na decisão anotada, seria incentivar o recorrismo e tornaria o lesado obrigado a suportar delongas decorrentes do andamento do processo e eventuais manobras processuais protelatórias, no sentido de adiar a incidência de juros moratórios, além de descuido com o instituto da mora e de seus efeitos, especialmente, diante das obrigações negativas em que o inadimplemento é absoluto.

E por fim, a cogitação da possibilidade de aplicação da regra do artigo 407 do CC/2002, quando no dispositivo estão previstas as prestações de outra natureza, que serão fixadas na sentença, arbitramento ou acordo, para fins de incidência de juros de mora, isso não significa que o dispositivo tenha feito qualquer referência ao *dies a quo* de aplicação dos juros de mora para obrigação proveniente de dano moral (de ato ilícito, portanto). A referida regra envolve a mora de natureza *ex persona*, que difere da mora instituída por lei, da mora punitiva prevista no artigo 398 do CC, da mora que deve ser considerada para os fins da liquidação do valor arbitrado a título de reparação pela ofensa moral causada na vítima (mora proveniente de obrigação extracontratual), da mora que resulta em inadimplemento absoluto.

Carvalho Santos, mais uma vez, prelecionou sobre a matéria, comentando o artigo 1.064 do CC/1916, regra restaurada pelo artigo 407 do CC/2002, que:

[...] a presunção justifica-se porque o devedor, privando o credor da prestação com que ele contava, implicitamente privou-o de possíveis oportunidades de imediata colocação de seu capital, ao mesmo tempo que, retendo aquela prestação, justo é deduzir-se que dela esteja o devedor tirando proveito. (1989, p. 285)

Ora, no dano moral há culpa do agente desde o evento danoso, diferente da regra do artigo 407 em que a expressão prevista no texto da

lei, ou seja, “uma vez que” significa apenas condição ou base para o percentual dos juros, de acordo com o artigo 406 do CC e não o tempo desde quando ou a partir de quando devam começar a fruir (ideia de inadimplemento relativo).

É que, se a obrigação tem vencimento certo, como ocorre na obrigação de pagar juros de mora desde a data do evento danoso (mora proveniente de prática de ato ilícito – artigo 398 do CC), o seu inadimplemento no tempo constitui em mora o devedor (mora *ex re*); se, de outro lado, a obrigação não tem vencimento certo ou prazo designado, o devedor será constituído em mora por meio de interpelação judicial, notificação, protesto ou citação válida (é a chamada mora *ex persona*).

Em razão disso, a Súmula 54 do STJ deve ser de aplicação inevitável nas reparações por dano moral puro, com a incidência dos juros de mora desde a data do evento danoso e não mais da citação, do arbitramento, da sentença, da publicação da sentença ou acórdão. E não poderia ser diferente mesmo porque nas sentenças condenatórias a eficácia de seus efeitos retroage à data que se consumou o ato lesivo, ou seja, efeitos *ex tunc*. Efeitos *ex nunc* só ocorrem nas sentenças constitutivas e não nas declaratórias e condenatórias.

Por final, a presente reflexão tem a finalidade única e exclusiva de provocar, diante da inquietude que se apresenta, um despertar de curiosidade capaz de transformar a consciência, a compreensão sobre a matéria, que tem sido objeto de muita divergência entre os julgadores (exceto para o STJ que já sedimentou a matéria), o que não é bom para o próprio Sistema, nem muito menos para o órgão julgador ou para o jurisdicionado, a considerar a demonstração de insegurança jurídica.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Andréa Alves de. *Processualidade Jurídica e Legitimidade Normativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

BDNIE JR, Hamid Charaf. *Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência*. César Peluso (Coord.). 6. ed. Barueri: Manole, 2012.

GOMES, Orlando. *Direito das Obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: teoria geral das obrigações*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 2.

LEAL, Rosemiro Pereira. A Prova na Teoria do Processo Contemporâneo. In: LEAL, Rosemiro Pereira. *Relativização Inconstitucional da Coisa Julgada: temática processual e reflexões jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 49-56.

NALINI, José Renato. *O Juiz e o Acesso à Justiça*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, v. II.

POPPER, Sir Karl Raimund. *A Sociedade Aberta e Seus Inimigos*. Trad. de Milton Amado. 3. ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998, v. II.

REIS, Francis Vanine de Andrade; COSTA, Álisson da Silva; TAVARES, Fernando Horta; JEHA, Maria Cecília de Moura Lima. Por uma desubjetivização do dano moral. *Revista Phrónesis*. Piumhi: Faculdade São Francisco de Piumhi – FASPI, v. 1, n. 2, p. 125-145, jul. 2009,

RUGER, André. A condenação por danos morais no direito civil contemporâneo: critérios, problemas e propostas. *Revista Phrónesis*. Piumhi: Faculdade São Francisco de Piumhi – FASPI, v. 1, n. 2, jul. 2009, p. 146-169.

SANTOS, João Manoel de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. 13. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1989, v. XII.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral as obrigações e teoria geral dos contratos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003a.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003b.

7

DA *COGNITIO* AO *IUDICIUM*. DE PRINCÍPIOS A TÉCNICAS PROCESSUAIS. COISA JULGADA E QUESTÕES PREJUDICIAIS NO PROJETO DE CPC

José Marcos Rodrigues Vieira¹

RESUMO

No momento em que a Câmara dos Deputados aprova a Parte Geral do Projeto n. 8.046/10, do futuro Código de Processo Civil Brasileiro, parece oportuna, conquanto à espera da votação dos destaques, uma reflexão sobre o sistema proposto quanto à formação da coisa julgada.

Adotada a impugnabilidade das decisões, em regra, somente em apelação, do que se faz aproximar a coisa julgada sobre as prejudiciais expressamente decididas, também adotada, o presente estudo se destina a reviver o pensamento de Francisco Menestrina, que se tornou atual.

A tanto obriga considerar-se a técnica de bilateralidade da ação, compreendida desde as Disposições Gerais do Projeto, e a determinação de que, no dispositivo, sejam resolvidas todas as questões: o que inclui as suscitadas pelas partes e, por meio de injunção ao contraditório, aquelas levantadas pelo próprio juiz – sem a declaratória incidente brasileira e sem o *giudicato implicito italiano*.

¹ Desembargador do TJMG. Especialista em Direito de Empresa (pós-graduação lato sensu) pela Fundação Dom Cabral. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor de Direito Processual Civil da FDUFG.

Palavras-Chave: Projeto do CPC. Coisa Julgada. Limites Objetivos. Questões Prejudiciais. Técnicas de Cognição e Julgamento. Supressão da Declaratória Incidente. Irrecorribilidade dos Interlocutórios. Preclusão. Progressividade.

ABSTRACT

At the time that the House of Representatives approves the Bill nº 8.046/2013's General Provisions – the to be New Code of Civil Procedure –, it seems timely a reflection about the proposed system regarding the *res judicata*.

Once the new code adopts the appealability, as a rule, only in appeals, in order to make the *res judicata* closer in the matters of priority issues specifically decided, the present study aims to take a look back at the teachings of Francesco Menestrina, which, with the proposed Bill, became current and relevant.

Said guidelines obliges to consider the process' bilateralism technique, undertaken since the New Code's General Provisions, and the determination that, in the order imposed in the judgment, all matters shall be settled: what includes the evoked matters by the parties, by the contradictory injunction, and the ones evoked by the judge himself – without the Brazilian incidental declaratory and without the Italian *giudicato implicito*.

Keywords: Code of Civil Procedure's Bill. *Res Judicata*. Objective Limits. Incidental Matters. Cognition and judgment techniques. Incidental declaratory suppression. Unappealability of interlocutory decisions. preclusion (*estoppel*). Progressivity.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Persuasão racional. 3. Providências preliminares. 4. Fixação dos pontos Controvertidos. 5. Causa de pedir. 6. Eixo publicístico do processo. 7. Técnica da argumentação e técnica da cognição. 8. De prejudicialidade lógica a técnica. 9. Dispositividade e inquisitividade. 10. Irrecorribilidade dos interlocutórios. 11. Supressão da ação declaratória incidente. 12. Preclusão e coisa julgada. 13. Conclusão. 14. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Não causa surpresa que a técnica processual, relevante a ponto de permitir alcançar, com a efetividade, todo o sentido ontológico da in-

teração entre o exercício da ação e a função judicante, tenha assumido no Projeto de CPC o desafio de realizar a vinculação da sentença ao pedido, sem risco de pura adstrição do juiz à narrativa do autor. Isto, antes de tudo, porque a lide se baseia em probabilidade que se articula com o objeto das garantias processuais, no qual se exige descrição, em regra pormenorizada, dos fatos, de forma a permitir a contraposição de argumentos pelas partes.

Cabe notar, já no CPC vigente, regras destinadas a resgatar o juiz do papel de sujeição servil à descrição factual estática das peças da fase postulatória. À maneira de exemplos, em meio a diversos outros dispositivos legais, merecem ser destacados o artigo 131, que integra no sistema o princípio da aquisição processual, limitador necessário do princípio do dispositivo; o Inc. II, do artigo 359, cujo teor, a *contrario sensu*, exclui a confissão, embora a recusa de exibição de documento, tanto que não alegado fato determinado; o artigo 273, cujo *caput* faz uso da categoria de prova inequívoca da verossimilhança da alegação, a impor o confronto, ao menos hipotético, com as teses de defesa.

Vamos perquirir, no Projeto de CPC – utilizaremos a versão aprovada no Senado Federal – a superação do problema assinalado.

O Projeto, aperfeiçoando o desenvolvimento de linha argumentativa que o juiz deve empreender, em aparente solilóquio, de início, mas a revelar-se depois, na abertura do contraditório pontual, corrige o tratamento da revelia no direito processual civil brasileiro.

Adverte o Projeto que a revelia pode ocorrer sem confissão e, por isso, somente releva, para julgamento imediato da lide, se ocorrer *e incidirem os seus efeitos* (artigo 341, II), vale dizer, ante a atitude do réu que não infirme a causa de pedir mediata, ou não lhe contraponha fato outro, impeditivo, extintivo ou apto ou a constituir causa de pedir mediata de pedido contraposto (artigo 326).

Característica dominante, o Projeto se afasta do conceitualismo e o faz em boa hora, quando insere no exercício da função judicante o uso da técnica da argumentação – como será debatido ao longo deste texto, ainda inaugural, à espera de maiores estudos. É imposta entre as providências preliminares a ponderação dos argumentos hábeis a, em tese, afastar a confissão ficta: abrangidos, a *contrario sensu* do disposto na última parte do artigo 331, como condicionante implícita

(ora, sob colchetes e negritada) no requisito geral do julgamento imediato, do inciso II do artigo 341, *in verbis*:

Art. 341. O juiz conhecerá de imediato do pedido, proferindo sentença com resolução de mérito:

(.....).

II – quando ocorrer a revelia e [*desde que as alegações deste – o autor – sejam verossímeis*] incidirem seus efeitos.

A audiência preliminar, do vigente Código – artigo 331, cujo § 2º serve de injunção ao juiz para a determinação do objeto litigioso, revelou-se mecanismo falto de técnica processual. Por isso, passou, forçado o acréscimo do § 3º, de obrigatória a facultativa. Mas já revela o percurso retomado pelo Projeto, que adota, sem audiência, a injunção às partes das explicações sobre os pontos controvertidos.

Perante o velho brocardo *da mihi factum, dabo tibi jus*, percebe-se a ingente necessidade de se provocar a depuração da iniciativa das partes, no momento em que, já hoje, conforme o § 2º, do artigo 331, do vigente Código, se exige que sejam extraídas da narrativa das partes os pontos controvertidos.

Encareça-se a preocupação crítica de se extrair a verdadeira utilidade do princípio dispositivo – uma das maiores (senão a maior das) inovações contidas no Projeto de Código de Processo Civil, que se manteve nas etapas do PLS n. 166/2010 e do PLC n. 8.046/2010. Trata-se da extensão da coisa julgada a fundamentos: a algumas das questões prejudiciais, extensão a se produzir como necessária ampliação da lide, consoante o artigo 490, ora transcrito:

Art. 490. A sentença que julgar total ou parcialmente a lide tem força de lei nos limites dos pedidos e das questões prejudiciais expressamente decididas.

2. PERSUASÃO RACIONAL

Uma das dimensões do avanço do Projeto (e de sua área central, que haverá de reclamar acurada atenção) deriva da interação, para o desenvolvimento do processo, de duas regras do sistema, o artigo 10 e o parágrafo único, inciso IV, do artigo 476. Ei-los:

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício.

Art. 476. (...).

Parágrafo único. Não se considera fundamentada a decisão, sentença ou acórdão que:

(...)

IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.

O percurso técnico da cognição envolve o trabalho prévio de enfrentamento de todas as questões que possam, em tese, excluir a solução (entrevista e ainda não revelada) que pretenda adotar o juiz. Isso sucederá mediante o contraditório, antes e durante a audiência, na submissão de argumentos – os, em tese, contrafundamentais – *ex officio*, incidentalmente suscitados.

No que tange, porém, às questões prejudiciais, a referida submissão tem de ocorrer no contraditório antecedente à audiência, para que, na sentença, se produza a coisa julgada sobre aquelas, estampada na regra do artigo 20, do Projeto, do seguinte teor:

Art. 20. Se, no curso do processo, se tornar litigiosa relação jurídica de cuja existência ou inexistência depender o julgamento da lide, o juiz, assegurado o contraditório, a declarará na sentença, com força de coisa julgada.

Apropria-se o Projeto de uma das Conclusões do Simpósio de Curitiba, realizado de 27 a 30 de outubro de 1975 sob o patrocínio da Faculdade de Direito da UFPR, em conjunto com a Secretaria de Justiça daquele Estado.

Coordenado pelos Profs. Ary Florêncio Guimarães (presidente), Ivan Ordine Righi e Joaquim Roberto Munhoz de Mello, o Simpósio² aprovou, por maioria, a Conclusão de nº XXXII: *a ação declaratória incidental será julgada pela mesma sentença que apreciar a ação principal*.

² *Exegese do Novo Código de Processo Civil, Conclusões do Simpósio de Curitiba*. In: RT 482/271.

A oportunidade do ato judicial a que temos chamado de injunção ao contraditório sobre a prejudicial, portanto, trai, da audiência preliminar, o tempo e, da sentença, a maturidade de reflexão.

Trata-se de providência preliminar – de persuasão – a se justificar com os termos em que a injunção ao contraditório *ex officio* (artigo 10) defronta o dever de colaboração das partes, na regra do artigo 8º, do Projeto (negritos, da transcrição):

Art. 8º. As partes e seus procuradores têm o dever de contribuir para a rápida solução da lide, colaborando com *o juiz para a identificação das questões de fato e de direito* e abstendo-se de provocar incidentes desnecessários e procrastinatórios.

Persuasão racional, compartilhamento dos princípios dispositivo e inquisitivo, mediante testificação de argumentos, de modo a preparar o julgamento de mérito: o qual, para erigir alguma razão argumentativa em elemento da fundamentação sentencial – terá de pré-excluir os contra-argumentos fundamentais.

De há muito se fala, se bem que retoricamente, em formação participada do provimento jurisdicional. A ela se terá chegado, afinal, tecnicamente.

Consegue-se superar a limitação do atávico aprisionamento da cognição à iniciativa das partes, que carrega em seu bojo a livre possibilidade de fracionamento dos fatos jurídicos. Para não se legitimar, pois, por via transversa, a diminuição do elemento conclusivo a se conter no dispositivo sentencial, a reconstrução jurídica dos fatos (tal a coisa litigiosa, a *res in iudicium deducta*), terá como técnica a crítica da causa de pedir, sob mensurado e preordenado uso do princípio inquisitivo.

Bastariam as razões ora apresentadas, para mais não se duvidar da necessidade de interação técnica (que desenganadamente não o é automática) entre o pedido e o julgamento. Pedido e causa de pedir, apontados elementos objetivos da ação em juízo, têm de compreender a real extensão da lide, sendo dever do julgador a ponderação acerca das omissões intencionais das partes.

Surpreende-se na revelha polêmica entre carnelutti e calamandrei³ sobre o relevo do conceito de lide, algo de insepulto. Não basta o pe-

³ CALAMANDREI. *Il Concetto di Lite nel Pensiero di Francesco Carnelutti*. In: *Opere Complete*. Napoli: Morano, 1965, p. 200/226.

dido, sendo que sua adstrição à lide é de ser descoberta na tramitação processual, para que não ocorra cisão do fato jurídico pela incompleta causa de pedir expressa na petição inicial.

3. PROVIDÊNCIAS PRELIMINARES

Visto o momento da providência preliminar que põe em contato os artigos 8º e 10, do Projeto, da injunção ao contraditório sobre questão prejudicial de contra-argumento fundamental da sentença, momento aquele que há de ser necessariamente anterior à audiência e, portanto, pertinente ao saneamento do processo, inclui-se no sistema de formação da coisa julgada sobre a questão prejudicial, a regra elástica do artigo 304, II, parágrafo único ora transcrita:

Art. 304. O autor poderá:

(...)

II. até o saneamento do processo, com o consentimento do réu, aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de quinze dias, facultado o requerimento de prova suplementar.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto neste artigo ao pedido contraposto e à respectiva causa de pedir.

Imperativo de coerência, a injunção ao contraditório, do artigo 10, do Projeto, é a última oportunidade criada para a iniciativa das partes para a declaração incidente – ainda que evitada, pelo Projeto, a ação declaratória incidental. Suponha-se, porém, que não haja o acordo das partes (de que trata o inciso II, acima transcrito). A maturidade da discussão ensejará a superação do desacordo processual, ante a comunicação de eficácia entre as regras do já acima transcrito artigo 304, II, e do artigo 20, do Projeto: quando, já tornada litigiosa (mesmo sem pedido, desde que assegurado o contraditório) relação jurídica ou questão prejudicial, atuará a garantia fundamental do artigo 3º, do Projeto, regra de sobredireito processual (os negritos, ora acrescidos):

Art. 3º. *Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito*, ressalvados os litígios voluntariamente submetidos à solução arbitral, na forma da lei.

Fácil será entrever-se o caráter de indisponibilidade de tal efeito processual, por isso infenso à atitude de resistência à ampliação do

pedido, cabível, *in genere*, no inciso II, do artigo 304, supratranscrito, do Projeto. Porque a interpretação que ofereça eficácia à resistência do réu (ao aditamento ao pedido pelo autor, ou a deste, como veremos, ao aditamento de pedido contraposto), além de contrária ao artigo 8º, já transliterado, linhas acima, se faz absolutamente incompatível com o artigo 167:

Art. 167. Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais.

E aí se recorde o artigo 34, do CPC italiano, com sua dicção sobre a disposição de lei ou a vontade das partes, qualquer delas hábil a promover a declaração incidente.

Sem grande esforço de memória, recordar-se-á a redação original do artigo 17, do CPC vigente, que apresentava, como terceira hipótese de litigância de má-fé, a atitude de *omitir fato essencial ao julgamento da causa*, verdadeiro que a exigência de descrição factual abrangente do que aproveite à parte adversa não consultaria ao princípio dispositivo, que por isso não deve ser adotado em sentido absoluto.

O significado de fato essencial ao julgamento manifesta, porém, estreita afinidade com o de questão prejudicial necessária, ou o da antiga categoria – nunca satisfatoriamente deduzida – das premissas necessárias da conclusão. Não se objete que a questão prejudicial suscetível de justificar a propositura de ação declaratória incidental haja de ser questão de direito, que a ação declaratória verse existência ou inexistência de relação jurídica. É a isso mesmo que conduz a alusão do Projeto à questão prejudicial, ainda que a demonstração seja superveniente, da lesão ou ameaça a direito. A integralidade da solução da lide, a que se refere o artigo 4º, supõe a solução de todas as questões que a integrem e que, portanto, devam ser deduzidas, ainda que sob injunção judicial.

Cabe advertir que a doutrina nunca venceu o óbice do *diritto d'aver torto*, da réplica chiovendiana à ação como direito abstrato, embora sempre com as atenções voltadas ao esforço de não sancionar, na abrangência conceitual, a atitude do ingresso em juízo em inteira consciência de não se ter direito. No escopo de aperfeiçoamento das concepções, o Projeto depara a necessidade de vedar a ocultação –

como essencial ao mérito e, pois, ao julgamento da causa (reitere-se a palavra) – das causas impeditivas ou extintivas do direito postulado.

A omissão de fato essencial tem de ser coibida no que pertença, por exemplo às prejudiciais impeditivas do ingresso com a lide prejudicada, dita principal – de outro modo se revelando teórica a solução sentencial, porque o seria de uma lide desintegrada, em violação do referido artigo 4º do Projeto.

4. FIXAÇÃO DOS PONTOS CONTROVERTIDOS

Os elementos objetivos da ação (pedido e causa de pedir) servem à formação do provimento jurisdicional, à preclusão, progressiva, do deduzido. Os bens e os interesses conflitantes, tais os elementos objetivos do litígio, servem à produção da coisa julgada e à preclusão, regressiva, do dedutível. A *res in iudicium deducta* evolui dinamicamente, tornando-se *res iudicata*. Cuida-se de apropriar o dedutível, durante a formação da coisa julgada, portanto, em meio à preclusão do deduzido, a fim de se alcançar sua ampliação – aí onde as questões prejudiciais.

Pode-se dizer que o trabalho processual se manifesta em dois planos, em vista da coisa julgada: o ascendente, de declaração do direito, de cognição; o descendente, de realização do direito, de cumprimento de sentença. Um, de litiscontestação; outro, de litiscomposição.

Ideal seria (pretende-o realizar o Projeto, com a extensão da coisa julgada às prejudiciais decididas, do artigo 490) que os dois planos, chiovendiano e carneluttiano, interseccionem-se no momento da incontrovertibilidade. Alcança-se a incontrovertibilidade com a preclusão do deduzido e do dedutível.

A consciência da importância da coisa julgada já exigia, no Código de 1973, a proeza de Buzaid, com a identificação entre pedido, mérito e lide, no concerto com que se transformou em regra legal a fusão das duas doutrinas, pilares do processo civil italiano. O julgamento antecipado da lide – que apresenta a maturação do estado do processo – bem demonstra o significado da clássica regra do artigo 2.909, do Cód. Civil italiano, com o seu *fa[re] stato a ogni effetto*, resultado da exaustão do contraditório. Resultado tão completo quanto o do julgamento após audiência de instrução – o *stato fatto allo effetto*

é a reunião de imutabilidade e exigibilidade. Antecipável ou não, a exaustão do contraditório comanda o procedimento de cognição, mediante equilíbrio entre os apontados princípios processuais, o dispositivo e o inquisitivo, o primeiro, no sentido de se evitar o cerceamento de defesa, o segundo, no de não se permitir a produção de provas inúteis.

Vale dizer que a tarefa primordial ao julgado de mérito – fator intrínseco da coisa julgada (permita-se a expressão, de verso e reverso, biface de deduzido e dedutível) – é a fixação dos pontos controvertidos. Por isso, na atualidade, convém o justo processo legal, em que, se a direção material do processo é preponderantemente das partes, a direção formal do instrumento processo é predominantemente do juiz.⁴

O reflexo da recuperação do princípio inquisitivo, que, compatibilizado com o dispositivo, autoriza a solução integral da lide, aí incluída a atividade satisfativa, como reclama o artigo 4º, do Projeto (e, pois, incontroversidade e exigibilidade) é a prejudicialidade, cujo tratamento vem na linha proposta por Allorio⁵ – corajosamente adotado como mecanismo de *pôr-se uma relação, que é efeito de uma fatispécie anterior, como fatispécie a sua vez, de outro efeito, isto é, de outra relação*.

Em repetição ao inverso, assim como Allorio reduziu o problema da extensão subjetiva dos efeitos da sentença à reflexão dos limites objetivos da coisa julgada, cuidar-se-á de aplicar o mecanismo de reflexão à ampliação objetiva da coisa julgada: *a prejudicialidade substancial, pela qual uma relação jurídica entra na fatispécie de outra*⁶.

Essa penetração de causas de pedir imediatas (relações jurídicas substanciais) justifica, plenamente, distintamente, a diretriz de solução das questões prejudiciais independentemente de ação declaratória incidente. Realiza-se algo que, já no passado, fora antevisto por opinião que se proclamava avançada e revolucionária, mas não atrevida, impertinente ou temerária:⁷

⁴ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e Tecnica del “Giusto Processo”*

⁵ IRTI, Natalino. Enrico Allorio e La Scuola Bettiana. In: *L’Opera di Enrico Allorio fra Teoria Generale e Sensibilità Storica*. Padova: CEDAM, 2004, p. 115.

⁶ IRTI, Natalino – idem, *ibidem*.

⁷ COSTA CARVALHO, Luís Antônio da. Declaração Incidente. In: *Revista Brasileira de Direito Processual*. Uberaba: Vitória 1975, p. 85.

(...) possível e cabível o solucionamento da questão prejudicial, não só a pedido das partes, mas também pela adoção ‘ex-officio’ da ‘declaração incidente’ (...) – que é lícito, e cabe ao Juiz, de ofício, *sendo caso de seu pleno conhecimento entre possível e verificada omissão das partes*, em fazê-lo no exercício do seu direito, proferir a sentença incidente para desembaraçar o processo e poder julgar a lide principal, de meritis.

Resta considerar que, se a eventual disponibilidade do direito em lide não exaure a razão de ser do princípio dispositivo, porque se trate, este último, de princípio de ramo do direito público, o processual (pese o dissenso dos franceses, mormente em suas universidades), de seu turno o princípio dispositivo não exaure a obrigação (dir-se-ia do Juiz perante o Estado) de prestar a jurisdição no caso concreto.

E para tanto já Calamandrei⁸ formulara a relatividade do conceito de ação. Assim como a ação é o direito da parte de provocar o poder estatal em favor de sua situação jurídica tornada conflituosa e é, reversamente, o momento que a parte propicia ao poder estatal de exercitar-se a propósito do conflito – assim o ofício jurisdicional, se não existe sem provocação, também não deixa de desenvolver-se por impulso oficial (artigo 262, CPC vigente, e artigo 2º, do Projeto): e o desenvolvimento do processo não é realidade apenas formal. Não há, no desenvolvimento do processo e no impulso oficial, um compromisso de direção exclusivamente formal, mas concomitantemente de fundo.

5. CAUSA DE PEDIR

Quadra a exame o perfil dogmático e hermenêutico do conceito de causa, a superar os limites da contribuição das partes, quando a *ratio decidendi* se revela pertencente à valoração da capacidade injuntiva do fato jurídico, isto é, da causa de pedir mediata. Não podem as partes aprisionar, com suas alegações, o fenômeno jurídico, cuja lei de causalidade substancial transcende à vontade, desde o momento dos efeitos acolhidos e sancionados pelo ordenamento juspositivo. Não pode a parte, por força apenas do recorte que dê, no processo, à causa, aprisionar a força do direito – que outra não pode ser que a força de lei

⁸ CALAMANDREI, Piero. La Relatività del Concetto di Azione. *In: Opere Complete*. Napoli: Morano, 1965, v. I, p. 427/449.

a se alcançar na coisa julgada – nem pode afastar a injunção de causalidade complexa, inarredável, que se passa entre relações jurídicas condicionantes e condicionadas.

A prejudicialidade haveria de vir, em encorajamento do legislador, a se tornar efeito processual obrigatório da citação, isto é, da litispendência. A menos que, por um raciocínio de antolhos, sem processo justo e, por outras palavras, com processo incompleto, se chamasse de total a composição da lide realizada apenas assistematicamente. A declaração do direito, para ao acertamento reunir o prestígio da estabilidade, supõe o exaurimento da função jurisdicional – que por necessidade intrínseca, tem de superar os limites de descrição factual contida nas peças da fase postulatória, mediante a projeção dialética dos efeitos, de modo a determinar a resultante causal completa: a razão processual há de ser sistemática, não apenas lógica, não apenas pontual, quer no que diz com algum dispositivo legal isolado, quer no que diz com a afirmativa de alguma das partes.

Se se proclama, com excelências, o princípio dispositivo, que pelo menos se o encare como princípio de bilateralidade atributiva.

A omissão de fato essencial ao julgamento da causa (da velha redação do artigo 17, do CPC de 1973) emerge repelida como atuação processual da parte de modo a lograr, na descrição da *causa petendi*, a não cognição de alguma questão essencial da lide. Seja como atitude de desconhecimento do fato constitutivo de algum contradireito, isto é, do desconhecimento de alguma *causa excipiendi*, seja como ignorância de questão prejudicial, dentro de amplo concerto – deve-se profligar a limitação das questões aos fatos alegados. A preclusão do dedutível é algo que permite supor flexibilidade de raciocínio, fazendo da cognição um problema de indagação da causa eficiente. Tem-se de reconhecer que o julgamento da lide com as questões que a componham não pode deixar de transcender o sistema lógico em que a proposição sobre a existência da lide se integra, isto é, o das questões deduzidas.⁹

⁹ Nesse sentido, embora para outro quadrante de aplicação, a argúcia de PONTES DE MIRANDA, em seus *Comentários ao Código de Processo Civil Brasileiro*, tomo I, Forense, Rio de Janeiro, 1974, p. 130.

O escopo do Projeto – que a nós parece o de garantir a solução integral da lide (artigo 4º) – leva-nos a estudar, ainda que superficialmente, a teoria da causalidade jurídica. Ninguém se dedicou, a nosso juízo, no âmbito da doutrina processual, sobre a praticidade de tal problema da *causa petendi*, em sua transposição do direito material para os autos, quando, ao examinar a figura jurídica da causa de pedir imediata, se depare a inserção em sistema de relações jurídicas ou de fatos jurídicos, com o que se reclama a ausência de uma teoria geral da causa jurídica eficiente – o mesmo raciocínio que interessa à descoberta da dependência e, por conseguinte, da prejudicialidade. Toda lide há de supor, para a respectiva composição, o critério prévio de verificação de seu surgimento, na análise da causa imediata ante a causa mediata, o que envolve a solução prévia de uma como questão de existência da relação jurídica material apontada.

Quando se estuda a defesa de mérito, identifica-se aquela que enseja o julgamento conforme o estado do processo, sem qualquer providência preliminar – a defesa de mérito direta: seja a contestação absoluta (negativa do fato), seja a contestação relativa (negativa da consequência jurídica), tem-se a abertura do tema da inexistência da relação jurídica, em cuja abrangência pode também situar-se a declaração incidente.

Distinga-se: se basta a negativa de existência da própria relação jurídica, causa de pedir imediata da ação proposta, até porque o ônus da prova remonta ao autor, a prejudicialidade pode surgir sem a interferência do juiz, que não indaga de nenhuma concausa, de nenhuma outra causa para aferir da eficiência do elemento da ação; diverso, porém, será o caso da defesa de mérito indireta.

6. EIXO PUBLICÍSTICO DO PROCESSO

Nenhuma dificuldade tem o processualista de admitir a interferência do juiz, no plano das objeções, para submeter a controle a eficiência da causa de pedir, ao dizer da decadência do direito ou da nulidade absoluta de direito material.

Algo próximo seria a extensão da cognição *ex officio* (e em tese) da matéria de exceções substanciais. É, por exemplo, o que recomenda cautela ao julgador na concessão da tutela antecipada, no senti-

do de aguardar, por exemplo, a arguição de prescrição pelo réu (que pode ocorrer até mesmo na instância recursal ordinária). Chegou o legislador a autorizar que o juiz conheça, de ofício, da prescrição (em infeliz alteração legislativa que eliminou a vedação quanto a direitos disponíveis). Pelo menos o artigo 219, § 5º, do CPC vigente, se indica que o juiz “pronunciará de ofício a prescrição”, por outro elimina o “decreta-la-á de imediato”: entenda-se que a alteração não pode revogar a possibilidade de renúncia da prescrição, com o que estaríamos falando da atitude do juiz de provocar o contraditório sobre fundamento suscitado de ofício. É exatamente o de que cuida o artigo 474, IV, e parágrafo único do Projeto, *in verbis*:

Art. 474. Haverá resolução de mérito quando:

(...).

IV – o juiz pronunciar, de ofício ou a requerimento [e aqui, conforme o caso, de direito indisponível ou disponível], a decadência ou a prescrição;

(...).

Parágrafo único. Ressalvada a hipótese do § 1º do art. 307, a prescrição e a decadência não serão decretadas sem que antes seja dada às partes oportunidade de se manifestar.

Com mais facilidade do que quanto à exceção de prescrição, que, não obstante seja direito do réu, não exclui a injunção ao contraditório, haver-se-á de admitir a cognição *ex officio* das prejudiciais – no mesmo concerto do contraditório provocado, de que trata o artigo 10, do Projeto. É que a existência de causalidade complexa, a afastar a relação jurídica em lide pela interferência de outra, a partir de fato jurídico a ambas comum, a que repetidamente se tem chamado questão prejudicial, é tema a ser necessariamente decidido *para melhor ciência do fato gerador natural do direito*, [como] *medida de limpeza da área judicial para efeito de desembaraçar o julgamento da lide principal, pelo julgamento prévio ou intermédio*.¹⁰

O Projeto busca a tradução do caráter publicístico do processo, que não é de propriedade de nenhuma das partes e, no que tange ao

¹⁰ COSTA CARVALHO, Luis Antônio da. Op. cit., p. 83-4.

autor, não é presa de sua vontade e dos limites em que externada – sem embargo de que a jurisdição deva ser provocada.

Daí, a necessidade de se resgatar a efetividade do processo, em sua destinação à busca da verdade, o que depende do controle das liberdades processuais, noutras palavras, da limitação dos abusos.

A doutrina há de formular exegese que descreva e justifique a opção do Projeto, pela ampliação objetiva da coisa julgada às questões prejudiciais – realizada sob calculado silêncio acerca da ação declaratória incidental. Vamos mostrar como se dá, com vantagem, porque se trata de silêncio eloquente, a substituição que o Projeto opera da ação declaratória incidente por outra técnica de ampliação do mérito. Cabe perquirir a superação do caráter *incidenter tantum* da solução das questões prejudiciais.

Considere-se, por primeiro, que não se pode acenar com a abolição de todas as razões que ditaram o surgimento da declaratória incidental no Código vigente, porque, tendo essa sido destinada a substituir, pela vontade das partes, o falível critério das *premissas necessárias* da conclusão sentencial (do CPC de 1939), o artigo 490, do Projeto, ainda que não de todo, como demonstraremos, retornou ao critério de necessidade – ao distinguir implicitamente, dentre as prejudiciais, as que devam ser expressamente decididas.

Algum resultado, pois, pode ser buscado no que se escreveu na vigência do CPC de 1939. Aproveitamos conhecida passagem de Lopes da Costa,¹¹ que increpava de obscura a regra do respectivo parágrafo único do artigo 287, extensiva da coisa julgada às *questões que constituírem premissa necessária da conclusão*. Para o processualista, o legislador não poderia ter querido dizer que o julgamento fosse estendido à relação condicionante apenas decidida *incidenter tantum*. Mas que a sentença faria coisa julgada apenas naquilo que – sobre o pedido – resolveu, sob pena de ofensa ao princípio dispositivo. E agora se cuida da provocação ao pedido, com equivalência de tratamento *principaliter* da prejudicial.

¹¹ LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: RT, 1945, v. III, p. 151.

7. TÉCNICA DA ARGUMENTAÇÃO E TÉCNICA DA COGNIÇÃO

Observa Walter dos Santos Rodrigues¹², assinalando a alteração redacional inserida no texto original, com a substituição da preposição *por* (o juiz a declarará *por* sentença) pela combinação de preposição e artigo *na* (o juiz a declarará *na* sentença). Exigida, assim, a decisão da prejudicial na sentença, assegurada a coisa julgada sobre o tema, teria sido rejeitada emenda que propunha como condicionante o requerimento das partes, tanto quanto refutada a respectiva justificação, de que não se poderia violar o princípio do dispositivo. Respondia a comissão revisora que *a questão prejudicial a que se refere o artigo 19 [renumerado para 20] passa a integrar o objeto do processo, independentemente de pedido, dito que a proposta legislativa quer justamente inovar a ordem jurídica para assentar que, mesmo sem pedido expresso, as questões prejudiciais, por disposição legal, passam a fazer parte do objeto do processo.*

Não se justificaria que o Projeto apenas apresentasse, com o silêncio sobre o critério de seleção das prejudiciais (que devam ser) expressamente decididas, uma regra semelhante à do artigo 287, do CPC de 1939. A leitura isolada do artigo 476, parágrafo único, IV, do Projeto, indicaria aparentemente um subrogado do critério de 1939. Mister o seu confronto com o artigo 10, do Projeto. Aí se tem que ocorre a substituição das “premissas” pelo interesse estatal, relacionado àquilo que possa vir a ser objeto de lide prejudicial, no escopo – que aqui se reafirma – da solução integral da lide, que não se obtém desvinculada das questões que a condicionam.

Ao se entrever, pois, no Projeto a obrigatoriedade para o juiz, do exame de todos os argumentos que lhe possam infirmar a conclusão, esta mesma interpretação lógica, contida no artigo 476, parágrafo único, IV, se faz inovadora: transfere para o âmbito de estabilização objetiva da lide o que antes importaria em ampliação da lide.

¹² RODRIGUES, Walter dos Santos. Reflexões sobre os Poderes do Juiz a partir do Projeto do Novo Código de Processo Civil. In: *O novo Código de Processo Civil – O Projeto do CPC e o desafio das garantias fundamentais*. SOUZA, Márcia Cristina Xavier de; RODRIGUES, Walter dos Santos (Coords.). São Paulo: Campus Jurídico, 2013, p. 142.

Em direito, sobretudo em direito processual (que sempre rege sistema de atos jurídicos) atua a interpretação sistemática. A determinação de que o juiz fundamente a sentença, de modo a *enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada* (o referido artigo 476, parágrafo único, IV) se articula, no Projeto, com a regra do artigo 10 (a regra da provocação ao contraditório) – que lhe especifica a técnica.

Não resulta, portanto, quanto à ação declaratória incidente – porque não atua o só raciocínio lógico – que o Projeto tenha encetado uma substituição reducionista: da exigência de ação (declaratória incidente) à de simples dedução de argumento sobre a prejudicial.

8. DE PREJUDICIALIDADE LÓGICA A TÉCNICA

Premissas necessárias da conclusão, ainda o seriam *os argumentos capazes de, em tese, infirmá-la*. Mas, confia o Projeto, assinalasse, numa como responsabilidade indeclinável do julgador, de superar – pela técnica processual – o obstáculo que Menestrina¹³ venceu no plano lógico:

Antes de chegar à sentença não se pode conhecer a série silogística de que esta sairá, nem se pode, portanto, proclamar o que será e o que não será prejudicial; a esfera da prejudicialidade aparece só da motivação da sentença, dado que esta exista e resulte completa. (...) Todavia, devem no curso do processo ser tratadas como prejudiciais também questões que com efeito não serão tais.

Que não se possa saber, *a priori*, aquilo que tenha o caráter de prejudicial, não se antolha à ciência do processo, quando se vale da técnica processual. O tratamento como prejudicial substituirá a declaratória incidente.

De nossa parte, pelo que vimos desenvolvendo linhas acima, cumpre assinalar que a ação declaratória incidente é meio de ampliação dos limites da *cognitio* e, pois, da coisa julgada, aos limites da lide sobre a causa de pedir imediata. Sempre se proclama que a coisa

¹³ MENESTRINA, Francesco. *La Prejudiziale nel Processo Civile*. MILANO: Giuffrè, 1963, p. 110-1.

julgada se limita ao pedido e não alcança a causa de pedir, os fundamentos.

Só que o *prejudicium* se traduz em declaração inerente à causa de pedir imediata. E não há como o juiz não exercer cognição sobre elemento da ação.

Hoje, vê-se na declaratória incidente positiva (na oportunidade de que trata o artigo 325, do CPC vigente) a busca de confirmação, por coisa julgada, da existência da *relação jurídica constitutiva da causa petendi*. A declaratória incidente negativa (na oportunidade disciplinada pelo artigo 5º, do CPC atual) prossegue a relação jurídica constitutiva da *causa petendi*, pela coisa julgada, para sua confirmação ou sua infirmação, neste último caso, por força de uma *causa excipiendi*, ou da confirmação de existência de relação jurídica outra, prejudicial.

Não é sem razão que o Projeto, no artigo 476, parágrafo único, IV, alude a *todos os argumentos capazes, em tese, de infirmar a solução adotada*. Alguns de tais argumentos crescem a fundamento de pedido declaratório. Infirmar é retirar a base, é o que resulta da declaração de inexistência de fundamento.

Sendo o fundamento, em última análise, uma relação jurídica substancial, outra coisa não vislumbra a técnica de fundamentação da sentença que a abrangência das causas impeditivas, modificativas ou extintivas do direito reconhecido, dentre elas as questões prejudiciais, impeditivas ou determinativas da *causa petendi* da ação principal – que hão de ser expressamente decididas.

Note-se, mais uma vez, que o Projeto aproveita técnica proposta por Menestrina¹⁴ para a prejudicialidade lógica – solução, após fracionamento dos argumentos, a fim de serem confirmados na sentença de mérito. Só que descobre sua transferibilidade possível à prejudicialidade chamada de técnica:

Nenhuma lei, na verdade, pode considerar oportuno seguir passo a passo o desenvolvimento do raciocínio do juiz e impor sempre sua publicação aos interessados, porque deste modo o esmiuçamento do processo tornar-se-ia de uma sobrecarga insuportável. Mas pode ser oportuno que da massa cinzenta do raciocínio do

¹⁴ MENESTRINA, Francesco . Op. cit., p. 88-9.

jugador sejam evidenciados e feitos objeto de especial tratamento aqueles pelos quais – ainda antes da completa formulação das duas premissas – se aproxime parte da menor à correspondente porção da maior e seja descoberta uma solução. (...). Assim se revela aquilo que os lógicos chamam polissilogismo: a *interlocutória* é a conclusão do prossilogismo e a sentença final a do epissilogismo.

Também em sua redação, o artigo 490, do Projeto, não afirma – sequer se poderia dizer que insinue – que toda e qualquer questão prejudicial deva ser expressamente decidida, ao proclamar a coisa julgada quanto às (que tenham sido) expressamente decididas. De seu turno, o artigo 476, III, não lhe é simétrico, porque remete ao dispositivo sentencial, como sede apropriada, a solução com coisa julgada das questões – acrescentando que – das (questões) que as partes submeterem ao juiz.

A submissão de questões ao juiz deixa, porém, de ser uma dependência necessária da iniciativa das partes – com o que o Projeto liberta a efetividade do processo da vinculação exclusiva ao princípio dispositivo. É de se lembrar que tanto este, quanto o inquisitivo não existem isolados, nunca existiram de modo puro (ressalvado, quando muito, o uso quase total do inquisitivo na antiga AGO prussiana).

9. DISPOSITIVIDADE E INQUISITIVIDADE

Porém o artigo 10, do Projeto, chave de volta do sistema de cognição proposto, insere na *cognitio principaliter* as questões suscitadas pelas partes, após a submissão de fundamentos (vertidos, aí, em questões fundamentais) pelo juiz, *ex officio*, ao contraditório. Por evidente, que as questões que as partes submetam ao juiz – para nos servirmos do teor literal do artigo 476, III, do Projeto – não serão apenas as de sua original iniciativa, não podendo o princípio dispositivo afastar as questões prejudiciais que devam ser expressamente decididas.

Inclui-se, pois, implicitamente entre as providências preliminares (artigo 337 e seu parágrafo único do Projeto) o juízo sobre a qualidade do contraditório, sobre sua aptidão a produzir coisa julgada (expressamente adotado no Projeto, que o descreve na regra, já comentada, do artigo 476, parágrafo único, IV). Regra a que, finalmente, se reporta

a repudiada pregação de Carnelutti¹⁵, que, isoladamente *come di solito*, se atreveu a apontar a coisa julgada material como pressuposto da coisa julgada formal. Para ele (e para o Projeto de CPC brasileiro, em seu artigo 4º), nenhuma sentença poderá transitar formalmente em julgado, se não estiver intrinsecamente apta a engendrar a solução integral da lide.

O entendimento jurídico há de ser prático e, para tanto, há de ser completo. Tanto pode haver questões sobre a causa de pedir quanto sobre o pedido. No dispositivo serão decididos os pedidos, incluídos os contrapostos – com as respectivas especificações (essas são as questões que as partes obrigatoriamente submetem ao julgador).

Questões (temas), de fato ou de direito: o termo inicial de incidência de juros de mora e a respectiva taxa; a singularidade ou a dobra, da repetição de indébito, nos contratos de adesão; o termo inicial de correção monetária; a fluência ou não de juros, na discussão da causa suspensiva nos juízos concursais; o cabimento ou não de multa cominatória na exibição de documento, requerida incidentemente sem especificação de fato probando.

Já linhas acima, falávamos da natureza dos bens que o litigante pretende obter, a qual se articula, na lide, com a probabilidade do objeto das garantias processuais, o que exige descrição pormenorizada dos fatos e conseqüente contraposição de argumentos.

Entre tais contraposições de argumentos (questões), noutra sentido se toma cada um dos trâmites do raciocínio do juiz.

A distinção entre trâmites do desenvolvimento lógico ou da causalidade jurídica – ao dizer das questões cujas soluções estarão abrangidas no dispositivo – reclama a técnica do prossilogismo, tomada a Menestrina¹⁶, com a abrangência substancial provisória das decisões interlocutórias, a ser submetida a confronto, somente depois, após o percurso completo, com a coisa julgada:

Não são, porém, todas de natureza formal as decisões que tendem a preparar a sentença final. Também a argumentação sobre

¹⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. Padova: CEDAM, 1926, ristampa 1986, v. IV, p. 486.

¹⁶ MENESTRINA, Francesco. Op. cit., p. 88-9 e *passim*.

que se baseia esta última pode ser desmembrada em muitas partes, diversas por conteúdo e pelo tempo em que alcançam a maturidade: um traço daquela que deveria ser a proposição menor pode subsumir-se ao correspondente trato da proposição maior, para atrair imediatamente uma das conseqüências desta, a qual, posta como marco milhar sobre o caminho do juiz, assinale um ponto do qual deve partir na ulterior argumentação.

E quando (ainda Menestrina¹⁷), após estudar a história das interlocutórias, ressalta que a lei não pode determinar o momento em que a questão prejudicial tenha sido adequadamente discutida e discernida:

Pode, de fato, ter-se um convencimento separado sobre uma questão e, todavia, remeter-se a decisão da mesma para quando estejam maduros também os outros precedentes lógicos. Por outro lado, depois de todo o material processual desenvolvido sem nenhuma distinção, pode ser oportuno não pronunciar a sentença final, mas só uma interlocutória, para ver que posição assumirão as partes e a instância superior e poder-se depois proceder, com muito maior segurança e sem reabertura do contraditório, à conclusão final.

A exegese não se pode alcançar com a leitura isolada dos artigos 10 e 476, parágrafo único, IV, do Projeto, o que situaria o problema na expressão apenas da prejudicialidade lógica, denominador comum de qualquer das modalidades, quer de prejudicialidade impeditiva, quer de prejudicialidade determinativa. Mas o cruzamento interpretativo, indubitavelmente, conduz à demonstração da técnica processual encetada e à justificação de sua pertinência para o resultado proposto no artigo 490, também acima referido.

Não nos parece, por isso mesmo, que o problema se resolva com a adoção de um conceito de prejudicialidade. Nem nos disporíamos a escrever um ensaio sobre tal efeito jurídico, o que seria enfadonho com o suceder-se de afirmativas conceituais, a exigir do leitor detença e mais detença, em meio às pausas oriundas de parêntesis explicativos.

Poder-se-ia insistir – como reiteradamente tentado – em deduzir o critério para isolamento das prejudiciais necessárias; se as vinculadas à lide proposta e qual o fator de atração da espécie; se as

¹⁷ MENESTRINA, Francesco. *Idem*, p. 120-1.

autônomas e qual o elemento identificador de sua aptidão a constituir juízo próprio, ainda que não provocado; quais as subsumíveis à composição da lide, pela profundidade cognitiva; e faríamos mais um trabalho teórico.

Mas, diga-se em repetição, com a interação das regras do sistema do Projeto, afastado fica o caráter puramente lógico, sabido que o que se busca é a prejudicialidade técnica, cuja resposta só pode ser encontrada no âmago do procedimento. É na técnica aplicada ao procedimento, isto é, no tratamento que o legislador dispense à matéria, ao dizer da iniciativa e dos limites da discussão – que se pode trair a elevação da *cognitio* a *iudicium*: mais concretamente, cuida-se de verificar *como se pode cumprir e a que pode servir a tarefa de fixação dos pontos controvertidos*.

10. IRRECORRIBILIDADE DOS INTERLOCUTÓRIOS

Merece destaque, reiteradamente, a regra do Projeto (artigo 4º) segundo a qual *as partes têm direito à solução integral da lide, incluída a atividade satisfativa*.

Um escólio provisório, a ser posto a confronto com os argumentos de parte a parte. Eis o que perpassará a consciência do juiz, o juízo, no raciocínio de formulação da sentença. E que passará para a formação da coisa julgada.

O relevo para a cognição será ditado, em boa medida, pela atitude da parte perante a irrecorribilidade dos interlocutórios – diretriz interpretativa do juízo sobre as questões prejudiciais. O Projeto de CPC, na regra do parágrafo único do artigo 963, transfere para preliminar de apelação, a impugnação das interlocutórias (pois caberá agravo somente de decisão quanto às matérias do rol do artigo 969). Reúne-se à *cognitio* sobre a questão prejudicial o *iudicium*, por assim dizer, *ex intervallo*. A *cognitio* se aperfeiçoa – sem ação declaratória incidente – em *iudicium* no segundo grau, sob o binômio *por disposição de lei ou por vontade da parte*. Pela provocação judicial (por disposição de lei, genérica), haja ou não preliminar de apelação sobre a solução da prejudicial. Pelas partes, independentemente da provocação judicial, em pedido contraposto (artigo 326 e artigo 304, do Projeto).

A coisa julgada (segundo o PLC n. 8.046/2010) é a *autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso* (artigo 489) e é também o que faz reconhecer que *a sentença que julgar total ou parcialmente a lide tem força de lei nos limites dos pedidos e das questões prejudiciais expressamente decididas* (artigo 490).

Ao dizer *decisão de mérito*, o Projeto introduz a sentença interlocutória, com o cuidado de suspender sua recorribilidade enquanto não se produza a *solução integral da lide*. A regra do artigo 4º, do Projeto, também se lê ao reverso: as partes não têm direito à solução parcial da lide, ainda que antes se inclua a atividade satisfativa. A força de lei é imutabilidade e exigibilidade, não esta sem aquela.

E a solução da lide se dá no dispositivo sentencial (artigo 476, III), com o que o Projeto conjuga as eficácias constitutiva e condenatória à declaratória, no escopo de aprimorar a tese liebmaniana. A qualidade de imutabilidade não será mais algo que se possa produzir sem toda a eficácia (e todas as eficácias) sentencial(is). Se a solução da lide é integral (outra vez, o artigo 4º), nada se lhe agrega, não há um *aliquid novi*, quando do trânsito em julgado.

Ao dizer *os pedidos* (plural), quis o legislador (do PLC n. 8.046/2010) homenagear o caráter dúplice que consagra, *in genere*, para a ação em juízo. Abrange não só o pedido inicial (artigo 293, IV), como o pedido contraposto (artigo 326) e os aditamentos e as modificações introduzidos, em um e outro ou nas respectivas *causae petendi* (artigo 304).

Conservam-se as categorias carneluttianas: lide, questão e ponto. E isto, para o julgamento do completo conjunto de questões, com a explicitude com que imposta a obrigatoriedade, já assinalada, de o juiz enfrentar todos os argumentos (artigo 476, parágrafo único, inciso IV): argumentos são os pontos, as afirmações.

Não se pode pensar que a lide se estabilize, senão com a identificação das questões em que se decompõe (artigo 342). Daí, se falar, como resultado, em composição (na verdade, uma recomposição) da lide: incluirá necessariamente a solução de todas as questões (pontos controvertidos fixados) que serão resolvidas na decisão de mérito (artigo 489), no dispositivo sentencial (artigo 476, parágrafo único, III).

A dicção é de que o juiz resolverá, no dispositivo sentencial, *as questões que as partes lhe submeterem* (artigo 476, parágrafo único, III). Creio que, a esta altura, se nos permita aduzir que o ato da parte, de submissão de *questões*, não significará sempre a formulação de pedido, não supõe propositura de ação.

Assim, dentre *as questões que as partes lhe submeterem*, resolverá o juiz *as prejudiciais* suscitadas mesmo *incidenter tantum* – as quais terão de ser *expressamente decididas* (artigo 490), vale dizer, decididas *principaliter*, irrelevante que não haja pedido, que não haja ação.

E a coisa julgada haverá, caso haja apelação com preliminar de prejudicialidade da questão decidida, embora o recurso, se improvido. Atuará o recurso à maneira de ação anulatória da decisão, retornando-se à ideia de pedido, de atendimento ao princípio do dispositivo. Ou caso transite livremente em julgado a sentença de primeiro grau, com o acréscimo de estabilização de tutela prejudicial. Há, a propósito, exemplo da mesma técnica, do Projeto, utilizada nas regras sobre a estabilização da tutela de urgência, pelo trânsito em julgado (ali, porém, sem coisa julgada), nos §§ 1º e 2º, do artigo 280 e no § 2º, do artigo 284.

Observe-se que é indisputável que a cognição em profundidade, no controle pela instância revisora, produza o *judicium* sobre a questão prejudicial.

Restou vencido o obstáculo exegético. É que, não mais cabendo – segundo o já comentado artigo 969, combinado com o parágrafo único do artigo 963, ambos do Projeto – recurso em separado das interlocutórias, as quais deverão ser impugnadas em preliminar de apelação, mantidas antes impreclusas, também há regra concernente às prejudiciais que independem de provocação das partes.

O Projeto retoma diretriz doutrinária que fora assentada em superação do *giudicato implicito*, consabido impasse interpretativo do artigo 34, do CPC italiano:

Para excluir uma decisão ‘incidenter tantum’, não é necessária uma disposição de lei neste sentido, nem uma demanda explícita com a qual uma das partes peça que a questão seja decidida com eficácia de julgado mediante um acerto incidental, mas basta que do comportamento processual das partes, do modo

como tenham apresentado e analisado a questão, do desenvolvimento dado à respectiva discussão, da eventual produção de provas, não só do teor da sentença resulte que a questão foi debatida e resolvida com a seriedade e o razoável aprofundamento das normais decisões jurisdicionais, e não de modo sumário e marginal.¹⁸

Voltaremos, agora, ao tema, com outras razões interpretativas do Projeto de CPC, no que tange à interação entre os princípios dispositivo e inquisitivo, de cuja medida, em última análise, depende a solução do problema.

11. SUPRESSÃO DA AÇÃO DECLARATÓRIA INCIDENTE

É permitida a arguição, positiva ou negativa, da existência de prejudicial (na réplica, pelo autor; na contestação, pelo réu). Favorece-o, ademais, a possibilidade de uso de pedidos contrapostos (o substitutivo da reconvenção e o de contestação a esta).¹⁹

De se observar que, por duas vezes, o texto do Projeto faz referência aos *pedidos formulados pelas partes* (artigo 477 e artigo 490), além de propiciar a abertura para o pedido contraposto (artigo 326). Favorece-o, ainda, a regra alusiva à matéria sobre a qual *o juiz tenha que decidir de ofício*, quando o respectivo fundamento será submetido a prévio contraditório (artigo 10).

A questão prejudicial, portanto, provocada em pedido contraposto ou no contraditório incidentemente, é tema obrigatório de julgamento *principaliter* pela sentença.

Aqui se tem ensejo de aprofundar o raciocínio. Não pode haver, segundo o Projeto, sentença parcial (artigo 4º). E ainda que dito que o

¹⁸ PUGLIESE, Giovanni. Giudicato Civile. In: *Enciclopedia del Diritto*. Milano, 1969, v. XVIII, p. 868.

¹⁹ Nesse sentido, ARRUDA ALVIM, José Manoel. Ação Declaratória Incidental. In: *Direito Processual Civil – 3, Estudos e Pareceres*. RT, São Paulo, 1995, p. 211: “*refere-se a lei [art. 325, CPC] à circunstância de a relação jurídica se tornar litigiosa, o que significa praticamente que, a respeito de questão prejudicial, tenha havido controvérsia, seja ela questão prejudicial em relação ao pedido do autor, como do réu, na reconvenção*”.

juiz pode julgar total ou parcialmente a lide (artigo 490), a integralidade diz com a pretensão.

Portanto, haverá cognição exauriente da *causa petendi*, cognição em extensão, hábil a incluir a atividade satisfativa: creio poder-se inferir que semelhante trabalho de exaurimento da *causa petendi*, sob pena de não poder servir ao cumprimento da sentença, tenha de superar qualquer das causas de suspensão antecedentes ao julgamento, no que as conexas por prejudicialidade, impeditiva ou determinativa. A solução integral da lide se dá, também, sob cognição em profundidade, o que vale dizer do enfrentamento de todos os argumentos, conforme o artigo 476, parágrafo único, IV.

Diremos que a estrutura da cognição sobre as prejudiciais, no Projeto, obedece à advertência metodológica de Menestrina²⁰ (aqui transcrita sob ligeira transposição da matéria processual ao mérito da ação) acerca do relevo da argumentação para o julgamento, no que o legislador brasileiro associará, desde logo, a proposta de extensão dos trâmites processuais à revelação dos fatos materiais – em reconhecimento da dimensão do princípio da congruência, do atual artigo 460, CPC:

(...) Qualquer decisão relativa à forma – vale dizer, ao modo de recolher o material e de desfrutá-lo – influi sobre a sentença de mérito.

Mas a influência é toda obra do fato processual (...). Que este fato seja apresentado ao juiz como natural e indiscutida cooperação da complexiva fatispécie, ou que na mesma seja introduzido depois de áspera contestação das partes, [*em*] nada importa [*à*] argumentação que rege a sentença final, no tirar proveito dos fatos (...). (Grifos nossos)

Daí, se necessário, o procedimento de contraditório provocado *ex officio*, informado pela regra do artigo 10, do Projeto, a que já nos referimos.

Dentre os argumentos deduzidos, para fins e efeitos do disposto no artigo 476, parágrafo único, IV, não há como não serem incluídos os fundamentos (da solução da questão prejudicial) que o julgador submeta ao contraditório (artigo 10). Surge, no processo de conheci-

²⁰ MENESTRINA, Francesco . Op. cit., p. 59.

mento, ocasião de manifestação das partes acerca do efeito das prejudiciais interferentes.

Vê-se que há inteiro suporte à obrigação judicial de extensão da coisa julgada material às questões prejudiciais (artigo 490) e de sua solução, como submetida ao juiz pelas partes, no dispositivo sentencial (artigo 476, parágrafo único, III).

Não há senão o ensejo de se reconhecer, mais uma vez, a profunda influência de Menestrina²¹ sobre o Projeto de CPC brasileiro, expressa no tratamento da questão prejudicial, que permitiu a esse optar por eliminar a obrigatoriedade da ação declaratória incidente:

Ou a decisão se pronuncia separadamente, tão logo escolhida a respectiva questão, pondo-se por tal modo um alicerce sobre o qual o juiz se reserva de edificar em seguida; ou aquela se pronuncia mais tarde, quando efetivamente se apresenta a necessidade de ganhar um terreno seguro para a sentença final, de modo a vincular as partes contemporaneamente com esta. (...). Pode-se de fato tratar em profundidade uma questão e, todavia, remeter-se a decisão da mesma para quando estejam maduros também os outros precedentes lógicos.

E, continua²²

De outro lado, depois que todo o material processual se tenha desenvolvido sem nenhuma distinção, pode ser oportuno não pronunciar a sentença final, mas só uma interlocutória, para ver qual posição assumirão as partes e as instâncias superiores e poder depois proceder, com tanto maior segurança e sem reabertura do contraditório, à conclusão final.

A técnica, pois, sugerida pelo processualista aqui multicitado, não quer ampliar a prejudicialidade a ponto de *considerar como tais todos os antecedentes lógicos*. *Cuida-se de tratar como prejudiciais todos os antecedentes lógicos*, todas as questões capazes de influir no julgamento, todos os pontos (argumentos) capazes de desautorizar uma determinada decisão a que propenda o julgado. Só que, como não as julga em definitivo, sendo o destino comum de todas (salvo as taxati-

²¹ MENESTRINA, Francesco . Op. cit., p. 120-1.

²² MENESTRINA, Francesco. Idem, *ibidem*.

vamente enumeradas) produto de *cognitio* e não de *iudicium incidens*, somente se consideram prejudiciais após o trânsito em julgado.

Esta distinção entre *cognitio* e *iudicium*, vale dizer, entre julgamento *incidenter tantum* e julgamento *principaliter* – em virtude da progressão da primeira à segunda, que o Projeto logra acoplar à técnica do tratamento das questões – reformula a tese menestriniana, que não se confina mais à subsunção lógica.

Por outro lado, o Projeto adota algo da técnica de Böhmer²³, da aptidão da questão prejudicial para ser objeto de processo autônomo. Amolda-a, porém, às velhas *formulae praejudicialis* e, não tanto quanto nestas, que transformariam o *iudicium* de um processo em questão principal de um processo anterior e autônomo,²⁴ transforma a *cognitio principaliter* de uma instância, a segunda, em questão incidente, em mera *cognitio*, a se decidir *incidenter tantum* na instância anterior, autônoma em tanto que não haja preliminar recursal sobre a interlocutória.

Cumpre-nos salientar a observação geral, acima transcrita, na nota com que Tito Carnacini²⁵ teria resolvido, após maduras reflexões, o problema dos limites de interação dos princípios dispositivo e inquisitivo:

É de se chamar a atenção para a passagem em que o citado processualista alerta para a interessada contribuição da parte, à qual convém que seja alheio o juiz (*l'interessato contributo altrui*): o princípio dispositivo não pode servir de imposição ao juiz de aceitar a narrativa factual, sem indagações, bem como a consequência jurídica dela extraída pela parte, sem nenhum controle.

Convenhamos em que, mesmo não sendo o caso de inépcia, já o atual CPC brasileiro permite a leitura atenta do artigo 295, I, combinado com o parágrafo único, II: da narração dos fatos pode não

²³ BÖHMER, citado por PLANCK, *Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Prozessrecht*, Göttingen, 1844, p. 487, n. 24, *apud* MENESTRINA. Op. cit., p. 102 e nota 10.

²⁴ Como observa TIRONI, Romero Cometti. *Teoria da Prejudicialidade e o Projeto do Novo Código de Processo Civil*. In: RePro. São Paulo: RT, 2013, v. 216, p. 248.

²⁵ CARNACINI, Tito – v. nota 6, *supra*.

decorrer logicamente a conclusão pretendida – até mesmo pela intercorrência de questão prejudicial que tenha de ser decidida e cuja decisão a exclua.

Merece transcrição a abordagem lançada por Adroaldo Fabrício²⁶:

Sempre que no processo se manifeste questão prejudicial, o caminho lógico a ser perlustrado pelo juiz há de passar necessariamente pela resolução dela para poder chegar à decisão definitiva, a que solucionará a controvérsia principal, desde que aquela resolução predetermina, no todo ou em parte, o teor desta.

Agora, porém, quando se afasta a possibilidade de julgamento em separado da prejudicial – tanto que não há recorribilidade em tal matéria por agravo (artigo 969) – verifica-se que o Projeto determina a transposição ao mérito da solução irrecorrida das questões prejudiciais, ou recorrida em preliminar de apelação.

Voltemos, pois, a Adroaldo Fabrício,²⁷ quando de sua reprimenda à exegese do artigo 34, do CPC italiano – a qual não incidirá sobre o Projeto de CPC brasileiro, pela introdução da nova técnica processual do artigo 10, em verdadeira *reductio ad unum* dos princípios dispositivo e inquisitivo sobre as questões prejudiciais:

Afirmou-se, mais, que a impugnação pelo contestante do fato constitutivo do direito do autor integra o ‘objeto do processo’, de modo que dela o juiz tem de conhecer ‘principaliter’; e que a chamada ‘relação complexa’ reputa-se integralmente deduzida em juízo, ainda quando só sobre determinados aspectos dela se haja formulado pedidos.

12. PRECLUSÃO E COISA JULGADA

Por amor à precisão, cumpre assinalar que o professor gaúcho verberava a doutrina que pretendeu justificar a extensão da coisa julgada à questão prejudicial com fundamento lógico – quando o artigo 34, do CPC italiano exige que a necessidade se estabeleça *per legge o per esplicita domanda de una delle parti*. E tanto que sugeriu que a inter-

²⁶ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *A Ação Declaratória Incidental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 57.

²⁷ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Op. cit., p. 83-4.

pretação ampliativa redundaria em acolhimento da tese savigniniana, dos motivos objetivos, renovando a crítica habitualmente dirigida ao romanista:

Essas afirmações, contudo, são altamente discutíveis, mesmo à luz (...) do estatuto processual civil italiano. De resto, importam elas em apagar qualquer distinção entre ‘objeto do processo’, enquanto material lógico a ser trabalhado pelo juiz e ‘objeto de manifestação de vontade estatal’, em que se resolve o julgado propriamente dito, como expressão de autoridade: volta-se a confundir ‘iudicium’ com mera ‘cognitio’.

Outro não parece ser o caminho – presentemente – perfilhado, em estudo geral do Projeto, por Arruda Alvim²⁸:

No que concerne à coisa julgada, houve uma simplificação no tratamento das questões prejudiciais, que, uma vez decididas, passam a ser incluídas pela abrangência da coisa julgada. (...). Adota-se, neste ponto, uma antiga posição de Savigny, no sentido de que valerá a coisa julgada sobre o pedido e as questões prejudiciais que antecedam à lide principal/prejudicada; esta coisa julgada abrangerá ambas as lides.

Taxativo o rol (artigo 969) das decisões interlocutórias agraváveis, todas as demais (entre elas as das prejudiciais) têm excluída sua impugnabilidade em separado, a despeito de exigida fundamentação exauriente, a *enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão* [interlocutoriamente] *adotada pelo julgador* (artigo 476, parágrafo único, inciso IV). O contraditório sobre a fundamentação, portanto, da prejudicial, como de todas as interlocutórias, se remete *ex intervallo*, à arguição em preliminar de apelação.

Ex intervallo, repita-se, o Projeto edita a técnica da conversão da preclusão de questões (prejudiciais) em coisa julgada – caso não interposta apelação ou, se interposta, não arguida, como preliminar, a impugnação à decisão antes tomada.

Disso se faz a curiosa eficácia, já assinalada, quer seja o tema posto *ex officio* ao contraditório (artigo 10), quer seja contraposto em pe-

²⁸ ARRUDA ALVIM, José Manoel. *Notas sobre o Projeto de Novo Código de Processo Civil*. In: *RePro*. São Paulo: RT, n. 191, p. 313.

dido: a preliminar de apelação atua, no âmbito da questão prejudicial, como pedido anulatório da decisão interlocutória *incidenter tantum*. Agora delimitado a verdadeira utilidade, retoma-se o velho e puro princípio da irrecorribilidade dos interlocutórios (parágrafo único, artigo 963), tanto que o Projeto suprime o agravo retido.

Detenhamo-nos um pouco mais sobre a regra (do parágrafo único do artigo 963) de que *as questões resolvidas na fase cognitiva, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não ficarão cobertas pela preclusão*: é forçoso admitir-se que tais questões só serão resolvidas *principaliter* no trânsito em julgado: em primeiro grau, caso não haja recurso.

E aí também se estabeleceu a competência da segunda instância para julgamento em grau de recurso – valendo a decisão de primeiro grau como injunção de prejudicialidade – caso não se a deixe transitar livremente em julgado.

Vamos, por isso, reestudar a estrutura jusromanista do *praejudicium*.

Servimo-nos de Bülow,²⁹ quando distingue entre a *praetoria cognitio (ex officio)* e a *exceptio praejudicii*, mas queremos dizer que as duas modalidades se fundiram na história, fusão que exatamente aflo- ra na técnica processual adotada no Projeto, ao substituir a ação declaratória incidental:

A ciência processual moderna passou sempre por alto aquela fundamental distinção. Descuidou, por completo, de separar a instituição da exceção de prejudicialidade da instituição do decreto de prejudicialidade, o ‘*praejudicium futuri iudicii*’ e o ‘*praejudicium pendentis iudicii*’, a intervenção a pedido do demandado e a de ofício. (Grifos nossos)

A composição do conflito de pretensões (não só de pretensão e resistência) obedece, portanto, no que tange às questões prejudiciais, à eficácia do diferido contraditório. O pronunciamento a respeito das prejudiciais, provocado pelas partes ou suscitado de ofício, ocorrerá, em primeira instância, na primeira hipótese, *principaliter*, na segunda, *incidenter tantum*. Em qualquer caso, porém, adquirindo foros de

²⁹ BÜLOW, Oskar Von. *La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*. Trad. esp. Buenos Aires: EJE, 1964, p. 123 e ss.

principaliter (e expresso), aberta a possibilidade de ser transposto em pedido recursal, em que necessariamente incluída a discussão em preliminar de apelação.

Sem violação, pois, ao contraditório (artigo 10), sob a técnica de conversão em preliminar de apelação – para restituição à instância *a qua*, se recomendada instrução – consegue o Projeto desvencilhar-se das dificuldades do tema da prejudicialidade e da coisa julgada.

O Projeto desfaz também o circunlóquio: sobre se a questão prejudicial haja de ser constitutiva de simples questão ou já de causa e se atinente à mesma ou outra relação jurídica, cogitações em torno das quais se perdeu a doutrina, ao debater a oração subordinada contida no artigo 325, do atual CPC.³⁰

Dir-se-á que, sem que se tenha de resolver – previamente – o caráter da prejudicialidade, porque certo que se revelará *a posteriori*, com o deslocamento da preclusão para instância recursal, o Projeto suprime todo um antigo dédalo de conjecturas.

Embora não se pudesse negar que a decisão *incidenter tantum* não estaria apta a produzir coisa julgada, também não se poderia ter segurança em excluí-la de tal pronunciamento, *na medida em que com a re-discussão de tais exceções se pudesse afetar* o bem jurídico tutelado.³¹

Secundum eventum devolutionis, o revelho problema da prejudicial terá sido equacionado. E, note-se, não adotamos a técnica italiana do *giudicato implicito*. Também não adotaremos a experiência brasileira de 1939, com o pretense critério das *premissas necessárias* e a junção de dois parágrafos únicos, o do artigo 2º e o do artigo 287.

Efeito devolutivo regressivo da preliminar de apelação: encontra-se a categoria de superveniência, entrevista (e não acabada) por Cunha Campos,³² cientista do processo que, a seu tempo, teve de tatear com a imperfeição e perplexidade da lei.

³⁰ É precisa a manifestação de ADROALDO FABRICIO. (Op. cit., p. 2, 53-4 e 171-2).

³¹ MONTESANO, Luigi. *In tema di Accertamento Incidentale e di Limiti del Giudicato*. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1951, p. 324.

³² CUNHA CAMPOS, Ronaldo. *Limites Objetivos da Coisa Julgada*, 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1988, p. 150 e *passim*.

O cientista do processo – que pregava, quando de sua arrojada concepção sobre os limites objetivos, a extensão da coisa julgada à prejudicial, irrelevante que não proposta a declaratória incidente – não se serviu do tempo processual. Poder-se-ia hoje adicionar-lhe a dinâmica da relação jurídica processual, para a solução do problema ontológico, em superação da razão teórica pela razão prática, o salto qualitativo da coisa julgada, a reinserir-se, como fato jurídico, no direito substancial.

Vive-se o momento em que o devido processo legal se aperfeiçoou em justo processo legal. É que, de há muito, como visto, se ressentia a efetividade do processo da absoluta adstrição ao pedido. Se o juiz não pode tomar a iniciativa do feito (do que não se duvida), não significa que qualquer das partes, a seu talante, possa aprisionar a realidade, impondo-lhe recorte, em verdadeira cisão da causa de pedir, do fato jurídico, como se pudesse adotá-lo no que lhe interessa e repudiá-lo, obscurecendo-o ou truncando-o, no que não lhe aproveite.

Não fora adotada, no Projeto, a ação declaratória incidental, por duas razões: por insuscetível de abranger questões, uma vez que adstrita a pedido, portanto, a lide, senão a lide diversa; por insuscetível de abranger a prejudicial de competência de outro órgão, como a de (in)constitucionalidade, exclusiva do Supremo Tribunal Federal, velho problema, cuja solução o Projeto apenas esboça – a depender da prática – mediante o incidente de resolução de demandas repetitivas, como objetivação do recurso extraordinário (artigo 989, § 3º, II, e artigo 883, I, do Projeto).

Seria, com efeito, um contrassenso se o princípio da iniciativa processual das partes lhes permitisse modificar o fato jurídico ocorrido, quando, no direito material, o mesmo fato jurídico não possa ser cindido para a prossecução de efeitos.

Exemplificativamente, as regras – categóricas, diga-se – de indivisibilidade factual, do artigo 354, do parágrafo único do artigo 373 e do artigo 380, todos do CPC, bem como o artigo 114 e o artigo 129, ambos do Cód. Civil, recomenda cautela na utilização de ato jurídico condicionado. A causa prejudicial é condicionante da prejudicada. Já o direito das partes é à solução integral da lide, o que inclui a litigiosidade da relação jurídica fundamental, da causa de pedir imediata.

Note-se que a coisa julgada é definida como autoridade (artigo 489) e como força de lei (artigo 490) – com o que os pontos controvertidos fixados são vertidos em pontos de apoio: para a aplicação da aludida força, resultante da solução das questões. Já o direito das partes à solução integral da lide inclui a atividade satisfativa, isto é, vai ao mundo dos fatos, dos fatos jurídicos declarados.

Pode-se, em exercício de analogia *legis*, invocar o critério expresso na regra do litisconsórcio necessário, do artigo 113, do Projeto (repetição da primeira parte do artigo 56, do Anteprojeto elaborado pelo Professor Alfredo Buzaid) – vale dizer, na *natureza da relação jurídica*.

A extensão subjetiva da sentença aos litisconsortes necessários busca explicação na natureza da relação jurídica, quando não em disposição de lei que o imponha. Ora, *in casu*, a disposição de lei (refiro-me ao artigo 490, do Projeto) seria fonte de dúvida, caso não aprisionada a técnica processual, dobrada, de provocação ao contraditório incidente e de irrecorribilidade dos interlocutórios: não se sabe a natureza da relação prejudicial, antes da cognição sobre a relação prejudicada, o que fará com que o juiz, já abolida a ação declaratória incidente, se veja jungido a julgar *principaliter* a questão prejudicial, depois de determinado tempo processual.

Não raro a causa de pedir de uma ação abrange série factual e mesmo interdependência entre fatos. Mas a peculiaridade não existe apenas no que tange à causa de pedir mediata – o que não toca o problema ora em exame, a não ser do ponto de vista da confirmação da diretriz do Projeto, de exaustão dos argumentos. Falávamos da atitude processual da parte que omite fato essencial ao julgamento da causa (e entraríamos no campo das objeções e exceções substanciais), bem como na aplicabilidade do princípio da aquisição processual, do atual artigo 131, do CPC.

Figure-se, porém, a atitude de omissão quanto à questão prejudicial. O mesmo relevo para a solução da lide – por possível exclusão da eficácia do pedido – apresenta semelhante estado de coisas. E confirma a análise e as conclusões ora desenvolvidas.

Encontramos ensejo, portanto, de identificar a causa de pedir imediata complexa, como tal a constituída de fatos jurídicos interdepen-

dentos, em conexão interna, ou a constituída de tais fatos jurídicos, em conexão externa.

A conexão de fatispécies, critério adotado por Enrico Allorio³³ para a extensão da coisa julgada (quando reduzia os limites subjetivos a puros reflexos dos objetivos) serve, afinal, ao Projeto, em superação dos impasses da declaratória incidente. O juiz conhece a conexão, pode provocá-la, enquanto fundamento, ao exame e crítica das partes, no contraditório ampliado. Pode o contraditório revelar a prejudicialidade, quando a decisão ganhará aptidão a produzir coisa julgada. As partes poderão suscitar pedidos sobre prejudiciais, em conexões de fatos jurídicos interdependentes, conducentes, todos, à existência da relação jurídica causa de pedir imediata, assim como poderão deduzir pedidos sobre relações jurídicas outras, condicionantes da existência da relação controvertida na ação principal.

A prejudicialidade ganha, finalmente, definitivos, amadurecidos contornos, adstrita ao mérito.

Se se pode resolver a coisa julgada sobre a prejudicial pelo mesmo critério aplicável às prejudiciais lógicas, não significa que a natureza da questão não venha a exame. Apenas a identificação das questões prejudiciais que devam ser expressamente decididas reclama a técnica processual acentuada.

É exatamente a possibilidade de condicionamento, decorrente da solução de uma questão de mérito ou de mérito conexo, que leva o juiz a produzir a preclusão progressiva, da *cognitio ao iudicium*.

13. CONCLUSÃO

O Projeto de CPC torna a braços a tarefa de estender a coisa julgada às questões prejudiciais expressamente decididas. Tais são as que, sob provocação do juiz ou por iniciativa das partes, figurem entre os pontos controvertidos fixados mediante colaboração entre o julgador e os litigantes. Torna, pois, o Projeto o processo em colaboração, em aliança útil dos princípios dispositivo e inquisitivo, de modo a superar

³³ ALLORIO, Enrico. *La Cosa Giudicata rispetto ai Terzi*, ristampa. Milano: Giuffrè, 1992, p. 71.

a necessidade de ação declaratória incidente, o que se alcança com a duplicidade geral das ações.

14. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALLORIO, Enrico. *La Cosa Giudicata rispetto ai Terzi*, ristampa. Milano: Giuffré, Milano, 1992.

ARRUDA ALVIM, José Manoel. *Ação Declaratória Incidental – Direito Processual Civil – 3. Estudos e Pareceres*. São Paulo: RT, 1995.

ARRUDA ALVIM, José Manoel. *Notas sobre o Projeto de Novo Código de Processo Civil*. In: *RePro*. São Paulo: RT, n. 191.

BRASIL. Exegese do Novo Código de Processo Civil, Conclusões do Simpósio de Curitiba. In: *RT* 482/271.

BÜLOW, Oskar Von. *La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*. Trad. esp. Buenos Aires: EJEJA, 1964.

CALAMANDREI. *Il Concetto di Lite nel Pensiero di Francesco Carnelutti. Opere Complete*. Napoli: Morano, 1965.

CALAMANDREI. *La Relatività del Concetto di Azionen*. Opere Complete. Napoli: Napoli, vol. I, 1965.

CARNACINI, Tito. *Tutela Giurisdizionale e Tecnica del Processo. Studi in Onore di Enrico Redenti*. Milano: Giuffrè, 1951.

CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. Padova: CEDAM, 1926, ristampa 1986, vol. IV.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e Tecnica del “Giusto Processo”*. Torino: Giappichelli, 2004.

COSTA CARVALHO, Luis Antônio da. *Declaração Incidente. Revista Brasileira de Direito Processual*. Uberaba: Vitória 1975.

CUNHA CAMPOS, Ronaldo Benedito da. *Limites Objetivos da Coisa Julgada*, 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1988.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *A Ação Declaratória Incidental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

IRTI, Natalino. *Enrico Allorio e La Scuola Bettiana. L’Opera di Enrico Allorio fra Teoria Generale e Sensibilità Storica*. Padova: CEDAM, 2004.

LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo – *Direito Processual Civil Brasileiro*, Vol. III, RT, São Paulo, 1945.

LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: RT, 1945, vol. III.

MENESTRINA, Francesco. *La Pregiudiziale nel Processo Civile*. MILANO: Giuffrè, 1963.

MONTESANO, Luigi. In tema di Accertamento Incidentale e di Limiti del Giudicato. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1951.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil Brasileiro*, tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

PUGLIESE, Giovanni. Giudicato Civile. *Enciclopedia del Diritto*. Milano, 1969, vol. XVIII.

RODRIGUES, Walter dos Santos. *Reflexões sobre os Poderes do Juiz a partir do Projeto do Novo Código de Processo Civil. O novo Código de Processo Civil – O Projeto do CPC e o desafio das garantias fundamentais*. São Paulo: Campus Jurídico, 2013.

TIRONI, Romero Cometti. *Teoria da Prejudicialidade e o Projeto do Novo Código de Processo Civil*. In: RePro. São Paulo: RT, 2013, v. 216.

8

A TECNOLOGIZAÇÃO DO DIREITO E SEUS MALES

Luís Carlos B. Gambogi¹

RESUMO

Neste trabalho, ao tempo em que fazemos crítica ao modelo científico-tecnologizante, sustentamos que o ideal para a nossa civilização seria construção de uma cultura científico-humanista que conjugasse e equilibrasse razão teórica e razão prática, a lógica e o coração. Pensamos que não mais faz sentido alimentarmos a cisão que se deu entre elas a partir do século XVIII, dois excessos, em verdade.

Palavras-Chave: Ciências Humanas. Ciência e Tecnologia.

ABSTRACT

In this work, while we critique the scientific-tecnologizante model, we hold that the ideal for our civilization would be to build a culture in which combines science and humanity, in order to balance theoretical reason and practical reason, logic and heart. We do not think that makes sense to nourish the split that occurred between them from the eighteenth century, two excesses, in truth.

Keywords: Humanities. Science and Technology.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O homem, a sociedade e a tecnologia. 3. Direito e tecnologia. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.

¹ Doutor em Filosofia do Direito pela UFMG. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

1. INTRODUÇÃO

As conquistas científicas e tecnológicas produzem um extraordinário abalo no mundo e na vida. O Direito, naturalmente, como está no mundo e na vida, não escapa às consequências desse impacto. Este artigo levanta o tema e convida o leitor a participar de sua reflexão.

Esclareço que ninguém me lavou o cérebro. Fiel às minhas convicções, expresse-me com paixão; se exprimo equívocos, só comprometo a mim mesmo. Pretendo que minha reflexão venha a perturbar intelectos que dormem venha a demonstrar que qualquer que seja a sociedade, qualquer que seja o ordenamento jurídico positivo, quer o queiram quer não os reféns do cientificismo jurídico, justiça e segurança, ordem e liberdade, continuam a se impor como exigências inafastáveis do Direito.

2. O HOMEM, A SOCIEDADE E A TECNOLOGIA

Nossos conhecimentos fizeram-nos céticos; nossa inteligência, empedernidos e cruéis. Pensamos em demasia e sentimos bem pouco. Mais do que de máquinas, precisamos de humanidade. Mais do que de inteligência, precisamos de afeição e doçura. Sem essas virtudes, a vida será de violência e tudo será perdido. (Charles Chaplin, em o Grande Ditador).

O conceito de ideologia, denegrado pela direita e considerado obsoleto pela esquerda e pelos pós-modernos, encontra-se por isso mesmo à margem do debate e da reflexão contemporânea. No entanto, mais que um mero conjunto de ideias, valores e crenças, a questão da ideologia está diretamente ligada ao poder, à legitimação do poder. De minha parte, tal qual denunciado por inúmeros autores (Heidegger, Marcuse, Gadamer, Anna Harendt, Habermas, Edgar Morin, Paul Ricoeur, dentre outros), estou em que as sociedades atuais encontram-se obnubiladas, entorpecidas e dominadas pela ideologia científico-tecnológica. Trata-se de uma forma de poder, a tecnocracia, que oculta sua condição de poder, que dissimula que é poder enquanto procura moldar e constituir o organismo social.

Poder-se-ia dizer que a tecnocracia é a modernização do estamento burocrático. A principal diferença entre ambos está em que, no Es-

tado burocrático, as forças econômicas e políticas não se sobrepõem umas às outras, ao contrário, elas se aliam para gestar o patrimonialismo; no Estado tecnocrático, ainda que o objetivo final permaneça, a técnica se sobrepõe aos poderes político e econômico. Continuam substancialmente incólumes as estruturas, porém, a passagem do estamento burocrático ao tecnocrático gera um novo poder, fundado no domínio do conhecimento específico, que se impõe ao político e ao econômico, tornando-se o próprio poder estatal.

Tudo tem início quando a cultura, criação e extensão do homem, que compreende um todo, em razão de mecanismos sociais e históricos, passou por uma espécie de cisão. De um lado, posicionaram-se os saberes vinculados às ciências humanas (educação, política, literatura, música, filosofia, direito, etc.) e, de outro, enfileiraram-se os ramos ligados à ciência e à tecnologia, como que em mundos opostos. Para a técnica, as ciências humanas são inúteis; para as ciências humanas, a técnica não pensa. O diálogo entre ambos tornou-se difícil em qualquer direção e, não raro, ramos da área de humanas desertaram de seus quadros para aderir ao lado oposto. Colhemos, como resultado dessa cisão, uma realidade em que as ciências humanas, às quais cabe dar uma direção às áreas ligadas à ciência e à tecnologia, terminaram reféns de uma realidade em que é a ciência-poder a responsável pelas decisões que fertilizam o óvulo do futuro.

A cultura humanística é uma cultura genérica, que, pela via da filosofia, do ensaio, do romance, alimenta a inteligência geral, enfrenta as grandes interrogações humanas, estimula a reflexão sobre o saber e favorece a integração pessoal dos conhecimentos. A cultura científica, bem diferente por natureza, separa as áreas do conhecimento; acarreta admiráveis descobertas, teorias gerais, mas não uma reflexão sobre o destino humano e sobre o futuro da própria ciência. (MORIN, 2009, p. 17)

A tecnociência, filha diletta do racionalismo, não dignifica a razão na medida em que se fecha em torno de si mesma, é instrumental, impermeável à razão prática, à razão que indaga qual o conteúdo do fim pensado, do fim perseguido, sem a qual a racionalidade é desumana porque dissociada das questões inerentes à condição humana. Em verdade, a poeira levantada pela técnica nos impede de ver o céu estrelado, a morada das ideias, do pensamento pensado porque a tecno-

ciência produz a quantificação, a matematização do real e a desqualificação do pensamento, ao tempo em que quer nos fazer crer, por meio de um engodo, que a liberdade assistida, tutelada pela racionalidade matemática, é mesmo a liberdade. Disso decorre essa nossa quase incapacidade em interpretar as transformações produzidas pelos fatos e essa nossa impotência intelectual diante da força dos fatos, circunstâncias que comprometem os movimentos da vida.

No afã de matematizar o campo deliberativo da racionalidade, a ideologia tecnologizante parece saber que só avança na medida em que consegue evitar ou eliminar as possibilidades do uso prático da razão como recurso do pensamento. Ora, eliminar o uso prático da razão implica expulsar do território do conhecimento, a vontade, a racionalidade ética e política, enfim, a liberdade. Plenamente vitoriosa, construiria uma realidade em que agiríamos mediante meros cálculos de probabilidade; portanto, não teríamos mais dificuldades em lidar com a pluralidade, a variedade e a complexidade dos acontecimentos e da vida porque não mais seríamos capazes de fazer julgamentos, estimativas, não seríamos capazes de nos dar uma política, uma moral, um ideal. Seríamos pessoas que operam em nome dos meios, sem se ocuparem com os fins, pessoas aptas a mudar os métodos, nunca os objetivos. Sob o comando de espíritos mecânicos, numa situação em que esses triunfaram sobre os espíritos talentosos e os dotados de sentimento, as civilizações ingressariam no território do pior inimigo da alma: a indiferença, a frieza. Nesse momento, fora da vida estariam a sensibilidade, o equilíbrio e a humanidade. Viveríamos sob o jugo das prescrições estreitas, presos, como moscas, a uma teia ideológica grudenta, surda e estéril. Em verdade, não viveríamos, seríamos fantasmas de um mundo onde os espíritos mecânicos triunfaram.

Não se vá aqui concluir que nos opomos às conquistas da revolução tecnocientífica, que resistimos às contínuas invenções técnicas. Não! Apenas insistimos em que não se podem dar ao preço da liberdade e dos ideais humanitários, não podem afastar o homem do comando do real, sob pena de aprofundarmos nossa queda nesta realidade reificada, vazia, alheia aos fins e subjugada aos meios pela tirania da eficácia. Sustentamos que o ideal para a nossa civilização seria construção de uma cultura científico-humanista que

conjugasse e equilibrasse razão teórica e razão prática, a lógica e o coração. Pensamos que não mais faz sentido alimentarmos a cisão que se deu entre elas a partir do século XVIII, dois excessos, em verdade.

Essa dissociação, essa desunião entre o pensamento científico-tecnológico e o pensamento humanista afasta, do campo do conhecimento, a força da interrogação e da reflexão, que são próprias das humanidades, ao tempo em que obsta o pensamento humanístico de conviver com as conquistas das ciências. Trata-se de um equívoco cultural que precisamos corrigir. No mundo contemporâneo, mais que só produzir ciência e tecnologia, é preciso pensar, pensar e exprimir o pensamento de modo que estejam conjugados o saber científico e o saber humanístico, ciência e reflexão. Essa cisão cultural a que nos referimos é um equívoco que culmina na alienação do cientista e no distanciamento do homem de formação humanista do saber científico. Em verdade, pouco ou nada pode sem a outra. Possuem mais afinidades que dissonâncias. É necessário que desenvolvam canais de comunicação entre si. É necessário, para um diálogo entre os dois saberes, que as ciências humanas desenvolvam um amor crítico imoderado pela ciência e pela tecnologia, superando qualquer forma de maniqueísmo ou fobia; e, por outro, que a ciência e a tecnologia se enamorem de seu crítico e se apaixonem pelo que odeiam.

Importante neste momento da história humana levar ao banco dos réus a absolutização da tecnologia e, ao mesmo tempo, inventar novos saberes e direitos que nos protejam das garras da ideologia tecnolizante. Tornou-se imperioso, para todos nós, restaurarmos o equilíbrio perdido, tornou-se necessário superarmos o abismo que separa as ciências sociais e humanas de outros ramos do saber científico, construindo pontes entre elas. O inaceitável é termos, de um lado, o pensamento técnico que não para, nunca pára, e, de outro, paralisado o pensamento que reflete, que medita sobre o que existe e sobre o que pode vir a existir. O desenvolvimento científico e tecnológico deve vir acompanhado do desenvolvimento político e moral do homem, sob pena de que nossa civilização quebre o seu centro de gravidade. Se o homem cria as ciências, é seu dever pensar o destino humano numa sociedade que assassina as humanidades para que triunfe a cientifici-

dade, que obsta o bom uso da razão humana nas questões científicas e exalta o mau uso das razões científicas nas questões humanas.

3. DIREITO E TECNOLOGIA

“Um mundo ganho para a técnica está perdido para a liberdade.” (Bernanos).

Não negamos que nós, que lidamos com o fenômeno jurídico, lidamos com uma Ciência. O Direito é, sim, uma ciência: tem o seu objeto recortado, definido, e tem uma linguagem própria. Porém, não compõe o núcleo duro das ciências, o núcleo formado pelas ciências naturais, cujos enunciados, além de demonstráveis, não admitem exceções. O Direito se situa no campo das disciplinas sociais humanas, é uma ciência prática, tem conteúdo axiológico, possui finalidade. Seus enunciados não são demonstráveis e suas teorias não possibilitam a previsão ou o conhecimento antecipado do resultado. Enunciados jurídicos funcionam como princípios, como pontos de largada; a partir deles são desenvolvidos juízos práticos, argumentações, razões que vão além dos juízos lógicos, razões que pressupõem a experiência, o tato, a sensibilidade, o amadurecimento moral e intelectual do cientista.

Lidamos com uma ciência deliberativa-cognitiva. Nosso saber se relaciona com as coisas humanas que reclamam finalidade; para nós, o conhecer não se basta a si mesmo; para nós, que estamos no campo jurídico, o conhecer é fundamento para a ação, é pressuposto à decisão, para o agir no mundo, é luz que ilumina os passos da liberdade. Por essa razão as humanidades são, para a Ciência do Direito, ainda mais importante do que para outros ramos do saber humano. A arte de interpretar leis exige mais que ciência e técnica porque pela moldura jurídica não passam bois, passam homens, com suas vidas, com suas finitudes, com suas circunstâncias; com efeito, somente entranhando a Ciência na sabedoria, embebendo-a de razão e de sensibilidade, poderemos compreender a altura, a extensão, a profundidade, o peso e a humildade do Direito. (GAMBOGI, 2005, p. 1)

No fundo, a ideologia tecnologizante busca substituir a interpretação da ordem jurídica, que deve ser feita por homens de uma formação ampla e completa, pela instrução perfunctória dos especialistas.

Ora, a técnica – cabe recordar – se resume a um conjunto de procedimentos e de instrumentos excogitados pelo homem para realizar algo. É saber, mas é saber aplicado; portanto, a técnica não pensa, é fruto do treino, do adestramento. Em verdade, quando se confunde técnica e ciência, a cognição com o aprendizado de técnicas necessárias à produção, confunde-se causa e efeito, confunde-se o saber com o fazer. A forte presença da ideologia tecnologizante, eis a razão pela qual a cultura humanística evaporou-se do território jurídico,

É preciso, não obstante, reconhecer o esforço do Ministério da Educação do Brasil, que agora procura recuperar o tempo perdido, como estampa a Resolução CNE/CES n. 9, de 29 de setembro de 2004, art. 3º, *in verbis*:

O curso de graduação em Direito deverá assegurar, no perfil do graduando, sólida formação geral, humanística e axiológica, capacidade de análise, domínio de conceitos e terminologia jurídica, adequada argumentação, interpretação e valorização dos fenômenos jurídicos e sociais, aliada a uma postura crítica que fomente a capacidade e a aptidão para a aprendizagem autônoma e dinâmica, indispensável ao exercício da Ciência do Direito, da prestação da justiça e do desenvolvimento da cidadania.

Também CNJ, por meio de resolução, passa a exigir que os concursos para ingresso na magistratura contemplem as humanidades, razão pela qual o candidato deverá demonstrar que detém conhecimento nesse campo (sociologia jurídica, ética, psicologia jurídica, etc.). O Professor Gerson Boson, que ajudou a formar inúmeras gerações no campo do Direito, bem antes do MEC e do NCJ, advertia do descaminho:

[...] Disciplinas relativas à estrutura das instituições públicas e privadas, que fazem a substância jurídica da sociedade em que vivemos e atuamos, e bem assim vivem e vão atuar os concluintes do curso, foram relegadas, afastando-se a sua evidente prioridade – ao contrário do que se fazia anteriormente no magistério do Direito – para dar relevante lugar às disciplinas instrumentais, adjetivas, que promovem a ilusão de um saber utilitarista no âmbito da escolaridade, com o imediatismo do como fazer, sem os conhecimentos essenciais relativos ao que fazer e por que fazer, saber este que, na verdade, é o que responde, efetivamente, pela consciência do jurista. (BOSON, 1996, p. 3)

A principal razão é simples: é que o Direito é produto da interpretação que fazemos dos textos normativos. Não está no texto, nem fora dele. A razão está em que todo texto normativo contém sentidos que só podem ser determinados mediante a interpretação que dele fazemos, no momento situacional e pessoal em que o fazemos, o que faz, de nossa peleja, uma ciência hermenêutica em que nunca haverá um sentido definitivo. Toda interpretação sempre será uma entre as várias possíveis, às quais devemos respeitar, com as quais devemos conviver. O fenômeno, se assusta os que adoram viver sob a certeza e o dogmatismo, alegra os que temem as ditaduras, inclusive a teórico-jurídica.

A exemplo do positivismo jurídico, o direito tecnológico é um direito desencantado, privado de sentido, blindado por uma lâmina de aço que o aparta dos propósitos da justiça, que o desconecta da filosofia moral, da filosofia política, e das humanidades. Nunca é demais repetir que o Direito existe para servir ao homem e à vida. Para operar o seu milagre necessita de vida e de humanidade, pressupostos que sua tecnologização afasta na medida em que o cobre com o manto de chumbo da insensibilidade. E, sem a sensibilidade, a inteligência humana perde seu olhar prospectivo e torna-se cega à diversidade, à singularidade na diversidade e à graça dos valores humanos. É insustentável crer numa Ciência amoral e apolítica, como se as ciências nada tivessem a ver com a sociedade. Não por outra razão quer o positivismo quer cientificismo repelem qualquer teoria que queira aproximar o fenômeno jurídico da sociedade, da moral e da política. É por tal razão que somente após se superar a leitura positivista ou cientificista do Direito será possível ver, com clareza, a índole ética e política do fenômeno, virada fundamental e inadiável se se quer construir a genuína realidade democrática, vez que o Direito é a consciência normativa do agir humano, elemento disciplinador das ações humanas na *polis*, e que, portanto, tem natureza pública.

No Direito, a ideologia científico-tecnológica acaba por afastar o estudo do fenômeno jurídico de outras áreas do saber, áreas essas que lhe são complementares, afetando, de forma negativa, a interpretação e a fixação do Direito porque a técnica, como conhecimento do Direito Positivo, converte-se na própria dogmática jurídica. O tecnicismo jurídico, ao tempo em que produz a ignorância interdisciplinar do intérprete, reproduz, necessariamente, um intérprete socialmen-

te míope; ao tempo em que se limita a fazer do intérprete um mero parafrasedor dos textos normativos, reproduz um rele tecnológico de tecnologia extraída da dogmática, prática que exclui ou pretende excluir o uso prático da razão na lida hermenêutica. Ora, o Direito não é mera técnica, nem se reduz à teorização científica. Além desses dois elementos, que lhe são indispensáveis, é em seus fundamentos e no seu conteúdo intelectual de seus intérpretes que o Direito encontra razões para se perenizar sem deixar de atender aos fins a que destina

Não é à toa Paulo Queirós denuncia o gravíssimo problema experimentado pelo ensino jurídico que,

ligado a um modelo pedagógico autoritário, no mais das vezes privilegia a memória, a repetição e a uniformidade de pensamento, em prejuízo da inteligência, da imaginação e da diversidade, e assim desencoraja a formação crítica e aniquila a individualidade. Falta com frequência o essencial: a formação de espíritos capazes de pensar por conta própria, mesmo porque ensinar não é transmitir informação, mas criar condições para a produção do conhecimento. (QUEIRÓS, 2010, p. 264)

Estamos em que a legitimidade do Estado Democrático de Direito pressupõe, necessariamente, a superação do positivismo e do tecnicismo jurídico, tarefa que vem sendo realizada com razoável êxito pela teoria, mas pressupõe, também, a superação da metodologia tecnologicizante que lhe é ínsita, para que se complete o giro epistemológico perseguido. É que o positivismo, em sua essência, se assenta na cientificidade do Direito e na metodologia extraída dos paradigmas desenvolvidos no âmbito das ciências naturais. Equivocada e perigosa essa concepção metodológica, que seduz inúmeros teóricos do Direito que adorariam viver sob a certeza. Estão eles convictos de que, pela racionalidade tecnológica, será possível substituir a lógica jurídica dos homens pela administração das coisas, de modo que a técnica assumira o papel de razão solucionadora dos conflitos, inaugurando, assim, a ordem jurídica da previsão e do cálculo.

Ainda mais preocupante o fato de que os intelectuais, dos quais se poderia esperar uma reação poderosa, altiva, parecem atordoados, batidos, nocauteados ou cooptados. Nas universidades, por exemplo, a mentalidade cientificista imprime uma espécie de compressão tecnologicizante do processo de construção do conhecimento, num processo

em que pesquisar passa a se sucumbir à técnica, em que o fazer, em que o saber fazer, converte-se no único objetivo do ensino, em detrimento do porque se está fazendo, e, portanto, desprezando-se os fundamentos do que é feito. A consequência é que o Direito torna-se mera forma lógica, uma abstração teórica, um conjunto de técnicas de controle social.

Não infreqüentemente, os técnicos do direito (a doutrina em especial) se põem a criar e sofisticar conceitos e institutos com absoluta independência da realidade, sem nenhuma relevância prática ou mesmo teórica ou acadêmica. A técnica, que deveria ser um meio a serviço do justiça, converte-se num fim em si mesmo. (QUEIRÓS, 2010, p. 264)

Verifica-se que a compreensão tecnologizante do Direito leva à sua desidratação, à perda de sua substância política e moral, à desvitalização do fenômeno jurídico. Nessa perspectiva, o Direito passa a ser entendido como mera técnica de administração dos conflitos, que privilegia a efetividade e a operacionalidade em detrimento da legalidade e da legitimidade. Como as soluções são técnicas, as pessoas passam a ser meros dados, meras peças de uma maquinaria de índole pragmática e técnica. Resistentes ao seu papel social, o Poder judiciário técnico nega-se a considerar o compromisso que tem com a justiça e, desse modo, espera blindar sua consciência e se proteger das naturais e inevitáveis reflexões morais e políticas requeridas pelo adequado exercício da função jurisdicional. O resultado dessa opção é o seu distanciamento da sociedade e a conversão do próprio poder numa máquina antidemocrática, programada para fazer com que seres humanos se sujeitem a uma racionalidade abstrata, que maltrata o mundo real e concreto das pessoas, e que faz, da lei, um instrumento contaminado apto a infeccionar os conflitos sociais, ao invés de curá-los. Ora, assim como o homem, o homem grande, sabe que a ciência e a técnica devem estar a serviço de uma política, de um ideal, de uma moral, do mesmo modo, o cientista do Direito deve saber que o jurídico só é verdadeiramente jurídico se estiver a serviço do valor justiça.

O Direito tecnocrático, por não tolerar razão alguma, quer ao seu lado quer acima, recorda uma razão que dorme porque desestimula e desencoraja o pensamento. Sob a perspectiva tecnologizante o próprio estudo do Direito converte-se numa tarefa tediosa porque, apegado a

conceitos jurídicos abstratos, distancia-se da vida. E, se se pensa que em assim procedendo poderemos contar com um Judiciário melhor, recordamos que

também por isso (distinção entre técnica e justiça), segue-se que uma boa formação técnico-jurídica não constitui garantia de profissionais (juízes, promotores, advogados, etc.) justos, mesmo porque podem ser, não obstante a excelência técnica, corruptos, preguiçosos, insensíveis, covardes, etc. E uma boa interpretação, na arte como no direito, além de técnica e razão, requer talento e sensibilidade. (QUEIRÓS, 2010, p. 263)

Estamos em que, mais que fruto de seu desenvolvimento científico e tecnológico, o Direito é produto do desenvolvimento da racionalidade ética que, ao longo dos séculos, penetra o coração das lutas sociais e políticas. Não pode, assim, o Direito, se reduzir à técnica: o Direito é mais que isso, o Direito reflete ou deve refletir o sentido histórico do justo e, portanto, não há como aplicá-lo senão inserindo o valor justiça no sistema jurídico. É preciso que se compreenda que interpretar o Direito Positivo considerando o seu conteúdo ético e político não só é possível como desejável. É que, em sendo um produto da cultura, sua interpretação e sua fixação só goza de legitimidade se incorpora os valores democraticamente eleitos pelo corpo social em que está sendo interpretado e aplicado.

O Direito é cultura e toda cultura possui bases axiológicas. Trata-se de uma concepção do mundo estruturada num sistema de valores hierarquizados, sempre inseridos, sempre entalhados, sempre grafados no próprio Direito, como seu conteúdo, como sua filosofia. Não é à toa Joaquim Carlos Salgado enfatiza a importância do estudo e aplicação do direito à luz da sensibilidade intelectual ou uso prático da razão se se quer produzir o justo. Ei-lo:

A Filosofia do Direito não é, pois, um conhecimento do direito natural, o que caracterizaria um pré-conceito. É filosofia a partir do direito positivo, na medida em que objetiva encontrar a sua inteligibilidade última, a sua justificação radical. É, ainda, o momento do conhecer filosófico, pelo qual o direito positivo é posto diante do tribunal da razão. Ela tem, portanto, uma dimensão teórica e, ao mesmo tempo, prática. É teórica porque busca a inteligibilidade da forma de expressão cultural que é o direito; é

prática por ser também uma constante reflexão crítica no sentido de fazer o direito cada vez mais justo, no sentido de submetê-lo constantemente ao tribunal da razão. (SALGADO, 1996, p. 23-24)

O Direito não é nem pode ser insensível aos valores porque fundado em valores. Nasce e se movimenta no ambiente axiológico da cultura que o concebe, razão pela qual tangido pelos valores sociais, éticos, políticos e econômicos que o impregnam. No entanto, por mais elevada que seja a pauta axiológica de uma sociedade, por mais que estes valores estejam entranhados na ordem jurídica positiva, sempre haverá um abismo entre a sociedade e o Direito se os intérpretes, os magistrados, os cientistas e os professores, operando com a ideologia tecnologizante, mostram-se indiferentes aos fins a que aspiram esses mesmos valores. Daí porque o Direito, não obstante demande uma análise ontológica e epistemológica, só pode ser compreendido, em sua integridade, se o processo de formação do conhecimento jurídico mergulhar e transitar pela realidade econômica, política, social, cultural, assentado no tripé ensino-pesquisa-extensão, de modo a juridicizar a realidade e a incorporar, ao jurídico, o que está no mundo.

O problema central do mundo jurídico na atualidade não se situa no campo da justiça abstrata porque, numa sociedade democrática, temos a lei, temos a Constituição, nosso padrão objetivo de justiça. Nossa questão central está na dogmática e na metodologia jurídicas. É que ambas, influenciadas pela epistemologia tecnologizante, teimam em desprezar a sensibilidade ou o uso prático da razão durante o processo hermenêutico. Como esclarece Joaquim Carlos Salgado,

a consciência jurídica como consciência no interior da razão prática pressupõe a dialética da consciência teórica, pela qual se realiza como razão. É a partir daí que é possível a razão prática, em cujo âmbito está a consciência moral e a consciência jurídica está como resultado da consciência ética. (SALGADO, 2001, p. 36)

Na ciência e na arte de interpretar leis, se, por um lado, a Ciência reprime o coração, a sensibilidade ou a razão prática, triunfa a razão cega quanto aos fins, a má ciência, o cientificismo, a crença irracional na verdade científica; se, por outro, o coração opera sem a Ciência, triunfa a falta de lógica, de cientificidade. Já dissera Pascal: “há dois excessos, excluir a razão, só admitir a razão.” Devemos ter em mente, sempre, que

não se trabalha adequadamente o Direito se se tem razão e coração em campos opostos, como se fossem dois gladiadores na arena, um querendo eliminar o outro. Não! O Direito somente avança, progride, se, ao invés de se digladiarem, razão e coração se completem. Que a razão não invada os domínios do coração, que o coração não queira usurpar a autoridade da razão. Para que prevaleça o equilíbrio, a justa medida, o coração deve iluminar a razão no que toca aos fins e deve, a razão, instrumentalizar o coração no que toca aos meios. A verdade é que, em Direito, nada de grande se faz só com a razão ou só com o coração.

Não é à toa que nos batemos no sentido de que é preciso enfrentar e desconstruir um mito criado pelo cientificismo jurídico, o de que o Direito, desde que trabalhado sob rígidos critérios científicos, desde que compreendido em sua logicidade pura, aborta os elementos éticos, políticos, econômicos, ideológicos e históricos que nele penetram. Esse mito, em nada ajuda nossa Ciência, ao contrário, oculta sua verdadeira natureza e realidade, leva-nos a negligenciar elementos centrais do discurso jurídico. Passa a haver um esforço no sentido de que o conhecimento jurídico seja pensado de maneira quantitativa, transformado em linguagem computacional, de modo a neutralizar o papel do uso prático da razão na solução dos conflitos. O que se quer – cabe repetir – é substituir a interpretação da ordem jurídica, feita por homens de uma formação mais ampla e completa, pela instrução perfunctória dos especialistas, repletos da insensibilidade e da indiferença das máquinas. Não é à toa que o tecnicismo jurídico insiste em nos dizer que pensar a justiça implica pensar em um problema mais político do que jurídico, como que pretendendo nos esconder que pensar a justiça, enquanto valor intrínseco à normatividade, é um problema mais jurídico do que político.

Estou convencido de que se tornou imperioso, inadiável, categórico, a reabilitação do tema da eticidade e da politicidade no Direito; conseqüentemente, da democracia e do espaço público. Seja para responder ao tecnicismo ou ao positivismo jurídico, que se abstém de enfrentar o tema, seja para responder ao pensamento anárquico, que o repele, tornou-se fundamental entre nós a consciência de que está na legitimidade o que uma ordem de Direito e de Estado necessitam para que se imponham sob as condições e os critérios da autoridade normativa justa e legítima.

Conforme sustenta Otfried Höffe,

cada um a seu modo, ambos os lados, o positivismo do direito e do Estado e o anarquismo, põem em dúvida o sentido e a possibilidade de um discurso sobre justiça. E esta dupla dúvida não se tornou hoje sem objeto. Visto do ponto de vista prático-político, um discurso de justiça se compreende certamente por si mesmo. Pois um mundo em que impera a justiça é, no presente, não menos que antigamente, um pensamento-guia da época: quer se defendam os direitos humanos, quer se procure a sua libertação de poderes estranhos, quer se exija mais participação, a igualdade da mulher ou um mundo mais seguro de ser vivido também para as gerações futuras – estas metas e, ocasionalmente, também pontos em debate da política atual, são determinados expressa ou tacitamente por uma idéia de justiça. (HÖFFE, 2001, p. 6-7)

O fundamento moral e político do direito é inequívoco. Daí a sua força, a sua fúria, a sua identidade e a sua legitimidade. Só não o enxergam o obtuso e o que tem formação deficiente. O Direito está entre as criações necessárias da inteligência humana, o qual se renova continuamente com os movimentos da realidade. Tem de ser perene a mudança para não se tornar daqueles males que se transmitem de geração em geração. É produto de uma delicada relação entre norma e vida. Direito é fenômeno lógico-ético, cultural, é obra do homem, seu conteúdo é histórico; é produto de um processo dialético em que se constitui e se desconstitui, no tempo e no espaço, vez que abriga uma tensão continua entre a liberdade humana e os valores que a vida social exige.

4. CONCLUSÃO

O cientista do Direito, não obstante necessite de Ciência e da técnica, não deve, nem pode ser prisioneiro das tecnologias porque as verdades jurídicas não estão nos significados dos códigos alheios à vida e, sim, no sentido que conquistam ao se dialetizarem com as coisas e os eventos humanos. O direito possui finalidade; a técnica, embora indispensável, é apenas um meio. É que o Direito é vida e, se a vida se torna uma abstração lógica, se assume a linguagem ideológica da tecnociência, termina por prestigiar a indigência moral, por prestigiar a frouxidão dos vínculos sociais e por esclerosar a liberdade.

Em verdade, a própria linguagem empreendida pela ideologia científico-tecnológica deriva de prescrições lógicas que ignoram as experiências concretas da vida e acaba por enfraquecer nosso poder de análise e a nos “proibir” de pensar a própria experiência tecnologizante e sua lógica autoexplicativa. Ora, um fenômeno como o jurídico não pode prescindir dessas análises porque interpretar implica estabelecer relações entre a vida, o texto e o intérprete, que se intercambia, que trocam energia entre si, vez que o discurso jurídico se materializa no contexto da vida social, sob o impacto de outros sistemas sociais.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, Theodor; W.HORKAIMER, Max. *Dialética do esclarecimento*: fragmentos filosóficos. Trad. Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 2006.

BOSON, Gerson de Britto Mello. Pela Formação do Jurista. *Revista Plural*. Belo Horizonte: Fumec, ano VI, n. 10, maio/96, p. 3.

DUPAS, Gilberto. *Tensões contemporâneas entre o público e o privado*. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. Técnica, decisão e dominação. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

GAMBOGI, Luís Carlos B. *Direito: razão e sensibilidade*. As intuições na hermenêutica jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, FCH-Fumec, 2005.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichker – UGF. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, t. II.

HÖFFE, Otfried. *Justiça Política. Fundamentação de uma filosofia crítica do Direito e do Estado*. Trad. Ernildo Stein. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

MORIN, Edgar. *A Cabeça Bem-Feita*. Repensar a reforma e Reformar o pensamento. Trad. Eloá Jacobina. 16. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009.

QUEIRÓS, Paulo. *Crítica da razão técnico-jurídica*. Direito Penal na Atualidade. Estudos em homenagem ao Prof. Jair Leonardo Lopes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ROSZAK, Theodore. *A contracultura*: reflexões sobre a sociedade tecnocrática e a oposição juvenil. Trad. De Donaldson M. Garschagen. Petrópolis: Vozes, 1972.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia do Direito em Hegel*. São Paulo: Loyola, 1996.

SALGADO, Joaquim Carlos. Experiência da Consciência Jurídica em Roma. *Revista do TCMG*, Belo Horizonte, n. 1, v. 36, jan./mar. 2001.

9

AUTONOMIA CONSTITUCIONAL DA RESPONSABILIDADE POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E SEU REFLEXO NAS INFRAÇÕES E SANÇÕES DA LEI N. 8.429/92

Nereu Ramos Figueiredo¹

RESUMO

O presente ensaio pretende discutir a autonomia Constitucional da responsabilidade por improbidade administrativa, distinguindo-a das responsabilidades civil, penal e administrativa. Destaca que a vedação da prática de atos de improbidade administrativa, é a concretização do princípio republicano, e seus corolários de moralidade e impessoalidade na função pública. O caráter da Lei de Improbidade tem feição primariamente punitiva e secundariamente reparatória dos agentes públicos. Invoca que nos critérios para aplicação das sanções previstas na LIA, destacam-se os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, capazes de tornar possível a individualização da sanção, que deve ser justificada e devidamente fundamentada, com obediência do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. Por fim, enfatiza a natureza de intimação do ato de citação, após o recebimento da inicial, em obediência ao modelo constitucional do processo civil e ao princípio da economia e da eficiência processuais.

¹ Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Pouso Alegre-MG. Pós-graduado em Direito Civil, Processo Civil e do Trabalho pela Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre-MG.

Palavras-Chave: Autonomia Constitucional. Improbidade administrativa. Responsabilidade civil. Princípio republicano. Razoabilidade. Proporcionalidade. Ampla defesa. Devido processo legal. Eficiência.

ABSTRACT

This essay discusses the constitutional autonomy of the liability for administrative misconduct, distinguishing it from civil, criminal and administrative ones. It emphasizes that the ban on acts of administrative misconduct is the accomplishment of the republican principle and its corollaries of morality and impersonality in the public office. The character of the Administrative Misconduct Act has primarily punitive form and secondarily remedial as to the public agents. It evokes that in the criteria for the application of the sanctions provided in LIA, the principles of reasonability and proportionality are highlighted, which can make the individualization of sanctions possible, which must be duly justified and reasoned with obedience to the adversary proceeding, opportunity to be heard and due process of law. Finally, it emphasizes the nature of legal notice, the act of summons upon receipt of the initial pleading, in obedience to the constitutional model of civil procedure and the principle of procedural economy and efficiency.

Keywords: Constitutional autonomy. Administrative misconduct. Civil liability. The republican principle. Reasonability. Proportionality. Opportunity to be heard. Due process of law. Efficiency.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A responsabilidade por Improbidade Administrativa; 2.1. Autonomia Constitucional da responsabilidade por Improbidade Administrativa; 2.2. Tipificação dos Atos de Improbidade; 2.3. O elemento subjetivo. 3. Dosimetria; 3.1. Critérios de aplicação das sanções. 4. Notificação e citação – natureza jurídica. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Promulgada a Constituição Federal de 1988 e instaurado o período da democratização no país, ganha relevo a necessidade de mecanismos destinados à correção dos desvios dos agentes públicos e de terceiros que com eles se relacionam. Nesse passo, exigiu a Carta Política a responsabilização daqueles que, agindo em nome da sociedade,

contrariem os princípios fundantes da república e atentem contra a moralidade que deles se espera.

A par das responsabilidades jurídicas previstas na Carta Magna e no ordenamento jurídico em geral, civil, criminal e administrativo, a Constituição previu a responsabilização por improbidade administrativa, materializada na Lei n. 8.429/92.

A improbidade decorre da quebra do dever de probidade administrativa, da violação intencional ou involuntária, de deveres legais e ou morais que vinculam a atividade dos agentes públicos.

Destaca Fábio Medina Osório

que a correta compreensão do próprio conceito de improbidade somente é possível a partir de uma visão panorâmica da Lei n. 8.429/92, com seus múltiplos reflexos na vida pública, sem prejuízo da constatação de que o concreto conceito das cláusulas gerais (âmbito de abrangência) prevista pelo legislador torna-se possível apenas nos casos práticos, postas todas as premissas e analisados todos os fatores de legalidade e moralidade dos atos públicos.

Cumpre, portanto, além da tentativa de uma melhor compreensão do conceito e alcance da improbidade administrativa, verificar a responsabilidade dela decorrente, destacando-a das demais instâncias de responsabilidade jurídica, com relevo em sua autonomia constitucional.

2. A RESPONSABILIDADE POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Seria inadequado classificar o ato de improbidade administrativa como responsabilidade civil, porque a pessoa, agente público ou terceiro, não age em nome próprio, não se encontra numa relação entre particulares, mas atua em cumprimento de uma missão pública, porque é investido em competências previstas em lei à satisfação do interesse público.

Da mesma forma não se poderia cogitar da responsabilidade penal, porque os atos de improbidade administrativa preveem situações que não se compatibilizam com a descrição de crimes.

Afasta-se ainda a mera responsabilização administrativa, cuja apuração e sanção ocorre no exercício de função administrativa, ao

contrário da improbidade administrativa, que é apreciada e sancionada na via judiciária.

Portanto, se a improbidade administrativa, não se subsume em nenhuma das três instâncias de responsabilidade jurídicas contempladas na legislação, é de se concluir pela sua autonomia, originária da Constituição Federal.

2.1 Autonomia Constitucional da responsabilidade por Improbidade Administrativa

José Roberto Pimenta de Oliveira defende que a improbidade administrativa, enquanto esfera de responsabilidade jurídica, apresenta inequívoca autonomia constitucional, o que em tudo se reflete na forma de tratamento do tema ao se aplicar a Lei de Improbidade Administrativa.

Na Constituição Federal a expressão improbidade administrativa é encontrada no art. 15, V, que dispõe que a perda ou suspensão dos direitos políticos pode se dar pela prática de ato de improbidade administrativa, bem como no art. 37, § 4º, que prevê que os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Além do mais, o art. 1º da Constituição Federal informa que o Brasil é uma República e, assim assegurando o princípio republicano, exige um agir no exercício de função pública voltado para o interesse da sociedade e não para o interesse pessoal. O princípio republicano orienta a hermenêutica constitucional, impondo os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência como normas estruturantes à realização do interesse público. O princípio republicano, também permite a concretização do direito fundamental do cidadão em exigir proteção contra ato lesivo ao patrimônio público.

Portanto, a Constituição determinou ao agente público ou ao particular em parceria com o Estado os deveres de transparência, prestação de contas e responsabilidade. Se há recursos públicos, consistente em capital, empréstimo de bens, cessão de servidores públicos, então

é preciso transparência, no sentido de se esclarecer de que modo são utilizados.

Agindo-se em nome da sociedade, deve-se esclarecer o que se fez, de qual modo e para qual finalidade, como forma de se prestar contas à sociedade. Como o agente ou terceiro age em nome da sociedade, espera-se que possa agir com responsabilidade, devendo responder pela eventual violação da confiança que foi depositada e não correspondida.

A improbidade administrativa tem autonomia constitucional enquanto instância de responsabilidade. Representa a desconsideração da lealdade objetivamente assumida por quem lida com bens e poderes cujo titular é o povo.

2.2 Tipificação dos Atos de Improbidade Administrativa

Conforme previsão contida na Lei n. 8.429/92, os atos de improbidade administrativa, são de três espécies. Os que importam em enriquecimento ilícito (art. 9º), os que causam lesão ao erário (art. 10) e os que atentam contra os princípios da administração pública (art. 11).

Na tipificação dos atos de improbidade administrativa a lei utilizou dois modelos de técnica legislativa. No *caput* de cada artigo a lei prescreveu tipos abertos e, nos incisos, conteúdos mais precisos e determinados, embora também seja utilizada a abertura de alguns tipos.

O modelo de tipo aberto, permite o enquadramento do infindável número de ilícitos possíveis de serem praticados. Este modelo reforça o papel do Poder Judiciário na aplicação de sanções por improbidade, concretizando em cada caso os tipos abertos da legislação.

Segundo Fábio Medina Osório, “existe uma autonomia funcional do *caput* dos textos com relação aos incisos e vice-versa”, tendo complementação subsidiária entre eles.

Alguns tipos carecem de integração e remetem para outras normas jurídicas ou para certos atos administrativos, e outros tipos descrevem com precisão a conduta passível de configurar improbidade administrativa.

As condutas dos agentes públicos, de regra, são formalizados em atos administrativos, sujeitos ao cumprimento de legislações próprias,

de acordo com o seu conteúdo, e da observância dos pressupostos de validade, de competência, finalidade, forma, motivo e objeto. Então na maioria dos tipos previstos na LIA, para o reconhecimento da improbidade se faz necessária a aferição antecedente da legalidade ou pertinência à juridicidade do ato administrativo.

Como todo ato de improbidade já revela uma lesão aos princípios da administração, a desclassificação judicial do ato imputado não infringe o princípio da congruência, podendo ser reconhecido ato de improbidade diverso do indicado na inicial em ação proposta..

2.3 O elemento subjetivo

O conteúdo sancionatório da improbidade administrativa perpassa pela análise do elemento subjetivo da conduta, ou seja, dolo ou culpa para possibilitar a punição.

A culpa como elemento subjetivo para o ato ímprobo recebe algumas contestações. Uma primeira do próprio papel do legislador na concretização do comando constitucional, para dizer-se que foi além do que deveria, com ofensa à proporcionalidade e à razoabilidade pela inclusão da culpa e, uma segunda, para afirmar-se com Isabela Giglio Figueiredo que “não se pode conceber a ideia de que alguém atue com desonestidade ou de maneira corrupta, com desvio de caráter, simplesmente por negligência, imprudência ou imperícia, que são modalidades culposas”.

3. DOSIMETRIA

A sanção jurídica é a consequência que deva recair sobre um sujeito que descumpra um mandamento contido em uma norma jurídica que, no caso, protege a probidade administrativa.

O art. 37, § 4º, da CF prevê as sanções de perda da função pública, suspensão dos direitos políticos e indisponibilidade de bens, esta última sendo uma medida acautelatória.

A LIA adiciona às sanções constitucionais a perda de bens ou valores acrescidos ilicitamente, multa civil, proibição de contratar com o Poder Público e proibição de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Há uma relativa independência entre as instâncias jurídicas, penal, administrativa, civil e de improbidade administrativa.

Entretanto, a condenação criminal repercute na ação de improbidade, mas a absolvição no crime só favorece o réu, se o juiz declarar a inexistência do fato ou a exclusão da autoria, pois o artigo 935 do Código Civil impede o questionamento na via civil, sobre a existência do fato ou sobre quem seja seu autor, quando esse se achar decidido no juízo criminal.

3.1 Critérios de aplicação das sanções

Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade fazem parte de qualquer estrutura básica de um sistema jurídico punitivo, porque eles tornam possível a individualização da sanção aplicada, sendo os responsáveis pela adequação entre os meios e os fins, pelo ajuste entre sanção da improbidade administrativa e as circunstâncias de cada ilícito configurado.

As penas não são, necessariamente, cumulativas, cabendo ao magistrado, perante o caso concreto, dosar as sanções de acordo com a natureza, gravidade e consequências do ato ímprobo, com o dever de indicar as razões para aplicação de cada uma delas, levando em consideração os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, sob pena de nulidade, no local da aplicação das sanções por improbidade que é a via Judicial.

4. NOTIFICAÇÃO E CITAÇÃO

A LIA estabelece em seu art.17, § 9º, que recebida a petição inicial será o réu citado para apresentar contestação.

A conclusão n. 20 do I Curso Teórico e Prático de Aperfeiçoamento da Atividade Judicante, realizado pela ENFAM com Juízes da Fazenda Pública, esclarece:

Na ação civil por improbidade administrativa, notificado o réu e apresentadas as manifestações preliminares, com a relação processual triangularizada e a realização concreta do contraditório constitucionalmente assegurado, recebida a petição inicial pelo cumprimento dos requisitos previstos na lei, descabe a expedição

de novo mandado de citação, sendo suficiente a intimação na pessoa do advogado constituído, para fins de contestação. Recomenda-se que a advertência de que não será realizada nova citação conste do mandado da notificação inicial.

Nesse passo, a notificação e a citação de que tratam os §§ 7º e 9º da LIA devem ser entendidas como citação e intimação, respectivamente. A despeito da previsão legal, essa interpretação é justificável para se evitar agressão ao modelo constitucional do direito processual civil e ao princípio da economia e da eficiência processuais (artigo 5º, LXXVIII, da Constituição).

A interpretação também atende aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, pois a notificação inicial deve ser considerada como verdadeira citação, que é a convocação do réu para defender-se em juízo.

5. CONCLUSÃO

A improbidade administrativa constitui um sistema constitucional geral, autônomo e com feição primariamente punitiva e secundariamente reparatória dos agentes públicos. Encontra-se prevista no art. 37, § 4º, da Constituição Federal, que considera a proteção contra a improbidade como bem jurídico fundamental à organização do Estado.

A vedação à prática de atos de improbidade administrativa é a concretização constitucional autêntica do princípio republicano, e seus corolários de moralidade e impessoalidade na função pública.

A ação de improbidade administrativa constitui espécie de ação civil pública com regime constitucional sancionatório autônomo, independentemente das esferas civil, penal e administrativas de responsabilidade.

A aplicação das sanções por improbidade administrativa, a serem efetuadas exclusivamente na via judicial, não serão feitas de forma cumulativa, exigindo a utilização dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, capazes de tornar possível a individualização da sanção, que deve ser justificada e devidamente fundamentada, com obediência do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

Embora a Lei n. 8.429/92 disponha sobre a citação, após o recebimento da inicial, tal ato processual tem natureza de intimação em obediência ao modelo constitucional do processo civil e ao princípio da economia e da eficiência processuais.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BUENO, Cássio Scarpinella, *Juízo de Admissibilidade da Petição Inicial, Sentença e Julgamento Parcial na Ação de Improbidade Administrativa*, ENFAM – I Curso sobre o Processo de Improbidade Administrativa, Brasília, abr. 2013.

ENFAM. *I Curso sobre o Processo de Improbidade Administrativa*, Brasília, abr. 2013.

FIGUEIREDO, Isabela Giglio. *Improbidade Administrativa – dolo e culpa*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade Administrativa*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1998.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

10

TENDÊNCIAS DO ATUAL DIREITO CIVIL

Taunier C. Malheiros Lima¹

RESUMO

A ciência jurídica passa por profundas modificações que espelham o desenvolvimento da sociedade atual, sendo que o Direito Civil tradicional, de índole essencialmente patrimonialista, fundado na propriedade, no contrato e na herança, cede espaço para uma nova concepção por meio da releitura baseada na Constituição Federal de 1988, o que gerou os fenômenos denominados constitucionalização, repersonalização e descodificação desse ramo do direito.

Palavras-chave: Direito civil. Constitucionalização. Repersonalização. Descodificação.

ABSTRACT

The legal science undergoes deep changes that reflect the development of the modern society. The traditional civil law, essentially patrimonial in nature, founded on the property, contract and inheritance gives way to a new conception through a reinterpretation based on the Federal Constitution of 1988, that has generated the phenomena named constitutionalization, repersonalization and decodification of this branch of law.

¹ Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Mestre em Direito Privado pela PUC Minas. Especialista em Direito de Empresas pela PUC Minas.

Keywords: Civil law. Constitutionalization. Repersonalization. Decodification.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A constitucionalização do Direito Civil. 2.1 Doutrina constitucionalista. 2.2 Doutrina civil – constitucionalista. 2.3 Doutrina pluralista ou anárquica. 3. A repersonalização e despatriomonalização do Direito Civil. 4. A descodificação do Direito Civil. 5. Princípios do Direito Civil. 5.1 Princípio da personalidade. 5.2 Princípios da autonomia privada e da liberdade de estipulação negocial. 5.3 Princípio da propriedade privada. 5.4 Princípio da proteção familiar. 5.5 Princípio da legitimidade de herança e direito de testar. 5.6 Princípio da responsabilidade. 5.7 Princípio do solidarismo social. 6. Conclusão. 7. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Ingressamos no terceiro milênio e as transformações sociais aceleradas vividas principalmente nas últimas três décadas provocaram profundas mudanças nas áreas mais sensíveis do relacionamento humano, o que obrigou o Direito a acompanhar todo esse processo, com a finalidade de adaptar e promover a integração do homem ao meio em que vive, já que essa é a sua principal função.

2. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

As Constituições, na concepção do Estado Liberal, surgiram como documentos políticos que teriam por finalidade meramente a definição de normas de organização e competência estatal, não incidindo sobre os demais ramos do direito, salvo em situações excepcionais e marginais, porém essa situação modificou-se, paulatinamente, sendo que, no Brasil, a Constituição Federal de 1988, ao inaugurar o paradigma do Estado Democrático de Direito, traça normas de aplicação imediata e não meramente programáticas, abrangendo todos os ramos do direito, inclusive o Direito Civil, classicamente concebido como uma seara imune aos comandos estatais.

Essa característica é ressaltada por Paulo Luiz Netto Lôbo, ao escrever que o

direito civil, ao longo de sua história no mundo romano-germânico, sempre foi identificado como o *locus* normativo privilegiado

do indivíduo, enquanto tal. Nenhum ramo do direito era mais distante do direito constitucional do que ele. Em contraposição à constituição política, era cogitado como constituição do homem comum, máxime após o processo de codificação liberal.²

As alterações que todo o Direito Civil passou em sua linha evolutivademostam que a sua visão atemporal e estática não mais condiz com o atual estágio do ordenamento jurídico nacional, onde a unidade hermenêutica exige que a Constituição ocupe o lugar de ápice conformador da elaboração e aplicação legislativa de todos os ramos do direito, implicando no chamado fenômeno da constitucionalização do direito civil, que “é o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do Direito Civil, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional.”³

Basta um “passar de olhos” para se verificar que os vetores gerais instituídos pela Carta da República de 1988, dentre os quais sobrelva o da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, e artigo 170, *caput*); o do prestígio aos valores sociais do trabalho e à livre iniciativa (artigo 1º, IV, e artigo 170, *caput*, VIII e parágrafo único); o que reforça a secular máxima de que todo poder emana do povo (artigo 1º, parágrafo único); o que enuncia o propósito inarredável de construir uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, I), na qual haja justiça social (artigo 170, *caput*); o que deseja garantir o desenvolvimento nacional (artigo 3º, II); o que promete erradicar a pobreza, a marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais (artigo 3º, III, e artigo 170, VII e VIII); o que estatui os princípios da propriedade privada (artigo 170, II); da função social da propriedade (artigo 170, III); da livre concorrência (artigo 170, IV); da defesa do consumidor (artigo 170, V), são institutos tipicamente do direito privado, porém consagrados constitucionalmente, o que representa a constitucionalização propriamente dita.

² LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. *In*: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César. SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coords.). *Direito Civil: atualidades*, p. 197/198.

³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Op. cit.* *In*: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coords.). *Op. cit.*, p. 199.

Nesse sentido, Gustavo Tepedino informa que a constitucionalização

revela-se na absorção definitiva, pelo Texto Constitucional, no Brasil como alhures, dos valores que presidem a iniciativa econômica privada, a família, a propriedade e demais institutos do direito civil, demonstrando que tais matérias não se circunscrevem mais, exclusivamente, no recesso do espaço privado, inserindo-se, ao contrário, na ordem pública constitucional, antes preocupada exclusivamente com matérias do chamado direito público (jungidas à organização dos Poderes e às relações entre o cidadão e o Estado).⁴

A presença da ordem econômica e social em sede constitucional designa o conhecido fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, importando na transposição dos princípios básicos contidos no Código Civil para a Constituição Federal, que, por sua vez, passou a ocupar posição central e estruturante dentro do ordenamento jurídico.

Entender o fenômeno da constitucionalização implica em reconhecer que o Direito Civil atual é, indubitavelmente, diferente daquele que vigorava no período oitocentista e, ainda, consagrado no Código Civil de 2002. E é justamente por meio da Constituição Federal que se deve buscar a renovação do direito privado, na medida em que as normas consideradas privadas invadem a Carta, reforçando a invalidade da perspectiva dicotômica dos clássicos ramos jurídicos (direito público e direito privado), já analisada no capítulo primeiro do presente estudo.

Lado outro, a metodologia do estudo da constitucionalização do Direito Civil não é uniforme entre os doutrinadores nacionais e estrangeiros, sendo que há três posicionamentos distintos que merecem destaque acerca desse tema. O primeiro é defendido pela chamada “doutrina constitucionalista” e é representado, aqui, pelo jurista Gustavo Tepedino; o segundo posicionamento se fundamenta na “doutrina civil-constitucionalista”, podendo-se citar o Professor César Fiuza

⁴ TEPEDINO, Gustavo. A constitucionalização do direito civil: perspectivas interpretativas diante do novo código. *In*: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coords.). *Direito Civil: atualidades*, p. 120.

como um de seus expoentes; e, por fim, há a concepção denominada “doutrina pluralista ou anárquica” lastreada, principalmente, nos ensinamentos do jurista argentino Ricardo Luis Lorenzetti.

As três concepções possuem como ponto comum a inviabilidade de se conceber o direito privado como um monossistema representado pela codificação, imune aos demais ramos do direito e à própria Norma Constitucional, sendo que os pontos refratários serão, agora, analisados.

2.1 Doutrina constitucionalista

Essa doutrina representa um drástico rompimento com os ideais que nortearam o revogado Código Civil de 1916, que era concebido como “a constituição do homem comum”,⁵ ou como diz Gustavo Tepedino: “a Constituição das relações patrimoniais privadas.”⁶

A superação da rígida dicotomia entre o direito público e direito privado, iniciada no Estado Social, principalmente pelo processo conhecido como publicização do direito privado, conforme amplamente exposto no capítulo primeiro do presente estudo, fez com que o Código Civil, de protagonista, passasse a mero coadjuvante do ordenamento jurídico, porquanto não mais desenvolvia “o papel de corpo normativo único das relações patrimoniais privadas”⁷.

Nessa esteira, a doutrina constitucionalista defende que, diante da perda do caráter de corpo normativo único e disciplinador de todas as relações privadas antes atribuído ao Código Civil, o centro do sistema do direito privado desloca-se para Constituição da República de 1988, que, por sua vez, “caberia a tarefa de construção e interpretação das normas privatísticas: por conseguinte, a unidade do sistema se faz em torno da Constituição”⁸.

⁵ LIMA, Taisa Maria Macena de. *O contrato no Código Civil de 2002: função social e principiologia*, p. 52.

⁶ TEPEDINO, Gustavo. Op. cit. *In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coords.)*. Op. cit., p. 117.

⁷ TEPEDINO, Gustavo. Op. cit. *In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de. (Coords.)*. Op. cit., p. 116.

⁸ LIMA, Taisa Maria Macena de. Op. cit., p. 52.

O pensamento dessa doutrina é sintetizado pelo jurista Gustavo Tepedino, ao dispor que:

No caso brasileiro, a introdução de uma nova postura metodológica, embora não seja simples, parece facilitada pela compreensão, mais e mais difusa, do papel dos princípios constitucionais nas relações de direito privado, sendo certo que doutrina e jurisprudência têm reconhecido o caráter normativo de princípios como o da *solidariedade* social, da dignidade da pessoa humana, da função social da propriedade, aos quais se tem assegurado eficácia imediata nas relações de direito civil.

Consolida-se o entendimento de que a reunificação do sistema, em termos interpretativos, só pode ser compreendida com a atribuição de papel proeminente e central à Constituição.⁹

2.2 Doutrina civil-constitucionalista

Apesar de menos radical do que a concepção anterior, uma vez que concebe o Código Civil como centro do direito privado, a doutrina civil-constitucional também representa, inegavelmente, uma ruptura com o pensamento clássico de origem oitocentista, já que repudia a existência de um monossistema.

Os defensores dessa doutrina alardeiam que conceber a Constituição como centro do sistema do direito privado, desconsiderando por completo o papel do Código Civil, implicaria em um certo exagero, já que acabaria por impor ao intérprete sempre buscar no Texto Constitucional as fontes interpretativas necessárias à resolução de questões de âmbito privado. A solução seria manter o Código Civil como centro do sistema, porém relido por meio da Constituição Federal, conservando, assim, os institutos típicos de Direito Civil, que, por óbvio, não se encontram na Carta da República.

O núcleo desse pensamento pode ser encontrado nas sábias palavras do Professor César Fiuza, que, ao fazer um paralelo com a dou-

⁹ TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. *In*: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Problemas de direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 12/13.

trina constitucionalista, conclui pela adoção da concepção civil-constitucional:

Por esta e outras razões, muitos chegam a afirmar que no centro do sistema não gravita o Código Civil, mas a própria Constituição, que de lá irradia seus princípios e valores. A assertiva não deixa de ser correta, se levarmos em conta o sistema jurídico como um todo. No entanto, enfocando-se apenas o sistema juscivilístico, seria um pouco exagerada a afirmação, posto que se entenda que é na Constituição que se deve inspirar o intérprete, em última instância. Na verdade, o Código Civil ocupa o centro do sistema civilístico, mas deve, por sua vez, ser lido à luz da Constituição.¹⁰

2.3 Doutrina pluralista ou anárquica

Por fim, essa doutrina também defende a necessidade superação do modelo tradicional, porém, não pela substituição do Código Civil pela Constituição Federal, tampouco pela simples releitura daquele corpo normativo interpretado, agora, à luz da Carta da República.

A doutrina pluralista ou anárquica simplesmente nega a existência de um centro no sistema de direito privado,¹¹ quer que seja ele representado pela Constituição quer seja ele representado pelo Código Civil. Segundo essa doutrina, a ressystematização do direito privado ocorreria a partir de um núcleo de normas fundamentais encontráveis em várias fontes legislativas como a própria Constituição, os códigos, estatutos, tratados, e, até mesmo, nos costumes.

Assim, não haveria corpos legislativos que desenvolveriam o papel de centro do sistema, mas todos eles estariam em situação de igualdade, unidos por normas fundamentais deles extraídas, com a finalidade de ressystematizar o ordenamento jurídico.

O jurista argentino Ricardo Luis Lorenzetti é um dos expoentes dessa doutrina, conforme se observa pelo trecho extraído de sua obra, que já se tornou clássica sobre o tema:

¹⁰ FIUZA, César. Crise e interpretação no direito civil da escola da exegese às teorias da argumentação. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coords.). *Direito Civil*: atualidades, p. 31.

¹¹ LIMA, Taisa Maria Macena de. Op. cit., p. 53.

O problema atual é que o Código Civil perdeu a capacidade de apresentar-se como norma superior. O controle judicial da Administração, do Poder Legislativo, dos grupos e dos indivíduos, relacionando-se de forma considerável, exorbita em muitos aspectos a codificação tradicional.

A idéia de superioridade no mundo atual é a de sistema de normas fundamentais, que se encontram nas ‘fontes superiores’: Constituições, tratados, princípios, valores. Não se trata de retornar a um ordenamento fundado em um centro.¹²

Estudadas, ainda que timidamente, as três principais doutrinas advindas do processo de constitucionalização do direito civil, cujos pontos de dissenso não são capazes de elidir a ideia central de necessidade de ressystematização do direito privado, ressaltando a proeminência da nova ordem constitucional inaugurada pelas Constituições Democráticas e, no caso brasileiro, pela Carta da República de 1988, passa-se à análise dos principais efeitos desse novo paradigma.

3. A REPERSONALIZAÇÃO E DESPATRIMONIALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

A concepção clássica do Direito Civil, representada pela codificação oitocentista ainda com forte influência na atualidade, possui cunho eminentemente patrimonialista, vez que a propriedade era considerada o principal valor para a realização da pessoa. Tutelava-se o homem burguês, ou seja, o proprietário e o contratante. A prevalência do patrimônio como valor essencial da ordem jurídica fez com que a pessoa humana fosse relegada ao segundo plano, abstraída de sua dimensão real.

Com a mudança de paradigma do Estado Liberal para o Estado Social e, por fim, para o Estado Democrático de Direito, passou-se a valorizar a pessoa humana, em sua dignidade existencial, devendo esse aspecto preponderar sobre as questões de ordem patrimonial.

De fato, ao eleger a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, a Carta da República de

¹² LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos de direito privado*. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.79.

1988 consolidou uma inversão de papéis, destituindo o Direito Civil de seu caráter eminentemente patrimonialista, herdado do século XIX e inspirador do Código Civil de 1916 e mantido, em menor escala, no recente Código Civil de 2002, promovendo o movimento denominado “repersonalização do direito civil”.

Gustavo Tepedino descreve esse processo de mudança valorativa, iniciado com a edição de legislações especiais e concretizado com Carta de 1988, que culminou com a substituição da prevalência dos valores patrimoniais pelos não patrimoniais.¹³

Já Pietro Perlingieri se utiliza de uma frase simples, porém precisa, acerca do que venha a ser a repersonalização. Para ele, esse fenômeno está ligado ao fato de que a “pessoa prevalece sobre qualquer valor patrimonial”,¹⁴ constituindo uma tendência normativa-cultural, percebida nas opções que lentamente são adotadas pelo ordenamento jurídico, com a crescente superação do individualismo e da patrimonialidade, como fins em si mesmos.

Os fenômenos da repersonalização e despatrimonialização do Direito Civil impõem um redimensionamento de todas as relações jurídicas, inclusive as contratuais, no sentido de preservar e desenvolver, prioritariamente, aspectos desprovidos de conteúdo econômico e que, não obstante inerentes à essência das relações, restaram, sob a égide do patrimonialismo exacerbado do Código Civil de 1916, relegados a segundo plano.

Também Plínio Melgaré registra a atual concepção nuclear atribuída à pessoa humana, ao dispor que o

situar da pessoa humana como pedra angular do ordenamento jurídico implica compreender o direito a partir de um núcleo normativo ético-axiológico fundamental. Esse núcleo – sobre o qual o direito, em sua integralidade radica – afirma-se como um elevado fator de justificação, a regular vinculativamente os sujeitos no

¹³ TEPEDINO, Gustavo. A constitucionalização do direito civil: perspectivas interpretativas diante do novo código. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coords.). *Direito Civil: atualidades*, p. 118.

¹⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*, p. 33.

mundo que compartilhamos, independente de qualquer condição singular desses sujeitos.¹⁵

A prevalência da pessoa sobre o patrimônio não implica, contudo, em relegar o conteúdo patrimonial do sistema jurídico, que deve, agora, ser utilizado parapromover a pessoa humana.

Como bem ressalta Pietro Perlingieri, atualmente os institutos patrimoniais

por vezes são atropelados pela sua incompatibilidade com os princípios constitucionais, outras vezes são exaustorados ou integrados pela legislação especial e comunitária; são sempre, porém, inclinados a adequar-se aos novos ‘valores’, na passagem de uma jurisprudência civil dos interesses patrimoniais a uma mais atenta dos valores existenciais.¹⁶

Essa despatrimonialização do Direito Civil, assim, significa a funcionalização do próprio sistema econômico, diversificando no sentido de direcioná-lo para produzir e distribuir as riquezas com maior justiça. A pessoa humana, até então vista como sujeito de direito impessoal, passa a ser considerada sujeito informador de todo o Direito, fato esse que dá ensejo ao fenômeno da repersonalização do Direito, pelo qual “sai de cena o indivíduo proprietário para revelar, em todas as suas vicissitudes, a pessoa humana”.¹⁷

4. A DESCODIFICAÇÃO DO DIREITO CIVIL

Efeito também dessa evolução histórica do Direito Civil é o fenômeno da descodificação, tendo em vista a queda do dogma da completude dos códigos civis.

Para Francisco Amaral,

a desagregação do direito civil em corpos jurídicos autônomos, dotados de princípios e unidades próprias, que passam a constituir novos ramos do direito. Esse processo representa uma anti-

¹⁵ MELGARÉ, Plínio. *A Jus-Humanização das Relações Privadas*: para além da constitucionalização do Direito Privado, p. 73/74.

¹⁶ PERLINGIERI, Pietro. Op. cit., p. 33.

¹⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Op. cit. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coords.). Op. cit., p. 216.

tese no processo histórico da codificação, sendo por isso mesmo, conhecido como a descodificação do direito civil.¹⁸

Enquanto os códigos civis, de índole napoleônica, desempenhavam a função de núcleo essencial do ordenamento jurídico privado, não se cogitava da necessidade de qualquer alteração, porém, com já visto, o desenvolvimento da sociedade jogou “por terra” o mito da completude.

Interessante é a colocação do Professor César Fiuza sobre a ocorrência da descodificação no Brasil. Para esse autor, o aludido fenômeno já podia ser verificado logo após a própria codificação do ordenamento jurídico privado, senão veja-se:

A descodificação, entendida como processo de abertura e quebra de monopólio dos códigos, já vinha há muito ocorrendo. O Código Civil foi elaborado sob a inspiração do Estado Liberal burguês, do século XIX. Não se adequava, evidentemente, às aspirações do emergente Estado Social instalado no Brasil já no início do século XX. Como consequência, teve de se abrir. Em outras palavras, sua harmonia interna foi logo quebrada, seja pela interpretação da doutrina e dos tribunais, seja pela vasta legislação especial que o acompanhou desde seus alvares. Por outros termos, mal o sistema civilístico se codificou, teve início o processo de sua descodificação.¹⁹

De qualquer forma, a complexidade da vida contemporânea não mais condiz com a rigidez e imutabilidade das regras estratificadas nas codificações, já que surgiram novos e diversificados problemas sociais, cujas soluções exigiam a congregação de temas multidisciplinares e interdependentes.

O sistema jurídico atual não se resume em uma única lei codificada, ao contrário, atualmente há inúmeros diplomas legislativos, regulando os mais variados aspectos sociais, podendo serem citados, exemplificadamente, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Federal n. 8.069/90), o Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal

¹⁸ AMARAL, Francisco. *O direito civil na pós-modernidade*. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coords). Op. cit., p. 75.

¹⁹ FIUZA, César. Op. cit. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coords.). Op. cit., p. 30.

n. 8.078/90), a Lei de Locações (Lei Federal n. 8.245/91), o Estatuto do Idoso (Lei Federal n. 10.741/2003), ou seja, desloca-se “a regulamentação de inteiras matérias do direito civil do Código para as leis especiais que, por tão amplas e abrangentes, são chamadas de Estatutos”.²⁰

Nessa senda, com a descodificação surgem os denominados microssistemas,²¹ que são corpos legislativos que tratam de temas específicos, porém utilizando-se de princípios e conceitos atinentes a diversos ramos do direito, ou seja, são eles, repita-se, multidisciplinares.

A tendência de descodificação do Direito Civil também é apontada por Giselda Maria Fernandes Hironaka:

De modo globalizado, se tem anotado que a tendência do que há de mais atual em sede de legislação é a preferência por sistema que prevê a adoção de *mini-codificações multidisciplinares*, congregando temas interdependentes que não conseguem estar subordinados ao exclusivo campo do Direito Civil. Mantê-los todos no arcabouço de um Código, equivaleria assumir a má vontade quanto ao atendimento das constantes urgências de atualização, com a agilidade que os reclamos da justiça exige, porque a pretensão napoleônica de um direito codificado que seja eterno e imutável se destrói com o mero evolover da vida.²² (Grifos nossos)

Nesse cenário é que surgem enormes críticas acerca da tentativa do legislador brasileiro em recodificar o Direito Civil, por meio de recente promulgação do Código Civil de 2002 (Lei Federal n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002), que vai na contra-mão do processo evolutivo da ciência jurídica, essa última influenciada por uma sociedade pluralista, complexa e heterogênea.

²⁰ TEPEDINO, Gustavo. Op. cit. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coords.). Op. cit., p. 119.

²¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. Op. cit., p. 45: “A explosão do Código produziu um fracionamento da ordem jurídica, semelhante ao sistema planetário. Criaram-se microssistemas jurídicos que, da mesma forma como os planetas, giraram com autonomia própria, sua vida é independente; o Código é como o sol, ilumina-os, colabora em suas vidas, mas já não pode incidir diretamente sobre eles.”

²² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Tendências do Direito Civil no Século XXI. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coords.) *Direito Civil: atualidades*, p. 106.

A doutrina estrangeira, representada aqui pelo pensamento do já citado jurista Ricardo Luis Lorenzetti, também defende a insuficiência de uma recodificação, pelo menos da forma feita pelo legislador brasileiro, baseada em um modelo já ultrapassado:

A codificação atual não é suficiente; para codificar hoje, ‘nada de um código; são necessários vários (Junqueira de Azevedo), e é o que, na prática, está a acontecer no mundo todo; trata-se da consequência da hipercomplexidade e da desistência da tentativa de reduzir o todo à unidade.²³

Apesar da criticável opção do legislador brasileiro, o fenômeno da descodificação do Direito Civil é uma tendência natural, advinda da evolução da própria ciência jurídica, razão pela qual caberá aos operadores do Direito “a espinhosa tarefa de temperar o desajuste legislativo, aplicando diretamente o Texto Constitucional, seus valores e princípios, aos conflitos de direito civil, de modo a salvaguardar o tratamento evolutivo que tem caracterizado as relações jurídicas do Brasil contemporâneo”.²⁴

5. PRINCÍPIOS DO DIREITO CIVIL

Estudadas, em linhas gerais, as principais mudanças ocorridas no âmbito do Direito Civil, com os fenômenos da constitucionalização, desapatrimonialização, repersonalização e descodificação, cumpre, agora, a difícil tarefa de reunir os princípios fundamentais advindos dessa nova ordem jurídica, ressaltando, contudo, a advertência da Professora Taisa Maria Macena de Lima, na direção de que não é “da tradição da doutrina privatística ocupar-se com a indicação, análise e crítica dos princípios fundantes do Direito Civil”.²⁵

²³ LORENZETTI, Ricardo Luis. A descodificação e a possibilidade de ressystematização do direito civil. *In*: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coords.) *Direito Civil: atualidades*, p. 228.

²⁴ TEPEDINO, Gustavo. *Op. cit.* *In*: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coords.). *Op. cit.*, p. 130.

²⁵ LIMA, Taisa Maria Macena de. Princípios fundantes do direito civil atual. *In*: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coords.) *Direito Civil: atualidades*, p. 241.

A tentativa de se identificar e sistematizar a principiologia do Direito Civil reside no fato da importância que o direito contemporâneo atribui aos princípios, que, conforme amplamente exposto no capítulo segundo do presente estudo, são dotados de força normativa, estando no mesmo patamar das regras jurídicas.

Lado outro, como o estudo dessaprincipiologia do Direito Civil comportaria, sem a menor sombra de dúvida, um trabalho monográfico específico e exclusivo, o que, por certo, extrapola os rígidos limites do presente estudo, a análise que agora se propõe é meramente perfunctória, sem a pretensão de taxatividade ou de ponto de chegada.

Já de início, pertinente registrar que não há consenso doutrinário acerca de todos os princípios fundamentais do direito civil,²⁶ porém é possível identificar um núcleo essencial. Assim, serão estudados oito princípios que, em regra, são considerados essenciais ao direito civil, quais sejam: princípios da personalidade, autonomia privada, liberdade de estipulação negocial, propriedade privada, proteção familiar, legitimidade de herança e direito de testar, responsabilidade e solidarismo social, ressaltando que alguns deles já foram mencionados no presente estudo, quando se dissertou sobre a evolução do contrato no capítulo primeiro.

5.1 Princípio da personalidade

Como observa o Professor César Fiuza, “a personalidade é invenção do Direito. Por isso dizemos que personalidade é atributo ou valor jurídico. A personalidade não é natural”.²⁷

Já segundo Orlando Gomes:

Sob a denominação de direitos da personalidade, compreendem-se os direitos personalíssimos e os direitos essenciais ao desenvol-

²⁶ A Professora Taisa Maria Macena de Lima, em estudo específico sobre o tema, colaciona a posição dos juristas Carlos Alberto Bittar, Carlos Alberto da Mota Pinto e Maria Helena Diniz, demonstrando, com isso, as diferentes posições adotadas pelos autores, quando se busca enumerar os princípios fundamentais do Direito Civil. (LIMA, Taisa Maria Macena de. Op. cit. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coords.). Op. cit., p. 242/243).

²⁷ FIUZA, César. Op. cit., p. 109.

vimento da pessoa humana que a doutrina moderna preconiza e disciplina no corpo do Código Civil como direitos absolutos, desprovidos, porém, da faculdade de disposição. Destinam-se a resguardar a eminente dignidade da pessoa humana, preservando-a dos atentados que pode sofrer por parte dos outros indivíduos.²⁸

Como a criação do Direito, a personalidade e o princípio que dela decorre pode ser enfocado sobre dois aspectos, o primeiro de âmbito subjetivo, concebendo os seres humanos como titular de direitos, e o segundo de âmbito objetivo, que atribui a personalização às entidades jurídicas.²⁹

Assim, no sentido subjetivo, o princípio da personalidade se refere à possibilidade dos seres humanos contraírem direitos e obrigações, sendo que tanto o Código de 1916 (artigo 4º) quanto o Código de 2002 (artigo 2º) adotaram a teoria natalista, porquanto a “personalidade das pessoas naturais ou físicas começa no momento em que nascem com vida”.³⁰ Não se pode esquecer que, também, as pessoas jurídicas possuem personalidade, em sua concepção subjetiva, o que acarreta inúmeros questionamentos, quando se estuda a chamada crise de função, bem como os entes não personificados.³¹

Em sentido objetivo, a personalidade passa a ser objeto do direito, surgindo a categoria dos direitos de personalidade,³² umbilicalmente

²⁸ GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, p.130.

²⁹ LIMA, Taisa Maria Macena de. Op. cit. *In*: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coords.). Op. cit., p. 244.

³⁰ FIUZA, César. Op. cit., p. 110.

³¹ LIMA, Taisa Maria Macena de. Op. cit. *In*: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coords.). Op. cit., p. 245/246: “A categoria da pessoa jurídica, como disciplinada na legislação, não responde adequadamente a uma série de situações, nas quais entes não personificados atuam no mundo jurídico. Com efeito, como explicar o atuação do condomínio, a sociedade irregular ou de fato, a herança jacente, a massa falida e o espólio, entre outros?”

³² LIMA, Taisa Maria Macena de. Op. cit. *In*: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coords.). Op. cit., p. 247: “O Código Civil de 1916 é silente quanto aos bens jurídicos da personalidade. Diferentemente, o Projeto de Código Civil cuida “Dos Direitos da Personalidade” nos artigos 11 a 21, disciplinando o direito ao próprio corpo, ao nome, à imagem

ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana, o que, em tese, implicaria sua exclusão em relação às pessoas jurídicas, mas há quem defenda o contrário.³³

Embora em um aceno à formação histórico-dogmática desta categoria seja virtualmente impossível vislumbrar referências à pessoa jurídica, não é menos verdade que essa operação vem, rotineiramente, sendo feita, atribuindo-se às pessoas jurídicas direitos de personalidade.

Critica-se o fato da dificuldade da doutrina que defende a extensão dos direitos de personalidade às pessoas jurídicas em elaborar soluções para problemas não-patrimoniais sem fazer recursos a instrumentos pouco adequados a essa tarefa, como o direito subjetivo, conforme anota Gustavo Tepedino:

percebe-se o equívoco de se imaginar os direitos da personalidade e o ressarcimento por danos morais como categorias neutras, tomadas de empréstimo pela pessoa jurídica para a sua tutela (tida como maximização de seu desempenho econômico e de sua lucratividade). Ao revés, o intérprete deve estar atento para a diversidade de princípios e de valores que inspiram a pessoa física e a pessoa jurídica.³⁴

Assim, a extensão dos direitos da personalidade às pessoas jurídicas é assunto extremamente controverso, longe de um consenso doutrinário.

5.2 Princípios da autonomia privada e da liberdade de estipulação negocial

O princípio da autonomia da vontade, cuja evolução implicou a modificação de sua própria nomenclatura para autonomia privada, conforme exposto no capítulo primeiro, item 1.2, do presente estudo, confere ao seres humanos a capacidade de praticar ou não determinados atos jurídicos, ou seja, é o poder a eles atribuído, a fim de regular,

e à vida privada; ao lado disso, revelando que a indicação desses bens jurídicos não importa *numerusclausus*, traz no artigo 12 uma cláusula geral de tutela da personalidade em sentido objetivo". (Grifos nossos)

³³ ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. *A personalidade jurídica e os direitos da personalidade*, p. 134.

³⁴ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, p.499.

pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, constituindo a legítima “resistência do indivíduo à intromissão do Estado no espaço que deve ser só seu, na legítima tentativa de ser feliz”.³⁵

Já o princípio da liberdade de estipulação negocial, apesar de se vincular ao princípio da autonomia privada, possui âmbito mais restrito, já que abarca apenas questões patrimoniais ou contratuais, enquanto aquele aglomera as chamadas questões existenciais.

A liberdade de estipulação negocial se contrapõe ao chamado dirigismo contratual, fenômeno esse também amplamente exposto no capítulo primeiro, quando do estudo do contrato no Estado Social de Direito.

De qualquer forma, o estudo desses dois princípios será retomado no capítulo seguinte, oportunidade em que se analisará a nova principiologia do direito contratual.

5.3 Princípio da propriedade privada

A propriedade privada, no Direito Civil clássico, sempre foi vista como extensão do Eu e materialização de uma esfera de liberdade individual inviolável, encarada como o espaço de soberania individual, que atendia aos reclames do ideário burguês.

O Código Civil de 1916 retrata bem essa ideologia, vez que se ocupou principalmente com as relações jurídicas patrimoniais, tutelando o proprietário e o contratante.

Com a evolução do Direito Civil, o princípio da propriedade mudou de enfoque, já que a ele foi reconhecida a necessidade de atendimento de uma função social, que “é incompatível com a noção de direito absoluto, oponível a todos, em que se admite apenas a limitação externa, negativa”.³⁶

A Constituição Federal de 1988, ainda que continue a garantir que a propriedade é um direito fundamental no *caput* do artigo 5º, tornou a função social um imperativo do direito de propriedade privada e um princípio geral da ordem econômica. Com efeito, o artigo 5º,

³⁵ LIMA, Taisa Maria Macena de. Op. cit. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coords.). Op. cit., p. 248.

³⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Op. cit. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coords.). Op. cit., p. 212.

XXIII, estabelece que “a propriedade atenderá a sua função social”, e o artigo 170, depois de declarar que a ordem econômica é lastreada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, e tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, impõe a observação, entre outros, dos princípios da propriedade privada e da função social da propriedade.

A função social, contudo, não pode ser concebida apenas como limitação negativa, deverá ser dotada, também, de características positivas, do tipo promocional, o que “importa novo conceito do direito de propriedade”.³⁷

Nesse sentido, observa Paulo Luiz Netto Lôbo: a

função social importa limitação interna, positiva, condicionando o exercício e o próprio direito. Lícito é o interesse individual quando realiza, igualmente, o interesse social. O exercício do direito individual da propriedade deve ser feito no sentido de utilidade, não somente para si, mas para todos. Daí ser incompatível com a inércia, com a inutilidade, com a especulação.³⁸

Oportuno o registro que o Código Civil de 2002, apesar das merecidas críticas que lhe são dirigidas, não é alheio à concepção atual da propriedade privada, que deverá atender ao princípio da função social. Nele determina-se claramente que “comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social” (artigo 187) e, além disso, que “o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais” (artigo 1.228, § 1º). Também, admite a desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social e se facilitam os mecanismos jurídicos necessários para fazer efetiva a usucapião especial com fins de moradia (artigo 1.240). Além disso, o novo Código Civil, ainda que aceite os princípios tradicionais da aquisição, também regulamentava o direito de superfície (artigo 1.369 e ss).

A verdade é que, nesse aspecto, o princípio da propriedade privada constante no novo Código Civil, não obstante ser o código, nas

³⁷ LIMA, Taisa Maria Macena de. Op. cit. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coords.). Op. cit., p. 251.

³⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Op. cit. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coords.). Op. cit., p. 212.

palavras de Gustavo Tepedino, “engenheiro de obras feitas”, se harmoniza com a lei urbanística, embora não se refira expressamente ao Estatuto da Cidade.³⁹

5.4 Princípio da proteção familiar

O direito de família no Brasil, até bem pouco tempo, era o complexo das normas que regulavam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos dele resultantes; as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, assim como a dissolução dessas; as relações entre pais e filhos; o vínculo do parentesco; e os institutos complementares da tutela e da curatela.

Entretanto, com o advento da Constituição Federal de 1988, houve uma profunda alteração nos conceitos de família e na própria realidade social. A regulamentação do § 3º do artigo 226 – que reconhece a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, determinando que seja facilitada a sua conversão em casamento – feita por intermédio da Lei Federal n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994 e, posteriormente, da Lei Federal n. 9.278, de 10 de maio de 1996, bem como por outras legislações infraconstitucionais, ainda que com suas imperfeições, estende o conceito de família à união estável, protegendo-a sob o manto legal. Com essas leis, foram introduzidas algumas outras modificações no Direito de Família, a saber: a equiparação dos cônjuges, a não discriminação entre filhos, etc.

O princípio da proteção familiar está intimamente ligado a todo processo evolutivo do Direito Civil marcado pela constitucionalização, despatrimonialização e repersonalização, sendo que influência da Constituição Federal de 1988 retrata bem esse momento histórico.

O princípio da proteção familiar encontra fundamento em outros princípios constitucionais, que lhe dão vida e conteúdo, notadamente os princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade.

O princípio da dignidade da pessoa humana, conforme exposto no capítulo segundo, é na verdade o “pano de fundo” para os demais princípios, incidindo, por igual, nas relações familiares.

³⁹ BRASIL, Lei Federal n. 10.257, de 10 de julho de 2001.

Nas palavras de Paulo Luiz Netto Lobo,

o equilíbrio do privado e do público é matrizado exatamente na garantia do pleno desenvolvimento da dignidade das pessoas humanas que integram a comunidade familiar, ainda tão duramente violada na realidade social, máxime com relação às crianças.⁴⁰

O princípio da liberdade, por seu turno, se relaciona à livre possibilidade de constituição, desenvolvimento, planejamento, administração e extinção da entidade familiar, bem como a educação dos filhos, excluindo as interferências externas na realização desse desiderato, “desde que respeite suas dignidades como pessoas humanas, à liberdade de agir, assentada no respeito à integridade física, mental e moral”.⁴¹

Por derradeiro, o princípio da igualdade se interliga ao princípio da proteção familiar, na medida em que busca a paridade entre os cônjuges, companheiros, filhos, nas diversas relações jurídicas desenvolvidas entre eles, abandonando a hierarquia até então existente entre o homem e a mulher. “A mulher é diferente do homem, mas enquanto pessoa humana deve exercer os mesmos direitos.”⁴²

5.5 Princípio da legitimidade de herança e direito de testar

Esse princípio possui forte ligação com o anterior, uma vez que tem por objeto regulamentar a transmissão do patrimônio de uma pessoa que morre a seus herdeiros e legatários, sendo a sucessão, nas palavras de César Fiuza, “fator de união familiar”.⁴³

Assim, o direito sucessório disciplina as relações jurídicas entre os membros da entidade familiar decorrente da necessidade de distribuição do patrimônio pertencente ao autor da herança, razão pela qual conjuga dois institutos do direito civil, quais sejam, “a propriedade e a

⁴⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Op. cit. *In*: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coords.). Op. cit., p. 210.

⁴¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Op. cit. *In*: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coords.). Op. cit., p. 210.

⁴² LÔBO, Paulo Luiz Netto. Op. cit. *In*: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coords.). Op. cit., p. 211.

⁴³ FIUZA, César. Op. cit., p. 850.

família. Por isso mesmo, sofre influência direta das mutações doutrinárias e legislativas no Direito de Família e no Direito de Propriedade”.⁴⁴

Essa influência é facilmente percebida principalmente com o advento da Constituição Federal de 1988, onde houve especial proteção à união estável (artigo 226, §3º), elevada ao *status* de entidade familiar, o que acarretou a proteção sucessória aos integrantes dessa realidade social, até então relegada pelo direito.

Em relação ao instituto da propriedade, a faculdade de dispor que a ele é inerente também é verificada no direito sucessório, desde que observados os requisitos e limitações legais.

5.6 Princípio da responsabilidade

O homem possui a livre iniciativa e a faculdade de promover diversas ações e condutas no âmbito social, devendo, por isso, ser responsável pelos atos que praticar. Assim o princípio da responsabilidade civil consiste na obrigação de indenizar o prejuízo feito por violação de norma legal (aquiliana) ou contratual, que o agente causou a outrem, sendo o seu núcleo principal o elemento culpa.

A multiplicação das oportunidades e das causas de danos evidenciou que a responsabilidade subjetiva mostrou-se inadequada para cobrir todos os casos de reparação, nascendo dessa constatação a doutrina objetiva, como meio para desempenhar mais ampla cobertura para a reparação do dano.

Destarte, a responsabilidade civil fundou-se na doutrina da culpa, adotada pelo nosso Código Civil de 1916 (artigo 159), o que não foi abandonado pelo novo Código Civil (artigo 186), que, todavia,

revela um modelo de responsabilidade civil mais atualizado, assentando-se nas seguintes regras: dever de reparação com culpa em certos casos e dever de reparação sem culpa noutros, reparação do dano moral e ressarcimento do dano decorrente do abuso de direito.⁴⁵

⁴⁴ LIMA, Taisa Maria Macena de. Op. cit. *In*: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coords.). Op. cit., p. 253.

⁴⁵ LIMA, Taisa Maria Macena de. Op. cit. *In*: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coords.). Op. cit., p. 255.

A sua atuação como princípio fundante do direito civil é facilmente verificada, porquanto nada adiantaria as construções doutrinárias de institutos jurídicos aptos a promover o convívio social, caso não se garantisse instrumentos eficazes para recompor o patrimônio material e imaterial de uma pessoa advindo de determinada conduta praticada por outrem.⁴⁶

5.7 Princípio do solidarismo social

Nos termos abordados quando do estudo do princípio da propriedade privada, desenvolve ela uma função social, que também é verificada no âmbito contratual, com o escopo de cumprir os objetivos da própria Constituição Federal, pela busca de construção de uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, I).

Assim, o princípio do solidarismo social representa a atribuição de função social aos contratos e à propriedade, a fim de que os negócios jurídicos reflitam uma iniciativa de colaboração entre os contratantes ou proprietários, conciliando as suas próprias necessidades com as aspirações da coletividade. Tal fato não implica, como bem adverte a Professora Taisa Maria Macena de Lima, no “menosprezo pelos direitos individuais, mas uma tendência ao equilíbrio entre o valor da dignidade da pessoa humana e os valores coletivos”.⁴⁷

A função social do contrato, como fator de promoção do solidarismo social será tratada em tópico específico no capítulo seguinte, tendo em vista a sua relevância para a promoção do contrato, não como um liame existente apenas entre os contratantes individualmen-

⁴⁶ Não se desconsidera a existência de outra espécie de responsabilidade que não implica na mera recomposição do patrimônio material ou moral. Assim, a Responsabilidade Penal, que é aquela resultante de um fato criminoso, seja praticado na forma comissiva ou omissiva, trazendo uma sanção como consequência para o agente do fato criminoso ou da omissão criminosa. Essa responsabilidade surge no caso dos delitos previstos pela lei penal, que são suscetíveis ou não de serem apreciados no âmbito civil. As normas penais têm um caráter subjetivista, pois visam a assegurar a defesa da sociedade pela aplicação da pena, seja como fator intimidativo ou repressivo, seja como meio de readaptar o infrator à vida social.

⁴⁷ LIMA, Taisa Maria Macena de. Op. cit. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coords.). Op. cit., p. 256.

te considerados, mas como forma de contribuição para o desenvolvimento da própria sociedade, na busca de seus objetivos fundamentais consagrados no artigo 3º da Constituição Federal.

6. CONCLUSÃO

Buscou-se demonstrar que com o advento das chamadas Constituições Democráticas, principalmente após a Segunda Grande Guerra, inaugurou-se um novo paradigma denominado Estado Democrático de Direito, caracterizado pela transposição dos princípios fundamentais dos diversos ramos do direito para o Texto Constitucional, orientando, assim, todo o ordenamento jurídico infraconstitucional.

O surgimento do Direito Civil Constitucional contribui para esse processo, porquanto realça o dinamismo com que se transformam as relações sociais e torna imperioso o reconhecimento da Constituição Federal como diploma sistematizador de toda a ordem jurídica vigente, impondo a adoção imediata dos princípios nela contidos, a fim de solucionar os conflitos existentes, quer adequando a legislação infraconstitucional por meio de uma “releitura” dos preceitos positivados, quer aplicando os princípios constitucionais calcados na conjugação de raciocínios lógico-valorativos entre as normas constitucionais e as normas privadas.

Longe de qualquer pretensão de exaurir o tema, tentou-se demonstrar a tendência do atual Direito Civil que, acostumado a sua secular estrutura dogmática e atemporal, se viu mergulhado em um mar revolto, porém promissor, cujo maior objetivo é promover a dignificação do homem, atendendo aos seus anseios, desejos e aspirações, não se esquecendo, contudo, que

a travessia deve ser realizada sob o envolvimento dos tranquilos ventos que devagar sedimentam as mudanças – constantes sempre, mas não abruptas – da vida dos homens, de modo a deixar que se regule a sua esfera privada, com a segurança que advém da solidificação e certeza do paradigma contemporâneo.⁴⁸

⁴⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Op. cit. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coords.). Op. cit., p. 105.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. *A personalidade jurídica e os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

LIMA, Taisa Maria Macena de. O contrato no Código Civil de 2002: função social e principiologia. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, 37 (67).jan./jun. 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. *In*: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coords.). *Direito Civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos de direito privado*. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MELGARÉ, Plínio. A Jus-Humanização das Relações Privadas: para além da constitucionalização do Direito Privado. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 19, jul./set. 2004.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. A constitucionalização do direito civil: perspectivas interpretativas diante do novo código. *In*: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coords.). *Direito Civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ESPAÇO ABERTO

11

O ATIVISMO JUDICIAL COMO MECANISMO DE GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE

Diego Coelho Antunes Ribeiro¹

RESUMO

Em decorrência da morosidade e da omissão dos demais poderes, o Judiciário está, cada vez mais, sendo invocado como mecanismo de garantia e efetivação dos direitos omissos. Essa atitude é um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e o seu alcance, de modo que ele possa defender os direitos dos cidadãos, não raras vezes tendo seus direitos omitidos por parte da administração pública. Desse modo, a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. O ativismo judicial tem um papel ainda mais importante no tocante a um dos principais direitos dos cidadãos: o direito à saúde visto que o mesmo é negligenciado, na maioria das vezes, pela administração pública.

Palavras-Chave: Ativismo judicial, direito, saúde.

ABSTRACT

Due to the length and omission of other powers, the judiciary is increasingly being invoked as a mechanism for ensuring and enforcing rights omitted. This attitude is a specific and proactive interpret the Constitution, expanding its meaning and scope, so that the

¹ Advogado. Mestrando em Direito Constitucional pela UFF.

judiciary can defend the rights of citizens, often having their rights omitted by the public administration. Thus, the idea of judicial activism is associated with broader participation and intense the judiciary in achieving the constitutional values and purposes, with greater interference in the performance space of the other two branches. The judicial activism has an even more important role in respect to one of the main rights of citizens: the right to health because it is neglected, most often by the public administration.

Keywords: Judicial Activism, law, health.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O ativismo judicial como forma de garantia do direito à saúde. 3. Conclusão. 4. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A CRFB/88 assegura a todos os cidadãos uma grande diversidade de direitos, que devem ser prestados inteiramente pelo ordenamento. Porém, devido ao descaso da administração pública, a prestação efetiva dos referidos direitos de maneira racional não passa de mera ilusão, visto a administração pública, agindo, com pura negligência, afasta os cidadãos de seus direitos. Nessa esteira, em busca de direitos efetivos, os cidadãos são forçados a clamar ao Poder Judiciário a preservação e aplicação dos mesmos. Desse modo, ocorre o fenômeno do ativismo judicial, onde o Judiciário age proativamente para a garantia dos direitos constitucionais.

Schlesinger *apud* Gomes (2009) lembra que há ativismo judicial quando o juiz se considera no dever de interpretar a Constituição no sentido de garantir direitos.

No mesmo prumo, Verbicaro (2012, p. 17) leciona que

O ativismo judicial, por sua vez, expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e o alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. Trata-se de um mecanismo para contornar, *bypassar* o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso.

É mister ressaltarmos o papel do ativismo judicial no direito à saúde, visto a administração pública não cumprir seu dever de garantir o referido direito.

Ressalte-se, pois, que o Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Eventual atuação contramajoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra, a democracia.

2. O ATIVISMO JUDICIAL COMO FORMA DE GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE

O nosso ordenamento jurídico atual é constituído por um regime o Presidencialista, por meio do qual vigora um principio basilar, qual seja, o da separação de poderes, de modo que estes Legislativo, Executivo e Judiciário, sejam independentes e harmônicos entre si.

Dessa forma, cada um tem sua autonomia e autoridade para atuar de maneira soberana, de modo que não haja intervenção de um sobre o outro.

Moraes (2009, p. 407) leciona que

A Constituição Federal, visando, principalmente, evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, previu a existência dos Poderes do Estado e da Instituição do Ministério Público, independentes e harmônicos entre si, repartindo entre eles as funções estatais e prevendo prerrogativas e imunidades para que pudessem exercê-las, bem como criando mecanismos de controles recíprocos, sempre como garantia da perpetuidade do Estado Democrático de Direito.

Ocorre que, devido a uma negligência por parte do Executivo, do Legislativo e da própria administração pública, o Poder Judiciário tem, cada vez mais, sido chamado para fazer garantir e aplicar direitos de competência daqueles.

Essa atuação ferrenha do Judiciário em fazer cumprir o que está disposto na Constituição Federal de 1988 é o que chamamos de ativismo judicial.

Barroso entende que o ativismo judicial é uma atitude, uma escolha do magistrado no modo de interpretar as normas constitucionais, expandindo seu sentido e alcance, e normalmente está associado a uma retração dos demais Poderes.

Schlesinger *apud* Gomes (2009) lembra que há ativismo judicial quando o juiz se considera no dever de interpretar a Constituição no sentido de garantir direitos.

Torna-se, pois, uma ideia associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.

Segundo Streck *et al* (2007, p. 6),

após a Segunda Guerra Mundial, observa-se uma terceira forma de Estado de Direito. A preocupação com os direitos fundamentais e com a democracia – pilares do novo modelo de Direito Constitucional – proporcionou um grande avanço aos Textos Maiores, que, até então, eram voltados ao bem-estar de um estado intervencionista.

É inegável que, após a promulgação da Constituição de 1988, o Poder Judiciário passou a ter um papel de destaque na sociedade brasileira. O poder constituinte originário atribuiu ao Poder Judiciário a importante missão de ser o guardião dos valores constantes no texto constitucional.

A Constituição promulgada em 1988 elevou a *status* constitucionais vários direitos fundamentais e, por via de consequência, ampliou sobremaneira os mecanismos de defesa desses direitos, incluindo os institutos específicos para defesa dos direitos individuais e coletivos como o mandado de segurança, o *habeas data*, o mandado de injunção e o controle concentrado de constitucionalidade, a ampliação dos legitimados a propor ações de inconstitucionalidades e, ainda, com a ampliação dos poderes do Poder Judiciário.

Com esses direitos fundamentais insculpidos no texto constitucional e a ampliação e a facilitação do acesso à justiça, a população que, até então, era excluída de qualquer mecanismo de poder, e ante a omissão dos poderes para efetivá-los, passou a exigir que o Judiciário se manifestasse a fim de ver garantido aqueles direitos assegurados pelo poder constituinte. É nesse cenário que começam a surgir as primeiras manifestações do novo neoconstitucionalismo, surgindo, no Brasil, a denominada judicialização da política e o ativismo judicial.

Com efeito, dentre os direitos fundamentais assegurados ao cidadão, o artigo 5º, inciso XXXV, dispõe que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário a lesão ou a ameaça ao direito; de igual forma o artigo 4º da lei de introdução ao Código Civil diz que, sempre que a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Nesse diapasão, se conclui que, mesmo nos casos em que o legislador não regulamentou determinado direito, se houver lesão ou ameaça a direitos, o Poder Judiciário ao ser chamado tem de se manifestar, porém, agora, os princípios, que antes eram utilizados somente na ausência de norma aplicável ao caso concreto, passam a ser o centro do ordenamento jurídico, como atores principais, e, na maioria das vezes, limitando o poder do legislador e vinculando todo o ordenamento jurídico.

Capelletti (2002, p. 32) leciona que

a promulgação da Constituição de 1988 trouxe mudanças valorativas ao direito brasileiro, atribuindo crescente importância aos princípios constitucionais e consagrou a universalização do acesso à justiça e os fundamentos do Estado Democrático de Direito, o reconhecimento de diversos direitos individuais e sociais e garantias à sua efetiva proteção jurídica, representou verdadeiro marco paradigmático à inserção do Judiciário na arena política (jurisdicionalização dos conflitos sociais e políticos) a fim de proteger os núcleos substanciais do texto constitucional.

Assim, uma Constituição rica em direitos individuais, sociais e coletivos e uma *práxis* política que, reiteradamente, nega a efetivação de tais direitos, exige uma instância julgadora capaz de assegurar a Constituição como norma diretiva fundamental realizadora dos valores substanciais presentes em seu texto e capaz de garantir o elo contudístico entre política (pública governamental do Estado) ao núcleo valorativo do contrato social expresso na Constituição, que aponta para o resgate das promessas de igualdade, justiça social e realização dos direitos fundamentais e cujo sentido só pode ser alterado a partir de uma ruptura institucional.

Verbicaro (2012, p. 6) nos remete a ideia de que

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações

não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

No Brasil, o processo de elaboração da Constituição favoreceu de modo significativo o ativismo judicial, especialmente ao inserir normas com textura aberta em detrimento das categorias e definições precisas e unívocas cultivadas tradicionalmente pela dogmática jurídica.

Faria (2003) lembra que tal processo teve seu maior realce na Assembleia Constituinte, momento em que os representantes do povo elaboraram uma Carta Constitucional com diversos fatores de indeterminação do direito nas matérias mais palpitantes.

O mesmo autor ainda complementa lembrando que como consequência, o Judiciário teve sua discricionariedade e seu protagonismo ampliados, sendo levado a assumir o papel de revalidador, legitimador, legislador e até de instância recursal das próprias decisões do sistema político.

É nesse cenário de maiores atribuições, liberdade e responsabilidade que se situa o principal desafio do Poder Judiciário: ter uma atuação capaz de garantir a plena realização aos direitos fundamentais dos indivíduos; de conferir eficácia aos programas de ação do Estado (políticas públicas) e, fundamentalmente, de promover a igualdade e a inclusão social.

A fim de garantir essa missão, o constituinte assegurou formas e mecanismos para proteger o próprio texto constitucional da ambição da sociedade e limitar os poderes atribuídos ao Executivo, Legislativo e ao próprio Poder Judiciário.

Note-se, pois, que o presente fenômeno tem uma face positiva: o Judiciário está atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelos demais Poderes.

Verbicaro (2012, p. 19) lembra que

o Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimen-

tos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Eventual atuação contramajoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia.

De tal modo, ressalte-se que a atuação proativa do Judiciário é plenamente constitucional, sendo uma realidade inafastável e coerente, afinal, uma vez que cabe a esse evitar os abusos e omissões de direitos, tudo aquilo que se suspeitar ser inconstitucional passará pelo crivo desse tribunal, logo, observa-se que seja o Judiciário em suas instâncias inferiores, ou mesmo, o STF, quando provocados, nada mais estão fazendo que conceder à tutela jurisdicional àqueles que se valem do contrato social em busca de soluções para seus conflitos, configurando amplo exercício da democracia.

Verbicaro (2012, p. 17) leciona que

O ativismo judicial, por sua vez, expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. Trata-se de um mecanismo para contornar, *bypassar* o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso.

Dessa maneira, em princípio, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem, contudo, invadir o campo da criação livre do Direito.

Faria (1997, p. 56) lembra que

o Judiciário é concebido como portador de um considerável poder de criação do direito através dos precedentes, como guardião dos direitos fundamentais e como ator consciente das implicações ético-morais de suas funções profissionais e, acima de tudo, sensível ao seu meio ambiente, onde encontra as bases históricas para definir e fundamentar seus critérios de interpretação e justiça.

No mesmo sentido, Rosário (2010) assevera que a expansão do âmbito de atuação do Poder Judiciário, bem como sua politização, não são contrárias à Democracia, mas estão em consonância com ela, com o seu conteúdo e com os seus princípios.

Dessa forma, as relações entre direito e política na dimensão constitucional criam um novo espaço aberto ao ativismo positivo de agentes sociais e judiciais na produção da cidadania.

O ativismo cumpre um papel de extrema relevância para a preservação de um dos direitos mais pertinentes em nossas vidas: o direito à saúde.

O direito à saúde está tutelado na Constituição Federal em seus artigos 6º e 196 e deve ser efetivado por meio da integralidade de assistência: diretriz prevista no artigo 198, inciso II, da Constituição Federal e o princípio expresso no artigo 7º, inciso II, da Lei n. 8.080 de 1990.

O direito à saúde pública encontra-se positivado na Constituição Federal expressamente nos artigos 6º e 196, sendo um direito social, fundamental e um dever do Estado. A saúde é inerente aos seres humanos, bem como à sua vida com dignidade, sendo fundamento da República Federativa do Brasil, expresso na Constituição Federal em seu artigo 1º, inciso III.

Dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 3º, apresenta expressamente a busca por uma sociedade livre, justa e solidária; a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e, por fim, promoção do bem de todos.

Lenza (2008) ressalta que o direito à saúde é um dever do Estado, sendo inerente o direito à vida com dignidade, concretizando assim o direito fundamental e social.

No mesmo prumo, Schwartz (2001) afirma que a respeito do direito à saúde e por consequência à vida com dignidade está tutelado pela Constituição Federal de 1988 e pelo ordenamento jurídico, que devem orientar o intérprete e operador do Direito.

A saúde é um direito social previsto constitucionalmente, sendo norma de ordem pública, imperativa e inviolável, cabendo ao Estado concretizar tal direito, conforme escreve Moraes (2008, p. 198)

Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras *liberdades potestativas*, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.

A saúde é um direito de todo o cidadão cabendo ao Estado o dever de garantir e efetivar por meio de políticas públicas, sociais e econômicas, com o intuito de minimizar doenças, agravos e principalmente prevenindo a sociedade por meio tanto da informação quanto da educação, neste sentido escreve Silva (2001, p. 808)

A saúde é concebida como direito de todos e dever do Estado, que a deve garantir mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos. O direito à saúde rege-se pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços que a promovem, protegem e recuperam.

Faria (2003, p. 15) ainda lembra que

como a ordem jurídica não consegue oferecer parâmetros ‘constantes e precisos de interpretação’ os juízes são chamados a decidir as questões que lhes são apresentadas, tornando-se um poder com atribuições, em parte, legislativas. Isso porque, como o sentido definitivo da norma só pode ser estabelecido quando de sua aplicação num caso concreto, na prática, os juízes são obrigados a assumir um poder legislativo. Ou seja: ao aplicar as leis a casos concretos, eles terminam sendo seus co-autores.

Ocorre que o lindo texto sobre a saúde não passa de mera ilusão, isso porque a administração pública se omite do dever de garantir e efetivar o referido direito, fazendo com que o mesmo seja reduzido à condição de mero conceito.

O setor administrativo, agindo de maneira omissa, não raras vezes, cria dificuldades para a prestação do serviço à saúde, impedindo os cidadãos de terem acesso a um direito fundamental. A par dessa atitude da administração pública, o Judiciário há de ser invocado para intervir e garantir a aplicabilidade do referido direito fundamental.

Verbicaro (2012, p. 9) ressalta que

nas Justiças estadual e federal em todo o país, multiplicam-se decisões que condenam a União, o Estado ou o Município – por vezes, os três solidariamente – a custear medicamentos e terapias que não constam das listas e protocolos do Ministério da Saúde ou das Secretarias Estaduais e municipais. Em alguns casos, os tratamentos exigidos são experimentais ou devem ser realizados no exterior.

Ressalte-se que, ao longo das últimas décadas a sociedade contemporânea tem acompanhado a situação da saúde pública no Brasil. A realidade demonstra milhares de pessoas por todo o Brasil abandonadas pelo Estado, espalhadas pelos corredores dos hospitais, no chão, sem tratamento médico, óbitos ocorrem devido à ausência de medicamentos, infecções, falta de recursos, carência de profissionais especializados, equipamentos obsoletos ou abandonados e inexistência de ambulâncias.

Nesse contexto, a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal violam a dignidade da pessoa humana, fundamento expresso na Constituição da República Federativa do Brasil, positivada no artigo 1º, inciso III, deixam de cumprir os objetivos fundamentais expressos em seu artigo 3º, pertinentes à sociedade livre, justa e solidária, não erradicam a pobreza e a marginalização, não reduzem as desigualdades sociais e regionais e, por fim, não promovem o bem de todos.

3. CONCLUSÃO

Nesse sentido, o papel do Judiciário se faz imprescindível para garantia do direito à saúde, visto que a administração pública não cumpre esse papel. Ressalte-se que o direito à saúde é um bem indispensável para o exercício da vida, portanto, o ativismo judicial realizado no presente campo tem um papel fundamental para a democratização universal.

Finalizando, torna-se imprescindível ressaltar que o ativismo judicial faz valer o texto constitucional no tocante aos direitos e garantias fundamentais, haja visto a falta de interesse da administração pública no tocante ao direito à saúde.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acessado em: 15 de novembro de 2012.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Texto consolidado até a Emenda Constitucional n. 64, de 4 de fevereiro de 2010. Brasília: Senado Fe-

deral. Disponível em: <[tp://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acessado em: 23 de maio de 2010.

CAPPELLETTI; Mauro. *Juizes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

FARIA; José Eduardo. *Direito e justiça no século XXI: A crise na justiça no Brasil 2003*. Disponível em: <<http://www.ces.fe.uc.pt/direitoXXI/comunic/JoseEduarFaria>>. Acessado em: 1 de outubro de 2006.

FARIA; José Eduardo. *Qual o futuro do Brasil?* Jornal da Tarde. Caderno 1. 16 de abril de 1988.

GOMES; Luiz Flávio. *O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?* Jus Navigandi. Teresina, ano 13, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12921/o-stf-esta-assumindo-um-ativismo-judicial-sem-precedentes>>.

LENZA; Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES; Alexandre. *Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

ROSÁRIO; Luana Paixão Dantas do. *Politização e legitimidade discursiva do judiciário na democracia brasileira*. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/brasil/13_62.pdf>. acesso em 01/05/2010>. Acessado em: 01/05/2010.

SCHWARTZ; Germano André Doederlein. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA; José Afonso da. *Curso de Direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

STRECK; Lenio Luiz. BARRETTO; Vicente de Paulo. TOMAZ DE OLIVEIRA; Rafael. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, n. 2, jul./dez. São Leopoldo: Unisinos, 2009, v. I.

VERBICARO; Loiane Prado. A (i)legitimidade democrática da judicialização da política: uma análise à luz do contexto brasileiro. *Revista Jurídica da Presidência Brasília*, n. 101 out. 2011/Jan. 2012, p. 445-488, v. 13.

VERBICARO; Loiane Prado. As transformações do poder judiciário nas democracias contemporâneas. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Pará*. Belém, n. 18, jan./jun., 2008.

12

A ESTRUTURA COLUNAR DE UM TRABALHO CIENTÍFICO

Ramom Tácio de Oliveira¹

RESUMO

Este artigo fornece considerações sobre o modo de composição de um trabalho científico, não havendo pretensão de originalidade do assunto. É pesquisa de natureza didática, que tem por meta apontar a parte estrutural de um artigo ou projeto de natureza acadêmica. O objetivo é o de mostrar como se deve elaborar uma introdução, o que devem ser os conteúdos do desenvolvimento e da conclusão do trabalho acadêmico. O processo metodológico bibliográfico é o principal meio de estudo apresentado. O que se quer em síntese é tão apenas facilitar as construções dos trabalhos científicos.

Palavras-Chave: Trabalho científico. Estrutura colunar. O corpo do texto. Como se faz uma introdução. O desenvolvimento. A Metodologia. O Marco teórico. A conclusão.

ABSTRACT

This work provides considerations about the composition mode of a scientific work, there is no claim to originality of subject. Is didactic in nature, research that aims to point the structural part of an article or project of academic nature. The goal is to show how to de-

¹ Juiz Auxiliar da Presidência do TJMG/Precatórios. Mestre e Doutor em Direito Público (PUC Minas). Professor da Faculdade Arnaldo (BH). Aprovado em Concurso para Juiz Federal. Ex-Promotor de Justiça. Ex-Delegado de Polícia. Autor de artigos e obras jurídicas.

velop an introduction, what should be the content of the development and completion of academic work. The methodological process is the primary means of bibliographic study presented. What if you want to sum up so only facilitate the constructions of scientific papers.

Keywords: scientific work. Columnar structure. The body of the text. How to make an introduction. The development. The Methodology. The theoretical Framework. The conclusion.

SUMÁRIO: 1. A introdução; 2. O artigo científico e seus elementos estruturais; 2.1 O resumo; 2.2 O sumário; 2.3 O corpo do texto; 2.3.1 A introdução; 2.3.1.1; A natureza do trabalho (tema proposto); 2.3.1.2 A justificativa 2.3.1.3; Os objetivos gerais e específicos; 2.3.1.4 A hipótese de pesquisa; 2.4 O desenvolvimento; 2.4.1 A revisão da literatura e ou o estado da arte; 2.4.2 A metodologia; 2.4.2.1 O marco teórico; 2.4.2.2 Os principais métodos; 2.4.2.3 A exposição da pesquisa; 2.5 A conclusão; 3. As referências; 4. O projeto científico e sua estrutura; 4.1 Pesquisa jurídico-teórica ou pesquisa dogmática; 4.2 Pesquisa empírica; 4.3 As citações excessivas e o plágio; 5. Conclusão; referências bibliográficas; apêndice.

1. A INTRODUÇÃO

As considerações feitas neste trabalho relacionam-se com o modo de composição de um trabalho científico, e são apresentadas de forma didática, com o intuito de fornecer ao leitor uma sinopse da parte estrutural de um artigo ou de um projeto de natureza acadêmica.

A pergunta que incomoda reside no fato de se ter visto bons trabalhos científicos que, no entanto, pecam pela sua desorganização estrutural, de forma a causar embaraços quanto à visualização do seu objetivo ou da solução encontrada para o problema da pesquisa.

Portanto, de algum modo, as observações contidas no texto poderão contribuir para a ciência e sua prática.

2. O ARTIGO CIENTÍFICO E SEUS ELEMENTOS ESTRUTURAIS

Seguem, em primeiro lugar, breves considerações em torno da estrutura colunar de um artigo científico.

2.1 O resumo

O resumo, além de ser um elemento obrigatório do artigo científico, também deve constituir uma apresentação concisa dos pontos relevantes do texto.

O objetivo, o método, os resultados e as conclusões do trabalho são elementos do resumo, mas nele não devem constar citações ou indicações bibliográficas, sendo recomendável, ainda, que, nessa parte do trabalho, o verbo seja utilizado na voz ativa ou na terceira pessoa do singular.

As Palavras-Chave devem constar do resumo, sendo certo que elas devem evidenciar o conteúdo do trabalho, sendo separadas entre si por um ponto. (CUNHA, 2011)

2.2 O sumário

Além de ser um elemento obrigatório, o sumário deve proporcionar a listagem das seções textuais e pós-textuais que compõem o trabalho, e que permita ao leitor a sua respectiva localização (página). (CUNHA, 2011)

2.3 O corpo do texto

O corpo do texto deve ser formado pela introdução, pelo desenvolvimento e pela conclusão. (CUNHA, 2011)

2.3.1 A introdução

Na introdução deve estar contida a natureza do trabalho, o tema proposto, a justificativa, os objetivos, a hipótese da pesquisa, metodologia (método e estudos exigidos pelo tema escolhido), e outros elementos que possam permitir que se visualize a situação do trabalho. (CUNHA, 2011)

2.3.1.1 A natureza do trabalho (tema proposto)

O tema representa o conjunto teórico onde está situada a problematização que será investigada. É o assunto ou o problema de trabalho. (CUNHA, 2011)

O tema-problema é aquela pergunta causadora de indignação ou perplexidade, seja pela falta de respostas a tal pergunta, seja pela insuficiência das repostas tradicionais dadas a essa pergunta. Ele surge pela falta, na literatura especializada, de soluções imediatas em torno dele. (CUNHA, 2011)

Para se ter um tema-problema, deve-se lançar uma atitude crítica sobre o assunto da investigação. (LEAL, 2001)

2.3.1.2 Justificativa

É importante salientar que a novidade em ciência é complexa. Portanto, para que exista uma justificativa de pesquisa, é importante que se destaque como o tema-problema já fora tratado, e quais foram os pontos de insatisfação detectados em torno das respostas dadas às perguntas feitas em torno dele.

É importante que haja uma revisão da literatura existente, por meio de comentários sucintos em torno das principais obras que tratam direta ou indiretamente do tema proposto.

A justificação deve conter um resumo “estado da arte”, isto é, do atual estado das pesquisas científicas sobre o tema, não existindo problema algum que haja a repetição de uma pesquisa. (VIANNA, 2003)

Exige-se, porém, que a nova pesquisa seja feita em cima de outras condições espaciais ou temporais, para que haja uma re-testagem do que já fora pesquisado.

Deve-se, ainda, mostrar que a resolução do problema para a ciência e para a prática social será importante.

2.3.1.3 Os objetivos gerais e específicos

O objetivo geral é aquilo que o pesquisador busca obter a título de resultado no final de sua investigação. (CUNHA, 2011)

Para a apresentação do objetivo geral do trabalho, deve-se empregar o verbo no infinitivo, sendo indicado para uso verbos como *compreender*, *propor* ou *determinar*. (CUNHA, 2011)

Os objetivos específicos são os procedimentos que serão percorridos para que se alcance o resultado da pesquisa, ou seja, o pesquisa-

dor vai alcançar o objetivo geral a partir do emprego de quais procedimentos. (CUNHA, 2011)

2.3.1.4 A hipótese de pesquisa

É a suposição colocada como resposta plausível e provisória para aquela pergunta causadora de certa perplexidade, ou seja, para a pergunta que é o problema da pesquisa. (SILVA; MENEZES, 2001)

É importante meditar que o processo de pesquisa está voltado para a procura de evidências que comprovem, sustentem ou que refutem a afirmativa feita na hipótese. Então, a hipótese serve para definir até onde o pesquisador quer chegar, sendo ela, portanto, uma diretriz de todo o processo de investigação. (SILVA; MENEZES, 2001)

A hipótese não é uma pergunta, mas, sim, é a apresentação de uma solução prévia ao problema escolhido pelo pesquisador, podendo ser ou não confirmada ao final do trabalho. (SILVA; MENEZES, 2001)

O pesquisador deve expor de que forma irá testar a veracidade de sua hipótese de trabalho, podendo escolher um marco teórico ou uma estratégia de pesquisa empírica ou dogmática. (SILVA; MENEZES, 2001)

2.4 O desenvolvimento

Compreende a revisão da literatura ou estado da arte, metodologia e a exposição da pesquisa. (CUNHA, 2011)

2.4.1 *A revisão da literatura e ou o estado da arte*

A revisão da literatura é a evolução do tema e das ideias de diferentes autores sobre o assunto.

Na revisão de literatura encontram-se as citações textuais ou livres, com indicação dos autores, conforme normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas.

O estado da arte é o nível atual de desenvolvimento atingido por uma ciência, ou técnica. É o quadro atual de uma área, as suas tendências, potencialidades e excelência no assunto. (CUNHA, 2011)

2.4.2 A metodologia

Método é o caminho a ser percorrido para que se alcance a meta proposta (objetivo). Os estudos feitos (entrevista, questionário, observação, experimentação, estudo comparativo, estudo histórico) integram o processo metodológico.

Nesses estudos, devem ser indicados os fundamentos da pesquisa, tal como a hipótese, o marco teórico e os procedimentos de execução do trabalho. (ALVARENGA; ROSA, 2001)

Não é demais dizer, como expõem Silva e Menezes (2001), que os métodos científicos atualmente estão com o seu prestígio abalado, tudo porque a ciência não é um produto de roteiro totalmente previsível, que tenha capacidade de dar respostas ao complexo mundo das investigações científicas por meio de uma única maneira de raciocínio.

Assim, o emprego de um processo metodológico mais extenso abrirá maiores possibilidades de respostas para o problema pesquisado.

2.4.2.1 O marco teórico

Apontar um marco teórico é dizer que a pesquisa será feita sob diretriz de determinada concepção teórica da realidade da obra de um pensador, capaz de acomodar o ponto de vista do pesquisador nos limites do marco escolhido para reger a sua investigação. (VIANNA, 2003)

Desse modo, a pesquisa sob marco teórico ficará vinculada a limites demarcados, pois ele serve para controlar as ideologias do cientista.

É importante também dizer que a escolha de um marco teórico não é obrigatória, até porque o tema pode ser investigado em cima de fatos da vida real.

2.4.2.2 Métodos

O método é uma linha de raciocínio adotada no processo da pesquisa.

Segundo Silva e Menezes (2001), os métodos fornecem as bases lógicas da investigação. Representam o conjunto de processos ou operações mentais que se devem empregar na investigação.

Segundo ainda tais autores, adotar uma metodologia é demonstrar como a pesquisa será executada; qual o desenho metodológico que se pretende adotar. É mostrar como, onde, com quê.

A denominação Metodologia poderá ser substituída por Procedimentos Metodológicos ou Materiais e Métodos. (SILVA; MENEZES, 2001)

Os métodos a seguir indicados fornecem as bases lógicas da metodologia:

MÉTODO DEDUTIVO – Nesse, por intermédio de uma cadeia de raciocínio em ordem descendente, de análise do geral para o particular, para se chegar a uma conclusão. Por meio de constatações generalizadas atingem-se constatações particulares. (SILVA; MENEZES, 2001)

MÉTODO INDUTIVO – Nesse, as constatações particulares vão levar à elaboração de generalizações. (SILVA; MENEZES, 2001)

MÉTODO HIPOTÉTICO-DEDUTIVO (Karl Popper) – Nesse, ao invés da busca de evidências para confirmar uma hipótese, tal como ocorre no método dedutivo, buscam-se evidências empíricas para derrubá-la.

Na linha desse método, quando os conhecimentos disponíveis sobre certo assunto não são suficientes para a explicação de um fenômeno, aparece o problema.

Para explicar as dificuldades expressas no problema, formulam-se conjecturas ou hipóteses. Diante dessas hipóteses formuladas são deduzidas consequências, que serão testadas ou falseadas. (SILVA; MENEZES, 2001)

MÉTODO DIALÉTICO – É um método interpretativo dinâmico e totalizante da realidade, sendo os fatos considerados dentro de um contexto social, político, econômico, etc.

Tem por fundamento a dialética de Hegel, na qual as contradições se transcendem e dão origem a novas contradições, que passam a requerer solução. (SILVA; MENEZES, 2001)

MÉTODO FENOMENOLÓGICO – Há preocupação com a descrição direta da experiência tal como ela é. A realidade é construída socialmente e entendida como o compreendido, o interpretado, o comunicado. Ela não é única, existindo, portanto, tantas realidades

quantas forem as suas interpretações e comunicações. O sujeito/ator é importante no processo de construção do conhecimento.

É preconizado por Edmund Husserl, não sendo dedutivo, nem indutivo. (SILVA; MENEZES, 2001)

2.4.2.3 A exposição da pesquisa

É a análise dos fatos apresentados, a exemplo dos dados obtidos, das estatísticas, comparações com outros estudos e outras observações. (CUNHA, 2011)

2.5 A conclusão

É a discussão dos resultados obtidos na pesquisa, onde se verificam as observações pessoais do autor, isto é, as respostas à problemática do tema exposto.

Deve ser clara e concisa e se ater às hipóteses levantadas e discutidas no trabalho, não podendo nela haver a inclusão de dados novos. (ALVARENGA; ROSA, 2001)

A conclusão não é lugar para que haja citações ou interpretações de outros autores, nada obstante seja um espaço para que se apresentem sugestões e novas linhas de estudo.

A forma impessoal do uso dos termos deve imperar na conclusão. (ALVARENGA; ROSA, 2001)

3. AS REFERÊNCIAS

Referências é o conjunto dos elementos que identificam as obras utilizadas na elaboração do trabalho.

Todas as obras citadas no trabalho devem compor a listagem das referências. (CUNHA, 2011)

As referências devem ser apresentadas em uma única ordem alfabética, independentemente do suporte físico (livros, periódicos, publicações eletrônicas ou materiais audiovisuais). (CUNHA, 2011)

4. O PROJETO CIENTÍFICO E SUA ESTRUTURA

Faz parte do projeto científico o tema o tema-problema, a justificativa da investigação, a metodologia, nela estando o marco teórico, a

hipótese de pesquisa, os objetivos da pesquisa, geral e específicos, a revisão da literatura e ou o estado da arte, assuntos, aliás, que já foram tratados neste trabalho.

Ainda sobre outros requisitos ligados ao projeto, *vide* as notas adiante.

4.1 Pesquisa jurídico-teórica ou pesquisa dogmática

É uma pesquisa feita pela análise de uma norma jurídica isolada do seu contexto social. Parte-se de um dogma jurídico, isto é, de um ponto fundamental tido como certo e indiscutível.

Existe prevalência da concepção formal do direito, entendido como ciência, independente das demais ciências sociais e, por conseguinte, uma ciência dotada de autossuficiência metodológica e técnica.

Essa pesquisa é de gabinete e, portanto, alheia à realidade social, econômica e política da sociedade para a qual o dogma jurídico está sendo construído. (VIANNA, 2003)

4.2 Pesquisa empírica

Faz-se uma análise da norma jurídica dentro da sua realidade social, dando-se ênfase aos fatores econômicos, políticos e sociais, de forma que, a partir das constatações empíricas, procura-se uma solução para o problema pesquisado.

Em síntese, é uma pesquisa que parte do “ser” para se alcançar o “dever ser”; do “real” para se alcançar o “ideal”.

Trata-se de uma concepção realista de pesquisa, num trabalho de observação direta (espontânea ou dirigida), em que haverá coleta e análise de documentos, de legislações, jurisprudência, etc., com aplicação de questionários (abertos ou fechados) e entrevistas (espontâneas ou dirigidas).

O pesquisador poderá valer-se de dados obtidos indiretamente em livros, em artigos de periódicos e em todo e qualquer material bibliográfico impresso ou informático.

É importante ainda dizer que o que faz uma pesquisa ser empírica não é o fato da existência da coleta de dados, mas a postura do pesquisador em relação ao objeto da pesquisa. Na pesquisa teórica, a solução

do problema está no dogma. Na empírica, a busca de solução para o problema está na realidade social. (VIANNA, 2003)

4.3 As citações excessivas e o plágio

A citação excessiva em trabalhos acadêmicos não cria novos conhecimentos, que somente nascem a partir das críticas, argumentações e opiniões daquele que escreve. As citações são importantes, desde que sejam feitas para legitimar o conteúdo de seu trabalho.

O plágio ocorre quando alguém apresenta como seu trabalho intelectual de terceiro. Reproduzir, ainda que em pequenas partes, um texto, sem a citação de sua fonte, é plágio. Portanto, as citações alheias devem estar sinalizadas e identificadas. (CUNHA, 2011)

5. CONCLUSÃO

Acredita-se que o anúncio básico da composição de um trabalho científico foi apresentado neste artigo, tendo, então, ficado em seus escritos, um legado esclarecedor sobre as exigências quanto à textura de um artigo ou de um projeto acadêmico.

Assim, fica a sensação de que esse legado servirá à ciência e à sua prática pelas luzes difundidas quanto à necessidade de que haja um melhor esclarecimento em torno da solução posta ao problema justificador da pesquisa.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVARENGA, Maria Amália de Figueiredo Pereira; ROSA, Maria Virgínia de Figueiredo Pereira do Couto. *Apontamentos de metodologia para a ciência e técnicas de redação científica*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

CUNHA, Helenice Rego. *Padrão PUC Minas de normalização: normas da ABNT para apresentação de teses, dissertações, monografias e trabalhos acadêmicos*. 9. ed. Belo Horizonte: PUC Minas, 2011.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio eletrônico século XXI*. São Paulo: Nova Fronteira, 1999.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 4.ed. Porto Alegre: Síntese, 2001.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *Manual da monografia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1997.

SILVA, Edna Lúcia da; MENEZES, Estera Muszkat. *Metodologia da Pesquisa e Elaboração de Dissertação*. 3. ed. Florianópolis: Laboratório de Ensino a Distância da UFSC, 2001.

VIANNA, Túlio Lima. Roteiro didático de elaboração de projetos de pesquisa em Direito. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 64, 1º abr. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3983>>. Acesso em: 19 nov. 2013.

APÊNDICE

ESTRUTURA FORMAL DE UM TRABALHO CIENTÍFICO

Elementos Pré-Textuais

- Capa.....(obrigatório)
- Folha de rosto(obrigatório)
- Folha de aprovação(obrigatório)
- Resumo e *Abstract*.....(obrigatório)
- Sumário(obrigatório)

Elementos Textuais

- *Introdução*
- *Revisão de Literatura*
- *Metodologia*
- *Resultados (Análise e Discussão)*
- *Conclusão*

Elementos Complementares e Pós-Textuais

- Referências(obrigatório)

NORMAS PARA APRESENTAÇÃO DE ARTIGOS

- Os trabalhos devem ser encaminhados à Assessoria de Comunicação da Amagis, em formato digital, pelo endereço imprensa@amagis.com.br.
- Os artigos devem ter no máximo 30 mil caracteres (com espaço), incluindo títulos e bibliografias, em fonte Times New Roman, tamanho 12, com espaço entrelinhas 1,5cm.
- Os textos deverão conter título (versado também para o inglês), resumo inicial (versado também para o inglês - Abstract), palavras-chave (versadas para o inglês - Keywords), sumário, introdução, desenvolvimento, conclusão e bibliografia.
- Título, resumo e palavras-chave deverão estar versados para o inglês, obrigatoriamente. Caso o autor queira, também poderá acrescentar esses três itens versados para outras línguas.
- O artigo deverá conter também nome(s) completo(s) do(s) autor(es), breve currículo(com no máximo 4 linhas), sempre na primeira página.
- Todos os trabalhos devem ser formatados segundo as regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) e seguir as regras gramaticais vigentes.
- A Assessoria de Comunicação da Amagis está à disposição para esclarecer quaisquer dúvidas. Contate-nos pelo telefone: (31) 3079-3453 ou pelo e-mail imprensa@amagis.com.br

