

REVISTA JURÍDICA DA FA7

PERIÓDICO CIENTÍFICO E CULTURAL ANUAL DO CURSO DE DIREITO
DA FACULDADE 7 DE SETEMBRO

ISSN 1809-5836

RJurFA7	Fortaleza	v. XI	n. 1	abr. 2014	138 p.
---------	-----------	-------	------	-----------	--------

Revista Jurídica da FA7: periódico científico e cultural anual do Curso de Direito da Faculdade 7 de Setembro / Faculdade 7 de Setembro – v. 1, nº 1, (jan./dez. 2004) – Fortaleza: Bookmaker, 2004.

Publicação anual
ISSN 1809-5836

1. Periódico científico e cultural – Faculdade 7 de Setembro – FA7.
2. Artigos Jurídicos. I. Faculdade 7 de Setembro – FA7.

CDD 340.05

Pede-se permuta / We ask for exchange / On demande l'échange / Se pide permuta

REVISTA JURÍDICA DA FA7
PERIÓDICO CIENTÍFICO E CULTURAL ANUAL DO CURSO DE DIREITO DA FACULDADE 7 DE SETEMBRO
www.fa7.edu.br | rjurfa7@fa7.edu.br

ISSN 1809-5836

EDITOR

Prof. Me. Felipe dos Reis Barroso, FA7

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Me. Alécio Saraiva Diniz, FA7
Prof. Ma. Ângela Teresa Gondim Carneiro, FA7
Prof. Me. Danilo Fontenelle Sampaio, FA7
Prof. Ednilo Gomes de Soárez, FA7
Prof. Dr. Felipe Braga Albuquerque, UFC
Prof. Me. Fernando Antônio Negreiros Lima, FA7
Prof. Dr. João Luís Nogueira Matias, UFC
Prof. Me. Luiz Dias Martins Filho, FA7
Prof. Dra. Maria Vital da Rocha, FA7
Prof. Dr. Otavio Luiz Rodrigues Jr., USP

CONSELHO INTERNACIONAL

Prof. Dr. Antonio Fernández de Buján
(Universidade Autônoma de Madri, Espanha)
Prof. Dr. Luís Rodrigues Ennes
(Universidade de Vigo, Espanha)
Prof. Dra. María José Bravo Bosch
(Universidade de Vigo, Espanha)

EDITORIAÇÃO ELETRÔNICA

Carlos Rios

REVISÃO

Tony Sales

PROJETO GRÁFICO

Book
editora

Tiragem: 500 exemplares

FACULDADE 7 DE SETEMBRO
Av. Alm. Maximiano da Fonseca, 1395 – Bairro Eng. Luciano Cavalcante
CEP: 60811-024 – Fortaleza, Ceará, Brasil
Telefone: (+55.85) 4006.7600

DIRETOR-GERAL
Ednilton Gomes de Soárez

DIRETOR ACADÊMICO
Ednilo Gomes de Soárez

VICE-DIRETOR ACADÊMICO
Prof. Dr. Adelmir de Menezes Jucá

SECRETÁRIA-GERAL
Fani Weinschenker de Soárez

COORDENADORES:

Administração: Prof. Francisco Hercílio de Brito Filho

Ciências Contábeis: Prof. Emílio Capelo

Comunicação Social: Prof. Dilson Alexandre

Direito: Profa. Maria Vital da Rocha

Pedagogia: Prof. Marco Aurélio Patrício

Sistemas de Informação: Prof. Marum Simão Filho

APRESENTAÇÃO

Ininterruptamente, nossa revista vem sendo publicada desde 2006, trazendo artigos de doutrinadores brasileiros e estrangeiros, e, neste número, também relatos de pesquisa de alunos que obtiveram a maior pontuação nos IX e X Encontros de Iniciação Científica da FA7, ocorridos em 2013 e 2014, respectivamente.

Os alunos Ingrid Nayara N. Bastos dos Santos e Lincoln Simões Fontenele, autores de relatos aqui publicados, integraram o grupo de estudos *Direito e Globalização*, sob a orientação do prof. Ramon de Vasconcelos Negócio, que funcionou no biênio 2013/14. O grupo surgiu e operou a partir de algumas questões, como as influências da globalização sobre o sistema jurídico e a inclusão de temáticas globais no âmbito acadêmico cearense. Fomentou, ademais, a escrita de trabalhos (ainda) não publicados, mas defendidos em forma de monografia de conclusão de curso. Nossos cumprimentos, pois, ao professor orientador e aos alunos que se envolveram nas reflexões sobre temática tão relevante.

Destacamos também a outorga, em 2014, da *Comenda FA7 Professor Agerson Tabosa*, no seu terceiro ano, ao professor Paulo Bonavides, notável constitucionalista que tem projetado o pensamento jurídico do Ceará *urbi et orbi*.

Também em homenagem ao mestre romanista, no presente ano foi lançado o *Prêmio de Monografias Jurídicas Professor Agerson Tabosa*, ao qual foram indicadas 23 monografias de conclusão de curso pelas respectivas bancas examinadoras, que concederam unanimemente nota 10,0. As monografias indicadas foram em seguida reavaliadas por um par de docentes da casa: profs. José Vander Chaves e Ângela Gondim Carneiro, ou profs. Maria Vital da Rocha e Edvaldo de Aguiar Portela Moita. As monografias foram reavaliadas no sistema de dupla avaliação cega (*double blind review*). Os três primeiros colocados, em 2014-2, foram os bacharelandos: Rui Guimarães Sampaio, em 1º lugar, com a monografia intitulada *Dano moral coletivo no Direito do Trabalho* (sob a orientação do prof. Paulo Carvalho); em 2º lugar, Gabriela de Freitas Sales, com a monografia intitulada *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como fundamento para a soltura de presos provisórios* (sob a orientação do prof. Rafael Mota); e o orador da XVI turma do Curso de Direito, Eraldo Accioly Ferreira Filho, em 3º lugar, com a monografia intitulada *A resignificação da soberania jurídica à luz da Teoria dos Sistemas de Luhmann: relações horizontais a partir de um diálogo transconstitucional* (sob a orientação do prof. Ramon Negócio). Neste número, publicamos o artigo de Rui Guimarães Sampaio, que resultou da monografia premiada.

Agradecemos aos colaboradores pelos textos aqui publicados e convidamos nossos leitores a conhecerem os principais focos de investigação aqui realizados, com impacto na compreensão e aplicação do Direito.

Boa leitura.

Prof. Me. FELIPE dos Reis BARROSO
editor

EXPEDIENTE

A Revista Jurídica da FA7 é o periódico anual de divulgação da produção acadêmica dos professores e alunos do Curso de Direito da Faculdade 7 de Setembro (FA7).

Publica também textos de professores e demais profissionais do Direito de outras instituições, nacionais e estrangeiras.

A *RJurFA7* concentra-se na área do Direito Privado e Relações Sociais e todos os textos nela publicados estão também disponíveis, na íntegra, no sítio eletrônico da FA7, em www.fa7.edu.br.

As regras para publicação na *RJurFA7* encontram-se ao final de cada volume e no referido sítio eletrônico da FA7.

A FA7, o editor e o Conselho Editorial não são responsáveis pelo conteúdo dos textos publicados, nem pelos dados e opiniões expressas pelos seus autores.

A *RJurFA7* não tem fins lucrativos e é distribuída gratuitamente para bibliotecas brasileiras e estrangeiras, pelo sistema de permuta.

SUMÁRIO

Revista Jurídica da FA7
FA7 Law Review
v. XI, n. 1, abril/2014
ISSN 1809-5836

Artigos

A USUCAPIÃO CONJUGAL NO DIREITO BRASILEIRO <i>Adverse possession by marriage in Brazilian Law</i> Ana Cláudia Barbosa Proença de Brito	9
ASPECTOS POLÊMICOS DA COMPRA E VENDA COM RESERVA DE DOMÍNIO <i>Controversial aspects of sale agreement with title retention</i> Bruno Leonardo Câmara Carrá	19
DA LEGITIMIDADE DOS JUÍZES COMO NECESSIDADE DEMOCRÁTICA <i>Legitimacy of judges as a democratic need</i> Danilo Fontenele Sampaio Cunha	37
OS PRECEDENTES JUDICIAIS NO BRASIL E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA SEGURANÇA JURÍDICA, DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E DA IGUALDADE <i>Judicial precedents in Brazil and constitutional principles of legal certainty of reasonable duration of the process and equality</i> Karla Fernandez Gomes	47
OBLIGACIONES. EL CONCEPTO: SU EVOLUCIÓN Y LOS ELEMENTOS QUE LE DAN LA RAZÓN <i>Obrigações. Conceito: sua evolução e os elementos que o fundamentam</i> Mafalda Victoria Díaz Melián de Hanisch	61
ATIVISMO JUDICIAL: PANORAMA ATUAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL <i>Judicial Activism — Current scenario in Brazil’s Federal Supreme Court</i> Arthur Maximus Monteiro	67
DANO MORAL COLETIVO NO DIREITO DO TRABALHO <i>Collective Moral Damage in Labor Law</i> Rui Guimarães Sampaio	79
BREVE AVERIGUAÇÃO HISTÓRICA E ELEMENTAR DA RECONVENÇÃO NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO <i>Brief Historical Aspects of the Counterclaim Institute in Brazil’s Labor Procedural Law</i> Luiz Fernando Vescovi	93

IX Encontro de Iniciação Científica (2013)

Relatos de pesquisa

INCLUSÃO SOCIAL NO ÂMBITO TRANSNACIONAL Lincoln Simões Fontenele	103
RELATIVISMO DOS DIREITOS HUMANOS NO CENÁRIO GLOBAL E A PROPOSTA DO TRANSCONSTITUCIONALISMO Ingrid Nayara Nogueira Bastos dos Santos	109
A PROTEÇÃO À VÍTIMA E À TESTEMUNHA ESTABELECIDADA PELA LEI 9807/99 E A PRINCIPALIDADE PROCESSUAL Roberta Sara Riotinto Bezerra	115

X Encontro de Iniciação Científica (2014)

Relatos de pesquisa

A INCIDÊNCIA DA CLASSIFICAÇÃO INDICATIVA COMO GARANTIA DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS NAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS Rodney Rodrigues de Souza	121
RAZÃO E EMOÇÃO: UMA QUESTÃO DE EQUILÍBRIO TAMBÉM NO ATO DE JULGAR Ana Maria Moreira de Sousa Mendes Bezerra	125
ASPECTOS JURÍDICOS DA MODA: ANÁLISE CRÍTICA DO <i>FASHION LAW</i> NO BRASIL Taís Tavares Vieira Pessoa	129
ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS E ONGs NO SISTEMA DE REDES DA SOCIEDADE GLOBAL COMPLEXA Ingrid Nayara Nogueira Bastos dos Santos	133

Os textos assinados são de responsabilidade exclusiva dos seus autores e estão organizados por ordem alfabética pelo sobrenome do autor.

Os *abstracts* encontram-se ao final dos textos respectivos.
Abstracts follow each text.

A USUCAPIÃO CONJUGAL NO DIREITO BRASILEIRO

Ana Cláudia Barbosa Proença de Brito

Aluna do curso de Direito da FA7. Artigo sob a orientação do prof. Me. José Vander Tomaz Chaves (FA7).
claudiaproenca.acbp@gmail.com

SUMÁRIO: Introdução. 1. Noções Gerais de Propriedade. 2. A Usucapião Conjugal. 3. Das Principais Controvérsias acerca da Usucapião Conjugal. Considerações Finais. Referências.

Resumo: O tema do presente estudo guarda relação direta com um dos modos de aquisição da propriedade, qual seja, a usucapião. Por possuir diversas peculiaridades, decidiu o legislador criar modalidades para atender necessidades específicas. Entre essas várias modalidades, a usucapião conjugal ganhou destaque por ser a mais recente. Prevista no art. 1240-A do Código Civil (CC), essa modalidade possui diversos aspectos controversos e problemáticos. Objetivando analisar as atecniais e inconstitucionalidades que prejudicam a aplicabilidade de tal norma, fez-se ampla pesquisa doutrinária, principalmente em bibliotecas. Várias foram as críticas apresentadas, constatando-se um entendimento predominante pela inconstitucionalidade do mencionado dispositivo legal e pela necessidade de adequada compreensão da terminologia empregada.

Palavras-chave: Função social. Abandono do lar. Propriedade. Usucapião familiar.

INTRODUÇÃO

O programa “Minha Casa, Minha Vida” foi regulado pela Lei nº 12.424/11, tendo esta, em seu artigo 9º, acrescido ao CC o art. 1240-A, o qual trata da usucapião conjugal.

Buscando uma maior aplicabilidade ao direito fundamental à moradia, o legislador fundamentou essa modalidade de usucapião na ideia de que, decorrido o prazo de dois anos, o cônjuge que permanecer no imóvel após de abandonado o lar pelo outro terá direito a usucapir a parte que não lhe cabia. Entretanto, tal instituto traz alguns requisitos peculiares os quais o tornam alvo de diversas discussões relacionadas a eventuais inconstitucionalidades e atecniais.

O uso da palavra “direta” no artigo supracitado do CC, a compreensão do que seria considerado abandono, a suposta afronta à EC nº 66/10, o início da contagem do prazo, a possibilidade da efetivação da presente modalidade apenas aos imóveis urbanos e, ainda, o limite do uso do instituto a uma única vez são pontos amplamente debatidos no presente trabalho.

Nesse sentido, serão ressaltados os temas controversos, indicando, quando oportuno, considerações que tenham por objeto sanar as atecniais mais evidentes.

1 NOÇÕES GERAIS DE PROPRIEDADE

A compreensão do instituto da usucapião conjugal está intrinsecamente ligada ao entendimento da propriedade privada. Assim, mister se faz que seja explanado o sentido adequado desta. No intuito de elucidar o mencionado tema, Pontes de Miranda (1955, p. 9) assim dispõe:

Em sentido amplíssimo, propriedade é o domínio ou qualquer direito patrimonial. Tal conceito desborda o direito das coisas. O crédito é propriedade. Em sentido amplo, propriedade é todo direito irradiado em virtude de ter incidido regra de direito das coisas (CP, arts. 485, 524 e 862). Em sentido quase coincidente, é todo direito sobre as coisas corpóreas e a propriedade literária, científica, artística e industrial. Em sentido estritíssimo, é só o domínio.

A ideia de propriedade remonta ao homem primitivo, o qual já compreendia a necessidade de dominação para proteger seus objetos de caça, suas presas e seus territórios. A partir do desenvolvimento da concepção de domínio, os conflitos foram inevitáveis, visto que aquele era representante de poder.

Diante do choque de interesses, imprescindível era a criação de um sistema de controle. Para cumprir tal função, a norma foi o meio adequado e eficaz encontrado para a manutenção da ordem e a garantia de proteção dos bens que já estavam submetidos a domínio estável.

A esse respeito, nas lições de Pereira (2013, p. 67), observa-se que:

A princípio foi o fato, que nasceu com a espontaneidade de todas as manifestações fáticas. Mais tarde foi a norma que o disciplinou, afeiçoando-a às exigências sociais e à harmonia da coexistência. Nasceu da necessidade de dominação. Objetos de uso e armas. Animais de presa e de tração. Terra e bens da vida. Gerou ambições e conflitos. Inspirou a disciplina. Suscitou a regra jurídica. Tem sido comunitária, familiar, individual, mística, política, aristocrática, democrática, estatal, coletiva.

Entretanto, somente em Roma pôde-se encontrar o nascimento do instituto da propriedade, embora não se tenha elaborado um conceito específico. Com a invasão bárbara surgiu a fase feudal, em que a propriedade de grandes territórios foi destinada aos nobres, restando aos camponeses explorar pequenas porções de terras em troca da entrega de parte da sua produção ao seu senhor.

Com a eclosão das Revoluções Liberais, apregoou-se a autonomia da vontade, permitindo, assim, a aquisição de propriedade pelo empenho de cada indivíduo. A partir de então, o direito àquela adquiriu status constitucional e passou a contemplar o rol dos direitos fundamentais de primeira geração.

Coadunando com a concepção liberal, a Constituição Brasileira de 1988 traz previsão ao direito fundamental à propriedade especificando-o em seu art. 5º, caput e inciso XXII, os quais estabelecem que é garantido a todo brasileiro o direito à propriedade. Ante a constatação de tal previsão e da importância do instituto, Farias e Rosenvald (2012, p. 279) ensinam que:

O direito subjetivo de propriedade acaba por se firmar como o mais amplo de todos os direitos subjetivos patrimoniais. Há sólidos argumentos que mantêm o caráter fundamental do direito à propriedade. Para além de seu reconhecimento constitucional expresso, são inegáveis a sua imutabilidade formal e material e a judicialidade plena. É o direito real por excelência, em torno do qual gravita o direito das coisas. Com efeito, a propriedade é um direito fundamental que, ao lado dos calores da vida, liberdade, igualdade e segurança, compõe a norma do art. 5º, caput, da Constituição Federal.

Com o reconhecimento do caráter fundamental ao direito à propriedade, poder-se-ia supor que este seria exercido para satisfazer todos os caprichos do proprietário. O próprio art. 1228

do CC facilita tal percepção, vez que cita a possibilidade de o proprietário usar, gozar e dispor do bem sobre o qual exerce seu direito, sem, no entanto, especificar claramente as obrigações que advenham deste; apenas apresenta o § 1º, o qual aborda de maneira imprecisa os deveres para o exercício responsável do poder de proprietário. Contudo, aquele que desfruta da propriedade deve observar a função social que esta atrai para si.

Função social é um termo de origem latina que deriva de *function*, ou seja, traduz-se pela finalidade inerente a determinado instituto jurídico.

Passou-se a compreender que os direitos individuais de um poderiam ferir os interesses da coletividade. O Direito, a partir de então, passou a resguardar as garantias sociais, não se permitindo que uma dada prerrogativa fosse exercida em detrimento do interesse público. A função social, assim, impõe que os direitos privados devem ser efetivados não para atender unicamente o interesse individual, mas, também, para prover as necessidades da coletividade.

Diante de tal princípio, o direito à propriedade incorporou seus fundamentos e passou a ser preconizada a necessidade de sua harmonização com os anseios sociais. Por conseguinte, compreende-se que tal direito traz em si um dever, qual seja exercer as prerrogativas de proprietário sem, no entanto, deflagrar resultados ilícitos e ofensivos à integridade social.

A partir do exposto, é possível verificar o adequado conceito de direito à propriedade, compreendendo este, conforme o art. 1228, caput, do CC, como o direito de usar, gozar e dispor da coisa, bem como reavê-la de quem injustamente a tenha tomado, de modo a coadunar-se o interesse do proprietário com o interesse coletivo.

“Usar” significa colocar o bem a serviço do proprietário, extraindo daquele a utilidade que lhe é peculiar. “Fruir” pressupõe extrair da coisa os frutos e produtos, entendendo-se estes como os bens gerados por outros bens. O produto, entretanto, difere do fruto pelo fato daquele não ser renovável. “Dispor” aborda a possibilidade de desfazer-se da propriedade, tornando-a alheia através da venda, troca, doação ou outro meio de transferência. O último elemento especificado pela lei é o rei vindicatio, qual seja a possibilidade de reaver o bem que foi indevidamente retirado.

A propriedade possui, além dos elementos já descritos, características peculiares. Assim, pode-se dizer que ela possui um caráter absoluto. Isso não quer dizer que se trata de um direito sem limites, mas que é oponível erga omnes, ou seja, é legítimo reclamá-lo contra qualquer pessoa que adentrar ou utilizar o imóvel sem autorização.

O direito à propriedade é pleno, isto é, todos os poderes inerentes à coisa estão nas mãos do proprietário sem que ninguém possa exercer nenhum direito real sobre esse bem. Esse direito ainda é caracterizado pela exclusividade, aspecto comum a todos os direitos reais e significa que se alguém é dono de um bem, ninguém mais poderá sê-lo. Outra peculiaridade importante é a perpetuidade. Isso não significa infinitude, pois se trata do desconhecimento do término de tal direito. Diniz (2013, p. 137) esclarece minuciosamente tal diferenciação:

Tal perpetuidade não significa que um bem deve pertencer sempre ao mesmo titular, visto que os homens duram, em regra, menos do que seus bens de que são donos. Compreende sua perpetuidade a possibilidade de sua transmissão, que é até um dos meios de tornar durável a propriedade, por um lapso de tempo indefinido, uma vez que o adquirente é o sucessor do transmitente, a título singular ou universal, recebendo todos os seus direitos sobre a coisa transmitida.

Por fim, a propriedade é caracterizada pela elasticidade, ou seja, alterna momentos de plenitude e limitação. Por exemplo, ao adquirir um bem por compra e venda, constitui-se a propriedade plena, contudo, se posteriormente o proprietário oferecê-la em hipoteca, passará aquela a ser limitada, e com o pagamento da dívida a propriedade voltará a ser plena.

Visto o conceito e as características da propriedade, é importante compreender como se dá a sua aquisição, especificamente quanto à propriedade imobiliária, objeto do presente estudo. Uma das modalidades de destaque é o registro do título, sendo este um ato formal e burocrático. Compreende-se, conforme palavras de Monteiro (2011, p. 120), que a aquisição da propriedade, no direito brasileiro, não se consuma apenas com o acordo de vontades.

A acessão também é um exemplo de forma de aquisição. Aceder significa acrescentar, assim a propriedade de um bem surge no momento em que ele adere a um imóvel cujo proprietário já é definido. A acessão, consoante esclarece Gonçalves (2013, p. 314), depende de dois requisitos: a união de duas coisas, até então separadas, e a natureza acessória de uma delas, uma vez que na acessão predomina o princípio segundo o qual o acessório segue o principal.

Outra forma de aquisição de propriedade é a usucapião, definida por Farias e Rosenvald (2012, p. 396) como “modo originário de aquisição de propriedade e de outros direitos reais, pela posse prolongada da coisa, acrescida dos demais requisitos legais”. Ressaltam os autores a originalidade da usucapião, no sentido de que a propriedade usucapida não guarda nenhuma relação com a propriedade anterior.

O fundamento principal da usucapião é a consolidação da propriedade, pois o proprietário relapso, ao abandonar o bem, descumpra o princípio da função social da propriedade, devendo, portanto, ser privado da coisa em favor do possuidor que a protege e dá utilidade, beneficiando interesses particulares e sociais.

Dito isto, faz-se imprescindível descrever os requisitos para efetivação da usucapião. Dentre os requisitos genéricos, ou seja, comuns a todas as modalidades, temos a *res habilis*, isto é, coisa hábil a ser usucapida. Existem bens que são afastados pela própria lei da aquisição por usucapião, e exemplo disso são os bens públicos sobre os quais a Constituição Federal em seus arts. 183, § 3º, e 191, parágrafo único, estabelece a impossibilidade de serem usucapidos.

A posse deve ser usucapionem, isto é, deve ser capaz de produzir como efeito a usucapião. Existem posses que não gerarão tal possibilidade, caso da posse de quem é titular do direito. Se a pessoa já tem propriedade, não há como adquiri-la novamente. A posse sem *animus domini* também não será apta a gerar a usucapião, pois há de se observar se o possuidor tenciona ter o bem para si como se dono fosse.

Ressalta-se como requisito o fato de a posse ser mansa e pacífica. Segundo Diniz (2013, p. 186), tal exigência é atendida quando a posse for:

[...] exercida sem contestação de quem tem legítimo interesse, ou melhor, do proprietário contra quem se pretende usucapir. Se a posse for perturbada pelo proprietário, que se mantém solerte na defesa de seu domínio, falta um requisito para a usucapião. Para que se confirme a usucapião é mister a atividade singular do possuidor e a passividade geral do proprietário e de terceiros, ante aquela situação individual.

A posse deverá ainda ser ininterrupta, tal seja, deverá ser contínua ao longo do lapso temporal exigido pela lei, pois não há como computar o prazo para usucapir um bem a partir de retalhos de tempo nos quais aquele foi devidamente possuído.

Finalmente, como já versado, deve-se respeitar o intervalo de tempo determinado pela lei, o qual difere de acordo com a modalidade de usucapião a ser alegada.

Além dos requisitos genéricos, cada modo de usucapião apresentará peculiaridades que deverão ser observadas, sob pena da não efetivação da propriedade pelo possuidor.

A usucapião extraordinária, prevista no art. 1238 CC, não exigirá nada além dos requisitos genéricos, estabelecendo prazo de 15 anos. Já a ordinária, renunciada no art. 1242 CC, terá como exigências específicas o justo título e a boa-fé, além do lapso temporal de 10 anos. A boa-fé configura-se quando o possuidor não tem conhecimento de irregularidade que acomete o negócio jurídico realizado para aquisição do bem. O justo título pode ser entendido como um motivo jurídico, como por exemplo, um contrato ou registro na matrícula do imóvel maculado por vícios, os quais acarretarão a invalidação de tais documentos.

Exige-se para a usucapião especial rural e urbana, o que é descrito respectivamente nos arts. 1239 e 1240 do CC, identicamente, a ausência de propriedade sobre outro imóvel, o uso do bem para moradia e prazo de 5 anos. A usucapião rural, no entanto, exige, de forma particular, a produtividade da área agrícola cuja extensão deverá ser de, no máximo, 50 hectares.

A usucapião urbana impõe, especialmente, uma área com limite de 250 m² e a ausência de requisição de usucapião na mesma modalidade.

Mostra-se importante, ainda, para análise completa do instituto, traçar breves considerações sobre a usucapião coletiva e a indígena.

A primeira se encontra prevista no art. 10 do Estatuto da Cidade, o qual estabelece a possibilidade de um imóvel de no máximo 250 m² ser usucapido após 5 anos por uma coletividade de baixa renda. A segunda, pormenorizada no art. 33 do Estatuto do Índio, propicia ao indígena possuidor de uma área não maior a 50 hectares usucapi-la após 10 anos.

2 A USUCAPIÃO CONJUGAL

Não obstante a existência de todas essas modalidades diversas, o legislador, na Lei nº 12.424, de 16 de julho de 2011, a qual regulamenta o programa “Minha Casa, Minha Vida”, adicionou, em seu o artigo 9º, um novo dispositivo no CC, o art. 1240-A, que versa sobre a usucapião conjugal, igualmente chamada de usucapião familiar ou usucapião especial urbana por abandono.

Essa modalidade, como as demais, possui requisitos próprios, quais sejam: a existência de um imóvel urbano comum do casal, tratando-se de uma relação patrimonial surgida do casamento ou união estável (hétero ou homossexual). Deve-se, entretanto, observar o regime de bens aplicável à relação conforme esclarece Farias e Rosendal (2012, p. 465):

O fracionamento da propriedade pode tanto derivar da comunhão universal de bens, como pela aquisição onerosa por um dos cônjuges após o matrimônio pelo regime da comunhão parcial, ou mesmo pela evidência do esforço comum no regime da separação obrigatória. .

Essa Além disso, é preciso que ocorra o abandono de lar por parte de um dos cônjuges, e esse abandono deve ser voluntário. Com certeza, trata-se de um dos requisitos mais polêmicos dessa modalidade de usucapião, vez que reabre a discussão sobre a culpa pelo fim do relacionamento.

Exige-se, ainda, o transcurso do tempo de 2 anos, tratando-se do prazo mais curto se comparado às demais usucapiões existentes, devendo o ex-cônjuge permanecer na posse com animus domini e sem a oposição daquele que abandonou o lar.

Ademais, destaca-se que o imóvel deve ser urbano, limitando-se a extensão de até 250 m², não podendo o cônjuge que permaneceu no lar ser proprietário de outro imóvel. Ressalta-se, por fim, que esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

Em suma, terá direito a usucapir a parte do imóvel que pertencia ao outro cônjuge ou companheiro aquele que, uma vez abandonado, permanecer no imóvel onde reside a família com exclusividade e sem que seja contestada por aquele que deixou o lar a sua parcela sobre o bem.

Ao estabelecer a usucapião conjugal, o legislador buscou dar aplicabilidade ao direito fundamental à moradia, o qual é garantidor da dignidade da pessoa humana, dado que representa elemento para assegurar o mínimo existencial. Essa modalidade de usucapião visa à proteção ao valor familiar e mostra-se sensível à condição do cônjuge ou companheiro que se manteve forte para seguir com a administração do lar, assumindo solitariamente todos os encargos próprios da função.

Tal instituto fundamenta-se também no princípio da função social da propriedade, conforme esclarece Diniz (2013, p. 194):

A novel usucapião, ao invadir a órbita do direito de família, atende à função social da propriedade por garantir a moradia daquele que exerce a posse do imóvel, protegendo a comunidade familiar, apesar de violar normas sobre propriedade e regime matrimonial.

O instituto, portanto, fomenta a função social da propriedade na medida em que possibilita a manutenção da estrutura familiar, objetivando garantir moradia adequada para aqueles que mantiveram a relação afetiva e conduziram a administração do lar.:

3 DAS PRINCIPAIS CONTROVÉRSIAS DA USUCAPIÃO CONJUGAL

Não obstante o caráter benévolo do instituto, é possível identificar prováveis atecias e inconstitucionalidades que o acometem.

Inicialmente, pode-se indagar sobre o sentido da palavra “direta” empregada no art. 1240-A, o qual estabelece que o cônjuge ou companheiro abandonado deve exercer posse direta sobre o imóvel como se aquele que deixou o lar ainda exercesse uma posse indireta, sendo tal concepção incompatível com o sentido de abandono da propriedade, haja vista que poderia significar algum resquício de interesse por parte daquele que foi embora. Assim, esclarece Diniz (2013, p. 195) que “o conceito de posse direta referido no art. 1240-A do Código Civil não coincide com a aceção empregada no art. 1197 do mesmo Código”.

Outro ponto importante e causador de controvérsia é a definição de “abandono de lar”, já que é difícil compreender quando este estaria configurado. Investiga-se ainda se o cônjuge ou companheiro que optou por deixar o lar, mas que continua em contato com os filhos, mesmo longe da antiga residência, enquadrar-se-ia na situação de larífugo. Compreende-se que tal situação não configuraria abandono, pois sair do antigo lar e reconstruir nova vida, sem, no entanto, deixar de dar assistência aos filhos, é uma escolha particular que não pode ser tolhida por mandamentos retrógrados, os quais engessam a liberdade dos indivíduos.

Conexo com tal problemática, discute-se uma provável afronta à Emenda Constitucional no 66/10, conforme assentam Farias e Rosenvald (2012, p. 465):

O abandono do lar por parte de um dos conviventes – certamente este é o requisito mais polêmico da usucapião pró-família. Afinal a EC no 66/10 revogou todas as disposições contidas em normas infraconstitucionais alusivas à separação e às causas da separação, como por exemplo, o artigo 1573 do Código Civil que elencava dentre os motivos caracterizadores da impossibilidade de comunhão de vida, “o abandono voluntário do lar conjugal” (inciso IV). Com a nova redação conferida ao art. 226, par. 6º, da CF [...] não apenas são superados os prazos estabelecidos para o divórcio, como é acolhido o princípio da ruptura em substituição ao princípio da culpa, preservando-se a vida privada do casal.

Não há dúvidas, portanto, sobre inconstitucionalidade do instituto, conforme esclarece Luciana Silva (2011, p. 3):

O Direito de Família brasileiro, nem mesmo sob a máscara de função social da propriedade, admite a intervenção estatal desarrazoada na vida privada, sob a pena de violação da dignidade da pessoa humana. No mais, os princípios constitucionais possuem função de revelar e unificar o Ordenamento Jurídico, não permitindo afronta por normas infraconstitucionais. Assim, fazer da culpa a fênix que surge das cinzas pelo Usucapião dito pró-Família ofende a ordem constitucional posta, a qual é baseada na afetividade e não mais no patrimônio ou na tutela da moral..

Se há dúvidas para definir o abandono, é questionável o momento que se deve iniciar a contagem do prazo de 2 anos. Questiona-se se deve ser contabilizado o período de abandono anterior à vigência da lei. Após discussões doutrinárias, entendeu-se que sua contagem deve começar a partir da vigência da Lei no 12.424, ou seja, 16 de junho de 2011, segundo esclarece Gama e Marçal (2013, p. 266-267):

Seria possível que pessoa que já preenchesse os requisitos legais para o reconhecimento da usucapião conjugal pudesse se valer no ano de 2012 de tal modalidade de aquisição de propriedade?

Impõe-se a resposta negativa. Qualquer interpretação em sentido contrário violaria o princípio da segurança jurídica ao surpreender o ex-cônjuge ou ex-companheiro a quem se impute o abandono do lar, além de implicar em retroatividade da lei ora editada. Tal raciocínio fora adotado por ocasião da instituição da usucapião especial urbana, que teve o seu prazo reduzido pela Constituição Federal de 1988, em que E. STF entendeu por não ser computado o prazo anterior a lei.

Assim, o prazo bienal deve ser contado a partir da data da entrada em vigor da Lei 12.424/2011, o que ocorrera em 16.06.2011. Tal orientação restou consagrada no Enunciado 498 aprovado na V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal.

Ademais, um lapso temporal tão abreviado talvez fira o princípio da igualdade, pois as demais modalidades de usucapião garantem períodos mais alargados. Então, por que exigir da usucapião conjugal dilação tão curta, se tal modalidade envolve questões extremamente subjetivas como sentimentos e dores, as quais não podem ser refletidas ou, até mesmo, resolvidas em 2 anos?

Ainda quanto à contagem do prazo, Gama e Marçal (2013, p. 262) esclarecem que se se observar apenas a literalidade da norma, aquele só começaria a ser contado a partir do divórcio ou da comprovação efetiva da dissolução da união estável, uma vez que, por força do art. 197 do CC/2002, não corre prazo prescricional durante a sociedade conjugal. Entretanto, segundo os coautores, tal interpretação mostra-se inadequada, pois o referido artigo foi elaborado para aplicação durante a existência do laço matrimonial. Assim, uma vez quebrado o vínculo, mesmo que com a separação de fato, não há mais harmonia a ser preservada, pois a relação já se encontra desfeita. Logo, a contagem do prazo deve ser iniciada logo que o cônjuge ou companheiro sai de casa e não mais retorna.

Conforme ainda apresentam Gama e Marçal (2013, p. 262), este foi o entendimento positivado pela V Jornada de Direito Civil, segundo a qual “[...] a condição de ex-cônjuge ou de ex-companheiro corresponde à situação fática da separação, independente de divórcio.”.

Outra aparente ofensa à igualdade está relacionada à possibilidade de efetivação de tal usucapião apenas para imóvel urbano. O legislador, portanto, mostrou-se omissivo com relação à esfera rural.

É sabido, entretanto, que o princípio da isonomia preconiza a igualdade de condições aos sujeitos que estejam em idêntica situação e só autoriza tratamento distinto quando houver

elementos que coloquem um indivíduo em condição mais vulnerável, quando comparado aos demais. Neste sentido, Marinela (2013, p. 47) leciona:

Este princípio tem um conceito maravilhoso, quase uma poesia. Isonomia significa tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, na medida de suas desigualdade. Todavia, a dificuldade é fixar quais são os parâmetros e definir quem são os iguais ou os desiguais e, o que é ainda pior, qual é a medida da desigualdade.

Com o propósito de facilitar a aplicação desse princípio, verificando se há ou não a sua violação, é possível utilizar-se de dois elementos: primeiro, identificar qual é o fator de discriminação e, em seguida, verificar se esse fator de exclusão está ou não de acordo com o objetivo da norma. Quando o fator de discriminação utilizado no caso concreto estiver compatível com o objetivo da norma, não há violação do princípio da igualdade e a exclusão é válida. De outro lado, o inverso não é verdadeiro, havendo desobediência à isonomia se a regra de exclusão estiver incoerente com a norma.

Logo, a localização do domicílio de uma pessoa não pode ser critério plausível para um tratamento diferenciado. Para que seja estabelecida uma discriminação pela Lei, deve existir uma justificativa lógica, o que não se observa nesta exigência descabida proposta na usucapião conjugal que em vez de efetivar o objetivo da norma, afasta sua aplicação para as famílias rurais, as quais estão igualmente sujeitas às crises familiares e, por consequências, ao abandono familiar.

Logo, diante de mais essa inconstitucionalidade, pode-se propor a utilização do controle de constitucionalidade difuso, pelo qual o juiz, analisando a particularidade do caso concreto, decretará a inconstitucionalidade incidental e admitirá a usucapião para um imóvel rural, uma vez que, segundo Mendes (2012, p. 1171):

O controle de constitucionalidade concreto ou incidental, tal como desenvolvido no direito brasileiro, é exercido por qualquer órgão judicial, no curso de processo de sua competência. A decisão, que não é feita sobre o objeto principal da lide, mas sim sobre questão prévia, indispensável ao julgamento do mérito, tem condão apenas de afastar a incidência da norma viciada.

Discute-se, ainda, que a limitação do uso desse direito em uma única situação parece injustificada, pois nada impede que uma pessoa se veja nessa condição mais de uma vez. Limitar o indivíduo a novo casamento parece demonstrar o caráter retrógrado do instituto, o que deverá ser objeto de análise também pelo controle difuso para que, no caso concreto, desconsidere-se sua aplicação.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, foram constatados alguns equívocos de natureza técnica por parte do legislador, além de aspectos de inconstitucionalidade no art. 1240-A do CC.

Há expressões de difícil compreensão que foram destacadas no presente trabalho. Imperioso, portanto, que se substitua a palavra “direta” por um vocábulo adequado, tal como contínua ou atual.

Quanto à expressão “abandono de lar”, seria imprescindível que o artigo orientasse em que circunstâncias tal fato estaria configurado para que não sejam abertas margens para interpretações que fazem ressurgir questões ultrapassadas pelo direito brasileiro e que repercutem em inconstitucionalidades que violam a liberdade para que o indivíduo reja sua vida familiar.

Além disso, o prazo encurtado de dois anos comparado às outras modalidades de usucapião demonstra a total falta de razoabilidade do instituto. Talvez uma dilação temporal

mais alargada seja necessária até mesmo para que os problemas familiares, causadores de grande sofrimento, possam ser pacificados.

Por fim, demonstrando clara ofensa ao princípio da igualdade, o legislador previu que o mencionado instituto só seria efetivado quando se tratasse de imóveis urbanos, gerando, assim, uma lacuna quanto aos imóveis rurais. Nesse sentido, entendendo-se pela inconstitucionalidade, propõe-se de imediato a utilização do controle de constitucional difuso em que o juiz, analisando o caso concreto, decretaria a inconstitucionalidade incidental e admitiria a usucapião conjugal para o imóvel rural. Tal controle também poderá ser utilizado para afastar aplicação do § 1º, art. 1240-A, o qual limita a aplicação dessa modalidade de usucapião a uma única oportunidade.

Diante dessas inconstitucionalidades, propõe-se uma total reformulação do artigo para eliminá-las, ampliando o alcance da norma para os imóveis urbanos e garantindo a possibilidade de sua incidência em mais de uma ocasião.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em outubro de 1988. Brasília. Senado Federal, 2012.

CHAVES, José Vander Tomaz. **Da função social dos contratos no direito brasileiro ante a disciplina jurídica da propriedade funcionalizada**. 2005. Tese [Mestrado em Direito]. Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2005. 200 f.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**: Direito das Coisas. 28. ed. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: reais. 8. ed. v. 4. Salvador: JusPODIVM, 2012.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira; MARÇAL, Thaís Boia. **Aspectos polêmicos da “Usucapião Conjugal”**: questões afetas ao art. 1.240-A do Código Civil brasileiro. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 54, p. 257-277, abr./jun. 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**: Direito das Coisas. 8. ed. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOURDES, José Costa; GUIMARÃES, Taís Maria Lourdes Dolabela. **Novo Código Civil comentado**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 7. ed. Niterói: Impetus, 2013.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 3. ed. Tomo XI. São Paulo: Borsoi, 1970.

MONTEIRO, Washigton de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Curso de Direito Civil: Direito das Coisas**. 41. ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direitos reais**. 21. ed. v. 4. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SILVA, Luciana Santos. **Uma nova afronta à carta constitucional: usucapião pró-família**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Usucapi%C3%A3o%20Luciana.pdf>. Acesso em: 2 dez. 2011.

***ADVERSE POSSESSION BY MARRIAGE
LINK IN BRAZILIAN LAW***

Abstract: *The theme of this work is directly related to one of the modes of acquiring property. Marital prescription gained prominence via article 1240-A of Brazil's Civil Code (CC), but has many controversial aspects, which are analyzed here.*

Keywords: *Social Function. Home abandonment. Property. Adverse possession. Marriage.*

Data de recebimento: **nov/2014** – Data de aprovação: **mar/2015**

ASPECTOS POLÊMICOS DA COMPRA E VENDA COM RESERVA DE DOMÍNIO

Bruno Leonardo Câmara Carrá

Doutor em Direito Civil pela USP com estudo pós-doutoral na Universidade de Bolonha (Itália). Juiz federal no Ceará. Professor do Curso de Direito da FA7.
brunoleonardo5@uol.com.br

SUMÁRIO: Introdução. 1. A Cláusula de Reserva de Domínio no Código Civil de 2002. 2. Mora e Inadimplemento. 3. Propriedade Fiduciária, Alienação Fiduciária em Garantia e Reserva de Domínio. 4. Alienação da Coisa pelo Comprador. Conclusões. Referências.

Resumo: O presente artigo aborda as principais características da cláusula de reserva de domínio contidas no Código Civil de 2002, diferenciando-a, inclusive, da propriedade fiduciária e do contrato de alienação fiduciária em garantia. Por outro lado, realiza-se o estudo dos aspectos considerados polêmicos da cláusula de reserva de domínio, assim considerados aqueles para os quais a doutrina e a jurisprudência nacionais ainda não apresentam soluções de consenso, razão pela qual o trabalho recorrerá aos modelos europeus com os quais o Direito brasileiro guarda destacada afinidade na tentativa de obter respostas concretas aos problemas suscitados.

Palavras-chave: Cláusula de reserva de domínio. Código Civil de 2002. Propriedade fiduciária e contrato de alienação fiduciária em garantia. Aspectos polêmicos. Direito comparado.

INTRODUÇÃO

Situada topograficamente como modalidade especial da venda a crédito, costuma-se conceituar a reserva de domínio como o pacto adjeto através do qual o comprador, nada obstante já estar na posse da coisa vendida, somente adquire sua efetiva propriedade no momento em que o preço é integralmente pago.

Diferencia-se assim da compra e venda em simples prestações, porquanto a transferência do domínio não acontece no momento da tradição e sim com a quitação plena do contrato.

Há certo consenso doutrinário de que sua presença consagra a existência de uma condição suspensiva à compra e venda pura e simples¹. Entretanto, deve-se ter em conta que tal condição incide na execução do contrato, que de regra será diferida no tempo e no espaço (PEREIRA, 2007, p. 229).

¹ A “Inclina-se a doutrina para a teoria da venda sob condição suspensiva, conquanto censurável por atribuir a um dos elementos essenciais do contrato, precisamente o preço, a natureza jurídica de condição. O pagamento do preço é a principal obrigação do comprador, a contraprestação devida ao vendedor, não sendo possível considerá-la acontecimento incerto, pois o devedor tem a necessidade jurídica de satisfazê-lo. Por outro lado, se condição fora, no sentido técnico do vocábulo, seria *meramente potestativa*, porque o cumprimento da obrigação ficaria ao arbítrio exclusivo do devedor.” (GOMES, 1994, p. 264).

Na verdade, parece que a reserva de domínio encerra, ao mesmo tempo, uma condição suspensiva, no que se relaciona à aquisição da propriedade do bem vendido e também uma condição resolutiva do contrato, caso o pagamento das prestações não venha a se verificar (LISBOA, 2005, p. 322).

Discute-se, contudo, se é um de instituto recente, como afirmam alguns (WALD, 2004, p. 354). Para outros, havia indícios, ou fragmentos de sua existência no Digesto (PEREIRA, 2007, p. 232). Há mesmo quem defenda seu pleno conhecimento e uso sistemático pelos romanos (MONTEIRO, 2003, p. 119).

Ferrara observa que no Direito justiniano era possível chegar-se aos mesmos efeitos do que agora se chama pacto de reserva de domínio, mas que essa expressão, *pactum reservati dominii*, tão ao gosto dos doutrinadores recentes, nunca chegou a ser cunhada em qualquer uma das fases do Direito romano.²

Seja instituto recente ou remoto, foram as vicissitudes da economia moderna, fundada no crédito, que tornaram esse instituto (e outros semelhantes, como o da propriedade fiduciária) de extrema importância para os ordenamentos jurídicos contemporâneos, como já deixava transparecer os *considerandos* da Lei espanhola de 1965:

Es incuestionable la importancia que alcanzado el crédito en los tiempos actuales, constituyendo una de las bases en que se asienta el desarrollo de la vida social no sólo en los aspectos industrial y comercial, sino en el de la vida familiar y doméstica. Una de las modalidades del crédito es el de la venta, de bienes muebles corporales a plazos, que viene a ser factor importante en los planes de desarrollo económico y cuya extensión es característica de la vida moderna. Hasta ahora estas operaciones se han venido realizando dentro de las normas generales de nuestro ordenamiento jurídico, pero la realidad reclama imperiosamente una regulación especial que establezca los justos límites de facilidad y garantía para compradores y vendedores.

1 A CLÁUSULA DE RESERVA DE DOMÍNIO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

No Direito anterior, vale dizer, quando ainda vigorava o Código Civil de 1916, a cláusula de reserva de domínio importava verdadeiro contrato atípico, muito embora seu nome fosse referido na legislação. É que, nada obstante a referência tipológica, não havia um trato ordenado da matéria, o que afasta a conclusão de que, verdadeiramente, houvesse um regramento legal a respeito do tema, o que veio a acontecer apenas com o advento do Código Civil de 2002³.

Diz o art. 521 do Código Civil que na venda de coisa móvel, pode o vendedor reservar para si a propriedade, até que o preço esteja integralmente pago.

Pergunta-se se poderia, como permite expressamente o art. 409 do Código Civil de Portugal, que apenas parte do preço ficasse garantido pela cláusula especial. A despeito do silêncio da legislação brasileira, o princípio da autonomia da vontade parece perfeitamente aplicável na ocasião, de modo que as partes poderiam convencionar a incidência apenas parcial do instituto (LÔBO, 2010, p. 261).

2 “L’abolizione di ogni distinzione tra res mancipi e res nec mancipi nel diritto giustiniano rese anche per le prime utile la riserva di proprietà per escludere la fides de pretio. Ma anche qui non v’è parola del pactum reservati dominii: vi sono per ottenere questo effetto le solite forme del precario e della locazione” (FERRARA, 1934, p. 10).

3 Esse fenômeno, qual seja, da atipicidade, embora tenha sido o contrato expressamente referido na legislação, decorre do fato de que o importante para que se classifique o contrato (ou uma subespécie contratual, como, no caso, a compra e venda com reserva de domínio) está mais relacionado com a existência de normas que regulamentam e sistematizam o instituto, que, propriamente, com o nome dado pela legislação (cf. MESSINEO, 1986, pp. 378-379).

Mais adiante, o art. 524 agrega que a transferência de propriedade ao comprador dá-se no momento em que o preço esteja integralmente pago. Desse modo, a aquisição da propriedade pelo comprador independe de nova declaração de vontade pelas partes (GOMES, 1994, p. 262).

Diz ainda o art. 524 que, pelos riscos da coisa, responde o comprador a partir de quando lhe foi entregue. Essa disposição, em tudo semelhante ao que dispõe o Código Civil italiano, traz como consequência prática a impossibilidade de o vendedor poder solicitar reforço de garantia caso a coisa perca seu valor em razão de seu uso racional pelo comprador.

Igualmente, veda ao vendedor a possibilidade de postular qualquer aumento no preço, embora formalmente a coisa permaneça sua, por eventuais benfeitorias ou, simplesmente, pela valorização eventual da coisa. Ver-se que o legislador cuidou de dar definição tipológica ao pacto acessório de reserva de domínio em forma bastante próxima àquela que consta do Código Civil italiano (art. 1.523).

Dispõe ainda o Código Civil (art. 523) que não pode ser objeto de venda com reserva de domínio a coisa insuscetível de caracterização perfeita, para estremá-la de outras congêneres. Vale dizer, o bem não pode ser fungível (MONTEIRO, 2003, p. 120).

Solução diversa e bem mais ampla adotou o Código Civil francês, que admite no art. 2.369 o uso da cláusula para bens móveis fungíveis (além de bens imóveis), desde que o credor possa exercer o restante de seu crédito sobre bens de mesma natureza e mesma qualidade sob a posse do devedor, ou terceiros por sua conta.⁴

Aliás, mais recentemente o legislador nacional também alterou essa regra em relação ao contrato de alienação fiduciária (art. 66-B, da Lei no 4.728/65, com a redação que deu a Lei no 10.931/04), passando expressamente a permitir que o bem fungível pudesse ser dado em garantia fiduciária.

As visíveis semelhanças estruturais entre ambos os contratos deviam fazer com que tal regra permissiva fosse igualmente estendida para os contratos de compra e venda com reserva de domínio e mesmo para a propriedade fiduciária prevista no art. 1.361 do Código Civil (que também se limita a bens infungíveis).

Estabelece também o atual art. 522 do Código Civil que a cláusula de reserva de domínio deve obrigatoriamente ser estipulada por escrito e dependerá de registro no domicílio do comprador para valer contra terceiros.

Essa solução afasta-se da sistemática disciplinada pelos códigos alemão e italiano. O primeiro, como se viu, sequer exige a forma escrita, contentando-se com a retenção do título de domínio pelo comprador. O segundo exige a forma escrita, mas deixa a possibilidade de que seja ela redigida em momento posterior ao da venda.⁵

No caso brasileiro, portanto, é possível afirmar que o pacto adjeto de compra e venda com reserva de domínio exige forma própria para sua validade (art. 104 do CC), e somente seu registro é condição apenas de eficácia perante terceiro.

Por isso mesmo, embora não registrado, pode ser oposto ao outro concertante, mas não aos terceiros de boa-fé. Por sinal, esse sempre foi o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto, antes mesmo da entrada em vigor da lei civil de 2002⁶.

4 “La propriété réservée d’un bien fongible peut s’exercer, à concurrence de la créance restant due, sur des biens de même nature et de même qualité détenus par le débiteur ou pour son compte”.

5 “La riserva della proprietà è opponibile ai creditori del compratore, solo se risulta da atto scritto avente data certa anteriore al pignoramento.” (Art. 1524, primeira parte, do Código Civil Italiano).

6 Cf. nesse sentido: STJ. REsp 17.546/SP, Rel. Ministro NILSON NAVES, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/06/1992, DJ 03/08/1992, p. 11310.

O Direito Civil italiano, por sinal, introduziu disposição que limita a necessidade de inscrição do contrato no registro competente apenas aos que tenham por objeto máquinas e cujo valor supere a importância de €15,49⁷.

De modo semelhante, Antunes Varela defende, em face da redação do art. 409 do Código Português, a desnecessidade de publicidade para fins de eficácia contra terceiros da cláusula adjeta relativa a bens que por sua natureza não são ordinariamente objeto de registro. Nesses casos, “a reserva vale em relação a terceiros, por simples convenção das partes” (VARELA, 1991, p. 309).

Semelhante solução, vale dizer, a relativização do registro em face do valor do contrato não poderá ser adotada *de lege lata*, em face da redação do art. 522 do Código de 2002.

Entretanto, parece ser medida razoável quando o valor da coisa for baixo, ou, eventualmente, por ausência de atrativos econômicos na realização dessa formalidade. Seria o caso, parece, das vendas de eletrodomésticos, ou utensílios do lar em geral.

A defesa mais ampla do crédito, em nosso pensar, estaria a recomendar a ausência de registro com a validade do pacto adjeto contra terceiros, isto é, com a eventual assunção dos riscos pelo subcomprador, em bens destituídos de elevado valor.

2 MORA E INADIMPLEMENTO

Da Teoria Geral das Obrigações retiramos o conceito de *mora* e *inadimplemento*. Como sabido, ambos os termos significam o *não cumprimento* a modo, lugar e tempo em conformidade com o vínculo obrigacional que foi estabelecido.

Não cumprimento, portanto, é termo que funciona como gênero das espécies em comentário. Isso porque há dois casos visivelmente distintos de descumprimento (ou *não cumprimento*) tendo em vista a utilidade da prestação.

No primeiro caso, embora descumprida, a obrigação ainda persiste, pois seu cumprimento ainda é fisicamente possível e útil ao credor, que, uma vez paga a indenização correspondente ao atraso respectivo, ainda se considera interessado na entrega da prestação.⁸

No segundo, não. Inadimplemento, ou não cumprimento total, é termo que denota o próprio perdimento do interesse do credor na prestação. Embora até possível materialmente, ela já não se apresenta como útil se considerados os motivos que orientaram o surgimento do vínculo obrigacional.⁹

Embora o vigente Código Civil (assim como seu antecessor, de 1916) não tenha explicitamente utilizado a palavra atraso para demonstrar que o descumprimento foi apenas parcial (art. 394), a referência à ideia de manutenção do vínculo em razão da utilidade da prestação em face do contexto da obrigação resta expressamente mencionada no parágrafo único do art. 395 do CC.

7 “Se la vendita ha per oggetto macchine e il prezzo è superiore agli € 15,49 la riserva della proprietà è opponibile anche al terzo acquirente, purché il patto di riservato dominio sia trascritto in apposito registro tenuto nella cancelleria del tribunale nella giurisdizione del quale è collocata la macchina, e questa quando è acquistata dal terzo, si trovi ancora nel luogo dove la trascrizione è stata eseguita.” (Art. 1524, segunda parte, do Código Civil Italiano).

8 “[...] há situações de mero retardamento, dilação ou demora na prestação. A prestação não é executada no momento próprio mas ainda é possível, por continuar a corresponder ao interesse do credor. Pode este ter sofrido prejuízo com o não cumprimento em tempo oportuno; mas a prestação ainda mantém no essencial a utilidade que tinha para ele” (VARELA, 1999, p. 64).

9 “Há casos em que a prestação, não tendo sido efetuada, já não é realizável no contexto da obrigação, porque se tornou impossível ou o credor perdeu o direito a sua realização, ou porque, sendo ainda materialmente possível, perdeu o seu interesse para o credor, se tornou praticamente inútil para ele.” (VARELA, 1999, p.63).

Os conceitos de *mora*, ou seja, o não cumprimento parcial, e inadimplemento total são particularmente interessantes para o pacto adjeto com cláusula de reserva de domínio.

2.1 Constituição do devedor em mora

Inicialmente, diz o art. 525 do Código Civil que o vendedor somente poderá executar a cláusula de reserva de domínio após constituir o comprador em mora, mediante protesto do título ou interpelação judicial.¹⁰

A jurisprudência, já com base no art. 1.071 do CPC, sempre destacou que o protesto do título era suficiente para a constituição do devedor em mora, não havendo necessidade de interpelação, salvo se assim optasse o credor. Tal entendimento foi, já na vigência do Código de 2002, confirmado reiteradas vezes pelo Superior Tribunal de Justiça¹¹.

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça autorizou, a nosso sentir corretamente, a hipótese de incidência do art. 525, admitindo a *simples* notificação extrajudicial como meio igualmente adequado para comprovação da mora¹².

Embora o art. 525 do CC diga que são apenas duas as formas de comprovação da mora nos contratos de compra e venda gravados com o pacto adjeto em estudo (protesto e interpelação judicial). O mesmo Código, na parte geral das Obrigações, preconiza solução distinta.

Com efeito, regulamentando a matéria em absoluta simetria com o Código Civil de 1916 (art. 960), a vigente lei civil diz inicialmente que se a prestação for positiva e líquida, o inadimplemento no seu termo constitui, de pleno direito, o devedor em mora (art. 397).

Trata-se de positivar a bem conhecida parêmia do *dies interpellat pro homine*, pois a obrigação a cargo do devedor encontra-se perfeitamente definida, não havendo necessidade de realizar mais qualquer outro ato para que tome ciência de seu dever jurídico.

Já hipótese referida no parágrafo único do art. 397 traduz exatamente o oposto. Não existindo “dies” previamente estabelecido, ou seja, inexistindo termo, a mora se constitui mediante interpelação judicial ou extrajudicial.

Vê-se com facilidade que enquanto a parte geral do Código permite a interpelação extrajudicial, o já referido art. 525 do CC limita a constituição da mora ao protesto e à interpelação judicial. Entretanto, não se vislumbra qualquer razão de cunho ontológico para limitar a possibilidade de comprovação da mora através da notificação simplesmente extrajudicial.

Se sistematicamente comparados, ambos os institutos se equiparam para fins eminentemente práticos. Em sentido contrário, há defensores da falta de certeza que a simples notificação extrajudicial engendra, pelo que não se poderia equipará-la ao protesto (MONTEIRO, 2003, p. 124).

Além disso, parece indubitável que o protesto traduz posição jurídica bem mais delicada para o devedor, quer em virtude da publicidade que opera¹³, quer pelos efeitos que pode

10 Como sabido, o protesto é, em definição legal, o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida (art. 1º da Lei 9.492/97).

11 Cf. STJ. REsp 762.799/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/09/2010, DJe 23/09/2010.

12 Cf. STJ. REsp 897.593/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 17/03/2011, DJe 24/03/2011.

13 Inclusive perante terceiros que podem consultar o Tabelião de Protesto de Títulos, nos termos do art. 27 da Lei no 9.492/97: “Art. 27. O Tabelião de Protesto expedirá as certidões solicitadas dentro de cinco dias úteis, no máximo, que abrangerão o período mínimo dos cinco anos anteriores, contados da data do pedido, salvo quando se referir a protesto específico.”

gerar. Por constituir meio menos gravoso, não há como negar-se que tanto o protesto como a notificação (ou interpelação) extrajudicial se configuram como meios hábeis para a constituição do devedor em mora.

Suscita maior interesse, entretanto, eventual cláusula contratual na compra e venda com reserva de domínio que dispensasse a constituição em mora com referência à regra estabelecida no *caput* do art. 397 do CC. Tratar-se-ia de disposição válida? Parece que não, pelo menos se deseja o credor exercendo seus direitos de retomada da coisa com propriedade resolúvel. É certo que a gravidade dos efeitos de uma demanda petítória, com o consequente perdimento da coisa, exige que o devedor seja prévia e formalmente constituído em mora.

Essa conclusão, por outro lado, encontra suporte no fato de o legislador não desconhecer que nesses tipos de negócio não há ordinariamente dúvidas quanto à certeza das obrigações do devedor na medida em que as prestações são de antemão por ele conhecidas, salvo a hipótese admissível em teoria, mas não verossímil na prática, de uma venda dessa natureza em que coubesse ao devedor eleger o momento do pagamento.

Por outro lado, raciocínio idêntico é adotado no que se relaciona ao contrato de alienação fiduciária em garantia de contrato com o qual o pacto adjecto de reserva de domínio guarda similitude.

Com efeito, a mora decorrerá do simples vencimento do prazo para pagamento e poderá ser comprovada por carta registada expedida por intermédio de Cartório de Títulos e Documentos ou pelo protesto do título, a critério do credor.

Como explica Orlando Gomes, a regra é híbrida. Embora vencível *ex re*, é necessária a documentação da mora, que já aconteceu (GOMES, 1975, p. 100). Nisso, diferencia-se a regra em análise daquela constante do Parágrafo Único do art. 397 do Código Civil.

Ao contrário do que parece, portanto, o verbo *poderá* (ainda na redação do que diz o art. 2o, § 2º, do Decreto no 911/69) não indica faculdade quanto à possibilidade de constituição em mora, mas apenas quanto ao meio, como deixa patente a reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça¹⁴.

Desse modo, embora a constituição em mora do devedor possa e deva ser desburocratizada, não deve ser eliminada, assemelhando-se ao modelo alemão que preconiza a necessidade de anterior rescisão do contrato para a execução do pacto adjectivo de reserva de domínio (§ 449, 02, BGB).

Sob tal perspectiva, não se devem interpretar de modo literal as expressões protesto e interpelação judicial, servindo como tal qualquer ato legítimo e documentado por autoridade pública de que o devedor apresenta-se impontual¹⁵.

Caso, entretanto, opte o credor pela simples execução da dívida, a leitura dos artigos 1.070 e 1.071 do Código de Processo Civil deixam transparecer a desnecessidade do protesto (RIZZARDO, 2010, p. 380)¹⁶.

14 Cf. STJ. AgRg no Ag 1315109/RS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 01/03/2011, DJe 21/03/2011.

15 Assim, por exemplo, se já foi o devedor validamente citado em anterior demanda, dispensa-se nova constituição em mora, porque ela já existiu, como já decidiu certa vez o Tribunal de Justiça de São Paulo.

16 Entendendo serem ações com pressupostos processuais distintos e, portanto, permitindo que a execução estivesse munida apenas do título executivo extrajudicial (contrato de compra e venda com reserva de domínio, se presente os requisitos de certeza, liquidez e exigibilidade): Agravo Regimental no 992.09.076364-4/50000, da Comarca de São Paulo. Órgão julgador: 25a Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Relator: Desembargador Sebastião Flávio. Data do julgamento: 20 de julho de 2010.

2.2 Inadimplemento e Purgação da Mora

Embora documentada a mora, certamente podem existir causas que elidam a conclusão de que houve inadimplemento, quer parcial, quer total do contrato.

É possível pensar hipoteticamente em várias situações de “mora accipiens”, como em um crediário que somente possa ser pago no próprio estabelecimento empresarial do credor, mas que esteja momentaneamente fechado (balanço, greve, reforma etc.).

Sendo ainda um contrato comutativo e oneroso, a cláusula de reserva de domínio não afasta a incidência da tradicional regra da *exceptio non adimpleti contractus*. Assim, mesmo tendo sido documentada a mora pelo credor, o devedor sempre poderá desconstituir a presunção relativa que se forma por esse ato formal.

Assim, por exemplo, o Tribunal de Justiça de São Paulo considerou que eventual venda de estabelecimento comercial com cláusula de reserva de domínio não poderia ser executada se “os autores confessadamente não cumprem prestação crucial ao equilíbrio do contrato, qual a de apresentar a quitação dos débitos trabalhistas e tributários que constam em seu nome e no de sua empresa”¹⁷.

Silenciou o Código Civil em relação à materialidade da mora propriamente dita, ou seja, não fez qualquer referência ao montante de prestações em aberto necessárias para a configuração da mora ou do inadimplemento.

O art. 1525 do Código Civil italiano, regulamentando o assunto, assegura a possibilidade de conservação do ato obrigacional, impedindo sua resolução pelo vendedor, se a impontualidade é de apenas uma prestação e o valor em atraso não supera a oitava parte do preço¹⁸.

O próprio legislador nacional adotou critério assemelhado quando regulamentou o compromisso de compra e venda de bens imóveis, estabelecendo o Decreto-Lei no 58/37 em seu art. 14 que a resolução somente teria lugar trinta dias após a constituição em mora.

De lege ferenda, e tendo por fundamento a visível função social desta modalidade de contrato (e não apenas a necessidade, legítima, de estabelecer instrumentos juridicamente condizentes com a proteção do crédito), parece ser aconselhável a disciplina da cláusula adjeta da reserva de domínio nos moldes acima destacados.

Não havendo disposição que imponha restrições à configuração do momento material do inadimplemento, pressupõe-se que o atraso em apenas uma prestação importará o vencimento antecipado do contrato. Por sinal, isso já é expressamente previsto no art. 2º, § 3º, do Decreto nº 911/69.

Por essa razão, parece correta a doutrina que diz não existir impedimento na inserção, pelas partes, de outras hipóteses de vencimento antecipado do concerto (WALD, 2004, 536). Se decorrerem de fato anterior, não se haverá de cogitar a necessidade de nova constituição em mora, em perfeita harmonia com a norma já constante do art. 2º, § 3º, do Decreto nº 911/69.

Por outro lado, note-se que não se está falando de purga da mora. Diferentemente do Decreto no 911/69, o Código Civil não traçou qualquer regra sobre o tema. Aparentemente,

17 Apelação no 9067762-07.2005.8.26.0000, da Comarca de São Paulo. Órgão julgador: 9a Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Relator: Desembargador Piva Rodrigues. Data do julgamento: 1 de março de 2011.

18 “*Nonostante patto contrario, il mancato pagamento di una sola rata, che non superi l’ottava parte del prezzo, non dà luogo alla risoluzione del contratto, e il compratore conserva il beneficio del termine relativamente alle rate successive.*”

portanto, poder-se-ia supor que seria inviável a purgação da mora. Com o protesto documentando a mora *ex re*, estaria o contrato resolvido.

Nada obstante, será no Código de Processo Civil que se encontrará norma própria sobre o tema. Diz, com efeito, a segunda parte do § 2º do art. 1.071 do CPC que, optando o devedor pela retomada do bem, o comprador, que houver pago mais de 40% (quarenta por cento) do preço, requerer ao juiz que lhe conceda trinta dias para reaver a coisa.

Essa disposição, sem embargo, deve ser revisitada em face das novéis alterações feitas pela Lei nº 10.931/04 em relação ao contrato de alienação fiduciária em garantia, para que não se estabeleçam soluções incompatíveis para estruturas negociais em quase tudo assemelhadas.

A jurisprudência, por isso mesmo, vem entendendo que é perfeitamente possível a aplicação analógica das regras contidas no Decreto nº 911/69 sobre purgação da mora a várias espécies contratuais que envolvam o financiamento na aquisição de bens e produtos.¹⁹

Assim, independentemente do valor já pago, poderia o comprador purgar a mora. Em relação ao previsto no art. 1.071 do CPC, tratar-se-ia de regra aplicável apenas aos que já liquidaram o percentual de quarenta por cento do preço, a fim de obter a dilação de trinta dias para a purgação da mora.

O importante, entretanto, é ter em conta que o não pagamento de quarenta por cento do preço não impede a possibilidade de purgação da mora, desde que imediata, ou pelo menos no prazo de cinco dias a que alude a vigente redação do art. 3º, § 2º, do Decreto nº 911/69, dada pela Lei nº 10.931/94.

2.3 Ações Processuais e Retenção de Valores

Nos termos do art. Art. 526, com a verificação da *mora debitoris*, pode o credor mover ação de cobrança das prestações vencidas e vincendas e o mais que lhe for devido; ou poderá recuperar a posse da coisa vendida.

Aqui, é necessária a remessa ao que diz a legislação processual, embora não se vá abordar o assunto desde o ponto de vista procedimental, tendo em vista os limites deste trabalho.

Abrem-se para o vendedor, nitidamente, duas possibilidades: a) a cobrança pura e simples do débito, na forma de executivo extrajudicial (art. 1.070 do CPC); b) retomada da coisa, que em princípio é a busca e apreensão, mas como o próprio Código fala em reintegração de posse posteriormente à arrecadação da coisa, costuma-se denominá-la de reintegração de posse (art. 1.071 do CPC).

Quer se denomine a ação referida no art. 1.071 do Código de Processo Civil de busca e apreensão ou de reintegração de posse, percebe-se com facilidade que ela é dotada de procedimento diverso tanto de uma como de outra, cuja observação é imperiosa para o juiz, já que isso irá refletir-se em etapas posteriores.

É o caso da prévia vistoria na coisa, mencionada no § 1º, que tornará mais ágil a liberação das parcelas eventualmente retidas pelo vendedor, como se verá logo abaixo.

¹⁹ Nesse sentido: Agravo de Instrumento nº 990.09.304736-5, da Comarca de Campinas. Órgão Julgador: 29ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Relator: Desembargador Oscar Feltrin. Data do Julgamento: 09 de dezembro de 2009.

Ainda em conformidade com a iterativa jurisprudência, as ações referidas no art. 1.070 e 1.071 do Código de Processo Civil, do mesmo modo que ocorre com as ações do Decreto nº 911/69, não podem ser manejadas concomitantemente²⁰.

Optando pela recuperação da posse da coisa vendida, diz o art. 527 que é facultado ao vendedor reter as prestações pagas até o necessário para cobrir a depreciação da coisa, as despesas feitas e o mais que de direito lhe for devido.

Diz ainda que excedente será devolvido ao comprador; e o que faltar lhe será cobrado, tudo na forma da lei processual.

O Código Civil erigiu norma que evita o enriquecimento indevido do vendedor. Veio a fazê-lo, entretanto, de forma indireta, ou seja, estabelecendo o direito de retenção do saldo já quitado até o encontro de contas em relação ao valor depreciado e demais custos de cobrança²¹.

Parece sintomático que o Código primeiro quis garantir o direito de retenção por parte do credor, sugerindo que essa operação tem prevalência sobre a outra (entregar o excedente, quando houver).

Se a compra e venda envolver uma relação de consumo, não há dúvidas de que a restituição das prestações, naquilo que for devido, está amparada na regra constante do art. 53, § 1º, do CDC que considera nula qualquer cláusula que estabeleça a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado (MARQUES, 2002, p. 496).

Entretanto, não se vislumbra necessariamente a nulidade de pleno direito de uma eventual disposição contratual que estipule a perda das prestações pagas, o que, inclusive, pode vir disciplinado na forma de cláusula penal como já chegou a ser aceito em mais de uma ocasião pelo Tribunal de Justiça de São Paulo²².

Uma eventual cláusula penal, entretanto, deve harmonizar-se necessariamente com as disposições da Lei no 1.521/51, que trata dos crimes contra a economia popular, pois tipifica como delito “descontar das prestações pagas, nas vendas com reserva de domínio, quando o contrato for rescindido por culpa do comprador, quantia maior do que a correspondente à depreciação do objeto.”

Desse modo, a perda integral das prestações deve ser apreciada caso a caso, limitada, sempre, ao montante da depreciação da coisa e despesas correlatas. A solução, com as necessárias vênias, parece injusta na medida em que exclui o cômputo de eventuais perdas e danos do vendedor, relativamente às parcelas vencidas.

Essa talvez seja a melhor interpretação a ser dada ao crime tipificado pela Lei nº 1.521/51, sob pena de retirar do credor uma válida oportunidade de ressarcir-se de todas as consequências geradas com o inadimplemento.

20 Cf. STJ. REsp 576.081/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 25/05/2010, DJe 08/06/2010.

21 Nesse mesmo sentido é a disposição constante do art. 1526 do Código Civil Italiano: “*Se la risoluzione del contratto ha luogo per l’inadempimento del compratore, il venditore deve restituire le rate riscosse, salvo il diritto a un equo compenso per l’uso della cosa, oltre al risarcimento del danno.*”

22 Apelação nº 992.06.037000-8, da Comarca de São José dos Campos. Órgão julgador: 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Relator: Desembargador Júlio Vidal. Julgado em 10 de agosto de 2010; Agravo de Instrumento no 990.10.379689-6, da Comarca de Leme. Órgão julgador: 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Relator: Desembargador Paulo Ayrosa. Julgado em 25 de novembro de 2010.

De toda forma, o devedor sempre poderá valer-se da regra prevista no art. 413 do Código Civil, que diz poder a multa penal ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio²³.

Finalmente, na situação oposta, isto é, no caso de valorização da coisa, será o credor beneficiado por ela. Nessa hipótese, obviamente, não terá que devolver esse excedente ao comprador na medida em que, com a resolução do contrato, a coisa volta a lhe pertencer.

Tal se dá em razão da regra constante da segunda parte do art. 524, que estabelece correrem pelo comprador os riscos da coisa desde que essa lhe é entregue. Se a coisa vem a se valorizar, experimentará ele os ganhos sem que possa, inclusive, o vendedor cobrar qualquer diferença. Mas, se em razão de culpa sua o contrato é resolvido, deve responder ao vendedor pela depreciação da coisa.

3 PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA, ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA E RESERVA DE DOMÍNIO

A disciplina da cláusula de reserva de domínio é bastante próxima do contrato de alienação fiduciária em garantia e da propriedade fiduciária, com quem comparte em boa medida seus elementos identificadores.

Surge o problema de saber se, em razão do regramento estabelecido pelo Código Civil, ainda continuam vigentes as regras que disciplinam o pacto adjeto de reserva de domínio, ou se todos constituem um único sistema. Esses institutos aproximam-se ainda mais quando considerada a hipótese prevista no art. 528 do Código Civil que será adiante examinada.

Contudo, já desde a redação dada pelo art. 1º do Decreto 911/69, que alterou o art. 66 da Lei nº 4.728/65, a alienação fiduciária em garantia é o negócio jurídico que tem por objeto transferir ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, tornando-se o alienante ou devedor em possuidor direto e depositário com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal.

Tradicionalmente, considera-se existir um *constituto possessorio*, pelo que é possível ao fiduciante (devedor) transferir a propriedade e a posse indireta ao fiduciário, independentemente de tradição. De consequência, resolve-se o domínio do credor (financiador) quando lhe for pago integralmente o valor do preço.

Analisada a estrutura do contrato da alienação fiduciária em garantia, percebe-se que as semelhanças com o pacto adjeto de compra de domínio são apenas parciais e que, na realidade, os elementos constituidores de um e outro contrato são visivelmente distintos. Ambos valem-se de institutos muito próximos, a saber, a propriedade resolúvel (art. 1.359 do Código Civil) e a propriedade fiduciária (art. 1.361 do Código Civil), sendo, na realidade, esta uma espécie daquela que funciona como gênero.

Entretanto, a propriedade fiduciária em geral traduz uma alienação de domínio apenas provisório, porquanto deverá ser revertida ao próprio alienante. Na medida em que a

²³ Solução essa que se harmoniza ainda com aquela dada pelo Código Civil italiano (art. 1526, segunda parte), que aceita a validade da cláusula de perda, mas dá ao juiz poderes para relativizá-la conforme as circunstâncias: “*Qualora si sia convenuto che le rate pagate restino acquisite al venditore a titolo d’indennità, il giudice secondo le circostanze, può ridurre l’indennità convenuta*”.

causa do contrato é seu uso apenas como instrumento de garantia, cria-se um efeito simetricamente contrário ao pacto de reserva de domínio.

De fato, na compra e venda com reserva de domínio, a condição é suspensiva relativamente à aquisição da propriedade pelo devedor. Na alienação fiduciária em garantia, há uma condição resolutive atinente à perda do domínio pelo credor (RODRIGUES, 2003, p. 183; GOMES, 1975, p. 28).

Por sinal, deve ser esclarecido, como adverte autorizada doutrina, que não se confundem o sistema de propriedade fiduciária previsto no Código Civil e a alienação fiduciária em garantia prevista na legislação especial, tendo cada um, por sua vez, âmbito próprio de aplicação.

Surgem dois sistemas de propriedade fiduciária: o do art. 1.361 do Código Civil (chamado também de paritário) e o art. 66-B da Lei nº 4.728/65 para o segundo, o que é particularmente explicitado pelo art. 1.368-A, do Código Civil (RESTIFFE NETO & RESTIFFE, 2007, p. 22).

Tirando, entretanto, circunstâncias peculiares e específicas (como a aplicação da multa processual a que se refere o art. 3º, § 6º, do Decreto nº 911/69 no caso de improcedência da ação de busca e apreensão pelo credor fiduciário), tais institutos são, em essência, os mesmos.

Analizando especificamente as relações entre a alienação fiduciária em garantia e a reserva de domínio, costuma-se dizer que aquela pode ter como objeto bens imóveis, enquanto a outra estaria restrita a bens móveis (GAGLIANO & PAMPLONA FILHO, 2008, p. 69).

Apesar de verdadeiro o argumento, é de se observar que a alienação fiduciária de coisas imóveis tem regência em diploma e em regras distintas (v. Lei nº 9.514/97).

Mais interessante ainda, a propriedade fiduciária dita paritária não pode, igualmente, ser aplicada para a propriedade imóvel nos termos do art. 1.361 do Código Civil, que se restringe aos bens móveis e fungíveis.

Assim, é apenas acidental a opção do Direito brasileiro pela inaplicabilidade da cláusula de reserva de domínio aos bens imóveis, porque tal limitação, em princípio, não é da essência do pacto adjeto (BESSONE, 1960, p. 263). Tanto assim que vários ordenamentos jurídicos explicitamente a admitem, como o francês e o português.

Sobre o argumento de que a reserva de domínio sempre envolve uma venda direta, opina-se no sentido de que a hipótese mencionada no art. 528 do Código Civil (mediante financiamento de instituição do mercado de capital) vem a esvaziá-lo, porquanto permite seu uso também em financiamentos.

Finalmente, a alienação fiduciária em garantia possui o peculiar mecanismo da caracterização do devedor como depositário, o que não existe na compra e venda com reserva de domínio.

Há, entretanto, quem defenda que, se expressamente pactuado, o comprador poderá ser considerado como depositário, isto é, o contrato de compra e venda poderá existir de modo coligado com um contrato de depósito (VENOSA, 2005, p. 101).

Apresenta-se opinião no sentido contrário, porque a similitude da compra e venda com reserva de domínio, no ponto, com a alienação fiduciária em garantia permite que sejam importadas as conclusões que Álvaro Villaça Azevedo reiterada e sistematicamente fazia em relação à impossibilidade de conversão do devedor em depositário infiel:

A conclusão, portanto, é de que não existe, na alienação fiduciária em garantia, a figura de depositário, pois, na verdade, o alienante (fiduciante) é o proprietário, porque, desde o início negocial, sofre ele o risco da perda de objeto. Ninguém será condenado, portanto, como depositário infiel, se correr o risco da perda da coisa; isto porque, reafirme-se, o depositário deve guardar bem alheio, e não bem próprio. (AZEVEDO, 2000, p. 124).

Por sinal, a equiparação do devedor fiduciário ao depositário sempre foi objeto das mais contundentes críticas ao Decreto 911/69. Para Waldirio Bulgarelli, o legislador foi particularmente infeliz para o devedor que “em um passe de mágica” deixou de ser comprador para tornar-se depositário.

Na raiz de tudo isso, sugere: “naturalmente foi mais fácil enquadrá-lo, por um Decreto-lei, entre os depositários, do que reformar a Constituição, admitindo mais um caso de prisão por dívida” (BULGARELLI, 2000, 311).

De se notar que a posição do devedor sequer corresponde propriamente a de depositário naquilo que lhe poderia ser favorável, notadamente o exercício do direito de retenção, que lhe é vedado (DA LUZ, 1999, p. 329).

Seja como for, embora ainda possível a conversão do devedor em depositário, a suposta eficácia coercitiva dessa medida restou quase completamente diluída em função do entendimento que veio a se pacificar no âmbito do Supremo Tribunal Federal no sentido de que são inconstitucionais todas as formas de prisão civil com pressuposto em relação jurídica de depósito²⁴. Assim, um instituto contratual não invalida nem prejudica a existência do outro, sobretudo em função dos diferentes efeitos processuais que emanam. É o caso, por exemplo, da impossibilidade do uso da ação de depósito quando se esteja diante da reserva de domínio.

Como dito, certas compras e vendas necessitam de um maior aporte de crédito porque o bem apresenta valor maior (carros, maquinário etc.). Nesses casos, o financiamento é oportunizado por instituições que operam no mercado de capitais (que funcionam como intermediárias) e continua sendo regido pelo Decreto-lei 911/69, cujo âmbito de aplicabilidade é voltado exatamente para reger essas operações (GONÇALVES, 2006, p. 238).

Assim, o ordinário é que o Código Civil seja aplicado aos financiamentos, ou simplesmente nas vendas diferidas no tempo, quando realizados fora do mercado financeiro e de capitais. Ao mesmo tempo, as disposições do Decreto-lei 911/69 podem ser levadas a efeito apenas pelas pessoas jurídicas autorizadas a atuar no mercado financeiro e de capitais, embora tenha existido quem defendesse sua aplicação análoga para entidades que com elas guardassem proximidade (MARTINS, 1997, p. 187)²⁵. Por outro lado, é igualmente possível que uma instituição financeira possa contratar, nos termos do art. 528 do Código Civil de 2002, cláusula de reserva de domínio propriamente dita, ficando, assim, a regência do pacto realizada pela legislação civil ordinária:

Se o vendedor receber o pagamento à vista, ou, posteriormente, mediante financiamento de instituição do mercado de capitais, a esta caberá exercer os direitos e ações decorrentes do contrato, a benefício de qualquer outro. A operação financeira e a respectiva ciência do comprador constarão do registro do contrato.

Naturalmente, sendo a venda com reserva de domínio, ainda que com inuidosa característica financeira, realizada por pessoa que não esteja autorizada a funcionar no mercado a que se refere a Lei no 4.728/65, não será permitida a cobrança de juros além da limitação prevista

24 Enunciado nº 25 da Súmula Vinculante do STF: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.”

25 A Lei no 4.728, de 14 de julho de 1965, ao disciplinar o mercado financeiro e de capitais estabeleceu, em seu art. 50, os entes autorizados a nele atuar (sistema de distribuição de títulos ou valores mobiliários).

no art. 1º do Decreto nº 22.626, de 07/04/1933, como já teve oportunidade de decidir o Superior Tribunal de Justiça²⁶. Igualmente, não pode ser beneficiada com qualquer outra disposição que apenas seja dirigida a entidade que integre o Sistema Financeiro Nacional, como o reajuste das prestações do arrendamento mercantil segundo a variação cambial, conforme a exceção prevista no art. 6º da Lei nº 8.880/94²⁷.

4 ALIENAÇÃO DA COISA PELO COMPRADOR

Há, na doutrina, uma consolidada corrente contrária a que o comprador possa alienar a coisa antes de integralizado o preço.

A explicação é óbvia: conquanto goze da posse, o comprador ainda não é o proprietário, logo não poderia transferir domínio que ainda não estava associado em definitivo a seu patrimônio jurídico (*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*)²⁸.

Em sentido contrário, Caio Mário da Silva Pereira e Miguel Maria da Serpa Lopes sustentam a possibilidade de venda pelo comprador (PEREIRA, 2007, p. 233). O argumento aqui é que o ônus decorrente do pacto adjeto igualmente é transferido (VENOSA, 2005, p. 101).

Essa é a posição adotada pela dogmática francesa. A jurisprudência da Corte de Cassação francesa historicamente abona essa interpretação, como pode ser observado do aresto (abaixo transcrito) que foi lavrado nos autos (*pourvoi*) de nº 08-10241, em 16 de junho de 2009, por sua Câmara Comercial²⁹.

Muito embora analisando o problema do excesso na cobrança em uma revenda numa operação que originariamente contava com a cláusula de reserva de domínio, reconheceu aquele renomado tribunal, preliminarmente, a plena validade do pacto acessório, bem como a possibilidade de alienação da coisa a terceiro, podendo o proprietário cobrar o preço, ou reivindicar a coisa de quem a esteja possuindo³⁰.

Nada obstante o rigor da primeira construção, deve-se abrandá-la em face da maior conveniência prática da segunda tese.

A tal propósito, é possível superar o impasse lógico-jurídico (da insuficiência de poderes para a realização da venda pelo comprador) por três formas distintas: a) considerando-se a venda apenas da posse, assumindo o terceiro adquirente os riscos inerentes à aquisição da propriedade; b) em virtude do novel instituto da assunção de dívida (art. 299 do CC) e, ainda; c) por meio da ainda não positivada, no Direito brasileiro, porém já amplamente conhecida (na doutrina) cessão da posição contratual³¹.

26 Cf. STJ. REsp 489.658/RS, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 05/05/2005, DJ 13/06/2005, p. 310.

27 Cf. STJ. AgRg no Ag 845.988/SP, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/09/2008, DJe 18/11/2008.

28 “Possuindo a título precário, não lhe é permitido alienar a coisa. Pode, no entanto, praticar os atos conservatórios da posse, defendendo-a por meio dos interditos.” (GOMES, 1994, p. 265).

29 Essa solução está agora legislada no atual art. 2372 do Código Civil: “*Le droit de propriété se reporte sur la créance du débiteur à l’égard du sous-acquéreur ou sur l’indemnité d’assurance subrogée au bien.*”

30 Essa solução está agora legislada no atual art. 2372 do Código Civil: “*Le droit de propriété se reporte sur la créance du débiteur à l’égard du sous-acquéreur ou sur l’indemnité d’assurance subrogée au bien.*”

31 “*Actualmente no se duda de que se debe considerar a la cesión del contrato como un instituto distinto de la cesión de créditos o de deudas, que consiste en un único negocio translativo del complejo de derechos y deberes que están adheridos a la calidad de parte, y que están unidos por la posición contractual.*” (LORENZETTI, 2004, p. 492)

Assim, nada impede que o comprador possa não apenas transferir a dívida a um terceiro, como também lhe será possível ceder a própria posição de comprador, com todos os ônus e vantagens respectivas (LÔBO, 2011, p. 262). Naturalmente, tanto num caso como em outro, haverá o vendedor (ou o financiador) de assentir expressamente na substituição do comprador originário (GONÇALVES, 2006, p. 240).

A presença do vendedor neste negócio jurídico é requisito de eficácia, para que a cessão, quer da dívida, quer da posição contratual, lhe seja oponível (LORENZETTI, 2004, p. 493). Não tendo a alienação sido aviada pelo vendedor proprietário, este poderá buscar a coisa, de quem a detenha injustamente.

Subsiste, entretanto, a questão dos efeitos da posse para o adquirente. Estando a cessão do contrato ratificada pelo vendedor proprietário, não há dúvidas de que a posse será tanto justa como de boa-fé, pelo menos até a configuração de um possível inadimplemento pelo devedor.

Se, porém, não há a ratificação do vendedor em qualquer uma dessas situações?

Sendo transmitida apenas a posse da coisa, visto que impossível a transmissão da propriedade, o subcomprador ficará sujeito à atuação do credor inicial, que poderá, obviamente, exercer as ações a que faz jus contra sua pessoa.

Ferrara já falava da obrigação (*dovere*) do comprador em manter a coisa perto de si e, se por eventualidade a entrega a um terceiro, o vendedor poderia apenas postular que a coisa voltasse para sua posse direta, mas também poderá postular a resolução do contrato, com o uso dos remédios processuais já comentados³².

A solução parece, entretanto, excessivamente privatista e pode não ter em mente a função social do contrato, inclusive como mecanismo de trânsito de riquezas. Imagine-se uma obra de arte comprada com reserva de domínio.

Não seria legítimo ao comprador dá-la em comodato para uma instituição com o fim de exibi-la em público? Tomando conhecimento do subcontrato, poderia o vendedor solicitar alguma garantia adicional, ou, dependendo do caso, o embargo da entrega da coisa, mas não parece ajustado concluir que possa o contrato ser resolvido, salvo se existir, dependendo da natureza da avença, cláusula específica nesse sentido.

Naturalmente, conclusão diversa dá-se para os contratos em que a propriedade é fiduciária, quer a denominada paritária, quer as especiais. Aqui, o Código Civil (art. 1.363), malgrado todas as críticas em sentido contrário, equiparou o fiduciante ao depositário, vedando, por força de tal disposição, que possa apartar-se da posse da coisa.

Sob essa perspectiva explica-se ainda a vigência do § 2º, na atual redação do art. 66-B da Lei nº 4.728/66, quando diz que o devedor que alienar, ou der em garantia a terceiros, coisa que já alienara fiduciariamente em garantia, ficará sujeito à pena prevista no crime de estelionato (art. 171, § 2º, I, do Código Penal).

Por fim, hipótese interessante diz respeito à possibilidade de acessão de um bem móvel a um imóvel, quando ainda em execução o contrato com cláusula de reserva de domínio.

32 “*Abbiamo detto che il compratore oltre un diritto ha anche un dovere al possesso. Infatti secondo il regolamento di esecuzione egli è tenuto a conservare la cosa presso di sé; se la consegna ad un terzo, il venditore può limitarsi a chiedere che essa ritorni nel possesso della controparte, poiché essa sola è autorizzata al possesso di fronte a lui; come può chiedere la risoluzione del regolamento e revindicare la cosa*” (FERRARA, 1934, p. 95).

O Código Civil francês em seu art. 2.370 traz regra específica a respeito, dizendo ser permitida tal incorporação quando puder ser o bem incorporado e separado posteriormente sem sofrer danos³³.

Essa não parece uma hipótese absurda, mas, muito antes, prática. Na compra de vários produtos, cujo uso seja residencial, é possível acudir a um pacto adjeto de reserva de domínio, sendo que o uso do produto mesmo está associado a uma incorporação (no que se difeririam das pertenças – art. 94 do Código Civil) a um outro bem.

CONCLUSÃO

Após a comparação do pacto adjeto de reserva de domínio com as disposições atualmente vigentes em outros países, pode-se dizer que a Lei Civil de 2002 foi particularmente fiel ao modelo estabelecido pelo Código Civil italiano de 1942.

Nada obstante, o pacto de reserva de domínio é atualmente uma das ferramentas de maior prestígio e fácil aplicação para a garantia dos negócios jurídicos que envolvem a alienação da propriedade em prestações. Por tal razão, foi objeto de referência especial na Diretiva 2000/35 da Comunidade Europeia.

Em virtude dessa novel configuração do pacto de reserva de domínio, a um só tempo mais ampla e dinâmica, apresenta-se de interesse repensar os institutos incorporados pelo Código de 2002, de modo a modernizar e compatibilizar a cláusula adjeta aos modelos presentemente em voga.

Dentre outras, sugere-se as seguintes reflexões, para não dizer mudanças, no Direito brasileiro em relação à cláusula de reserva de domínio:

Incidência sobre imóveis e bens fungíveis: não é da essência da cláusula sua limitação exclusivamente para bens infungíveis. Além de não se visualizar qualquer prejuízo na expansão do âmbito de incidência do pacto adjeto para essas duas categorias, previamente vetadas pelo legislador civil de 2002, constitui medida já aceita pelo ordenamento jurídico brasileiro quando se trata de alienação fiduciária.

Registro: poder-se-ia imaginar um valor mínimo que isentasse o vendedor da necessidade de efetuar o registro do contrato, ou da cláusula, para que tivesse eficácia contra terceiros.

Constituição em Mora: uma análise mais rigorosa, conduziria à simbiose das disposições do art. 525 com a regra geral no art. 397, parágrafo único do Código Civil, de modo que também a notificação extrajudicial venha a ser passível de ser utilizada para constituir o devedor em mora.

Resolução do contrato: a exemplo do Código Civil italiano, seria salutar a existência de uma regra que disciplinasse com maior precisão o momento da ocorrência da resolução contratual, ou, pelo menos, que fosse incorporada a possibilidade expressa de purgação da mora em qualquer momento, como já acontece com os contratos de alienação fiduciária em garantia (art. 3º, § 2º, do Decreto no 911/69, dada pela Lei no 10.931/94).

Venda da coisa pelo comprador durante a execução do contrato com cláusula de reserva de domínio: as inovações do Direito francês a esse respeito poderiam ser objeto de

33 “L’incorporation d’un meuble faisant l’objet d’une réserve de propriété à un autre bien ne fait pas obstacle aux droits du créancier lorsque ces biens peuvent être séparés sans subir de dommage.”

incorporação pelo Direito brasileiro, já que, sem desconhecer a realidade social, dão alguma sistematicidade a esse intrincado problema, de modo que seria possível a alienação, senão da coisa, pelo menos da posse dela, mesmo pendente a cláusula de reserva de domínio entre o vendedor originário e o (sub)vendedor posterior, desde que fosse acompanhado do necessário ônus real para sua reivindicação contra o terceiro adquirente.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. **Da Alienação Fiduciária em Garantia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos**. Curso de Direito Civil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. **Prisão Civil por Dívida**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

BESSONE, Darcy. **Da Compra e Venda**. Promessa e reserva de domínio. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1960.

BULGARELLI, Waldírio. **Contratos Mercantis**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

DA LUZ, Aramy Dornelles. **Negócios Jurídicos Bancários**. O banco múltiplo e seus contratos. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

DO COUTO E SILVA, Clóvis. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

FERRARA, Massimo. **La Vendita a Rate con Riserva di Proprietà**. Napoli: Nicola Jovene, 1934.

GAGLIANO, Pablo Stolze & PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Contratos. V. IV. Tomo II. São Paulo: Saraiva, 2008.

GALGANO, Francesco. **Trattato di Diritto Civile**. V. II. Milano: CEDAM, 2010.

GOMES, Orlando. **Alienação Fiduciária em Garantia**. 4. ed. São Paulo: RT, 1975.

_____. **Contratos**. 13. ed. Atual. por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Contratos e atos unilaterais. 2. ed. V. III. São Paulo: Saraiva, 2006.

ITURRASPE, Jorge Mosset. **Contratos**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2007.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**. Contratos e declarações unilaterais. Teoria geral e espécies. 3. ed. São Paulo: RT, 2005.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**. Contratos. São Paulo: Saraiva, 2011.

LORENZETTI, Ricardo Luiz. **Tratado de los Contratos**. Parte general. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. O novo regime das relações contratuais. 4. ed. São Paulo: RT, 2002.

MESSINEO, Francesco. **Doctrina General del Contrato**. Trad. Santiago Sentis Melendo et alli. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986.

MARTINS, Fran. **Contratos e Obrigações Comerciais**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Direito das obrigações. 2ª parte. Dos contratos em geral. Das várias espécies de contrato. Dos atos unilaterais. Da responsabilidade civil. 34. ed. Atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf & Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Contratos. 12. ed. Atual. por Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

RESTIFFE NETO, Paulo & RESTIFFE, Paulo Sérgio. **Alienação Fiduciária e o Fim da Prisão Civil**. São Paulo: RT, 2007.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em Geral**. 7. ed. V. I. Coimbra: Almedina, 1991.

_____. **Das Obrigações em Geral**. 7. ed. V. II. Coimbra: Almedina, 1999.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. Contratos em espécie. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

WALD, Arnaldo. **Direito Civil Brasileiro**. Obrigações e contratos. São Paulo: Saraiva, 2004.

CONTROVERSIAL ASPECTS OF SALE AGREEMENT WITH TITLE RETENTION

Abstract: *This article discusses the main features of the sale contract with title retention according to the Brazilian Civil Code of 2002, facing European models, with which the Brazilian law has affinities, before concrete answers to problems raised.*

Keywords: *Contract with reserve of ownership. Brazilian Civil Code of 2002. Trust property and chattel mortgage. Controversial aspects. Comparative law. Title retention.*

Data de recebimento: **mar/2013** – Data de aprovação: **dez/2013**

DA LEGITIMIDADE DOS JUÍZES COMO NECESSIDADE DEMOCRÁTICA

Danilo Fontenele Sampaio Cunha

Mestre em Direito pela UFC. Professor do curso de Direito da FA7. Juiz federal titular da 11ª Vara/CE.
daniloffc@uol.com.br

SUMÁRIO: Introdução. 1. A Legitimidade dos juizes. 2. Obstáculos à atuação dos juizes. 3. A necessidade de constante legitimação. Conclusões. Referências.

Resumo: O Judiciário sempre apresentou-se como poder fundamental para a consolidação democrática, sendo que na presente quadra histórica, seu papel de guardião da Constituição e garante contra as lesões dos direitos fundamentais mostra-se cada vez mais intensificado. Trata o presente texto de como sua legitimação pode manter-se com o vigor necessário, analisando-se sua independência e imparcialidade como parcelas inerentes à real e efetiva implementação do Estado de Direito democrático. .

Palavras-chave: Poder Judiciário. Juiz. Legitimidade. Democracia.

INTRODUÇÃO

Durante o século XIX entendiam-se como bem delineadas as fronteiras entre Política e Direito, o que ensejou que o exercício da jurisdição fosse, normalmente, neutralizado em termos sociais mais profundos, inibindo, em última instância, o exercício, pelo Judiciário, do poder a si atribuído.

Assim, apegado ao princípio da legalidade do Estado Liberal, o Poder Judiciário atuava timidamente na aplicação ampla do direito, conformando-se na mera subsunção racional-formal dos fatos às normas, sem qualquer questionamento a respeito das causas dos fatos ou dos valores constantes nas normas, operando, por assim dizer, como um mero recuperador das relações porventura maculadas em conflitos basicamente interindividuais.

Tal posicionamento favorecia a conservação das diferenças sociais existentes, em uma valorização da segurança jurídica mediante a utilização do sistema legal de normas padronizadas conforme o entendimento individualista vigente.

As transformações políticas e econômicas do final do século XIX e início do século XX trouxeram os primeiros reflexos na densificação maior das funções dos magistrados ante a expansão dos direitos sociais e conscientização popular dos mesmos, assumindo o Judiciário a tarefa de materializar, através de seus julgamentos, o que passou a ser garantido idealmente.

O final do século XX ensejou aos julgadores, com o reconhecimento da normatividade dos princípios e sua superioridade em relação às leis, a adoção de uma interpretação mais criativa

do Direito diante do caso concreto, bem como a possibilidade de maior amplitude de controle dos atos legislativos e das decisões administrativas, passando o Judiciário a se identificar ainda mais fortemente com a figura do concretizador da Constituição.

Os Tribunais no século XXI assumem com vigor a atribuição do controle da constitucionalidade das leis e atuações executivas, sendo o garante contra as lesões dos direitos fundamentais ao mesmo tempo em que se depara com direito positivo por vezes contraditório e defasado. Numa sociedade complexa e caracterizada por conflitos crescentes e litigiosidade diversa, suas decisões são cada vez mais historicamente contextualizadas e socialmente condicionadas.

O protagonismo social e político do sistema judicial e do primado do direito (SANTOS, 2007, p.15) parte, pois, da percepção que as sociedades democráticas não podem funcionar sem um Judiciário eficiente, eficaz, justo e independente, pelo que a atuação do juiz assume conotações fortemente emancipatórias e comprometidas com os ideais de uma democracia social mais intensa e profunda.

Percebe-se, assim, que a real e efetiva implementação do Estado de Direito democrático guarda intrínseca relação com a legitimidade judicial, podendo esta ser analisada no âmbito de sua independência e imparcialidade, sendo este o foco do presente trabalho.

1 A LEGITIMIDADE DOS JUÍZES

A *Legitimidade dos Juízes* é aqui entendida como dizendo respeito ao reconhecimento de sua validade e segurança como parte das instituições estatais, aliada à certeza de que suas decisões serão acatadas e servirão como fator impeditivo da multiplicação dos conflitos.

No entanto, fala-se comumente que o fato dos juízes dizerem qual o direito aplicável, mormente quando interpretam de maneira criativa e ativa as normas positivadas, traz, implicitamente, forte conotação de *ilegitimidade*, vez que não foram eleitos ou escolhidos popularmente para tanto, sendo tal discurso tendente a perceber os juízes com forte conteúdo de desconfiança, tendo-os como membros dedicados de uma elite capaz de desvirtuar o processo democrático de formalização da vontade popular através das leis.

Pode-se inicialmente opor a tal alegativa o fato de que a tarefa de julgar foi atribuída constitucionalmente, estando também no mesmo patamar normativo as formas de composição dos Tribunais, o que pode ser encarado como outorga ontológica da legitimidade aos magistrados.

Na verdade, resta lembrar que o princípio do juiz natural ou legal representa a própria dimensão prática do princípio do Estado de Direito Democrático e corolário da defesa da constitucionalidade, vez que representa forma jurídica de excluir o arbítrio e a prepotência do poder do Estado (CANOTILHO; MOREIRA, 2004, p. 82).

Supera-se, assim, a idéia de democracia como mera representatividade, alargando-a para a proteção das liberdades e direitos fundamentais, passando o juiz a ser elemento essencial à enunciação das soluções aplicáveis e possibilidades de consensos ao tornar efetivo o sistema normativo e as previsões constitucionais.

Outrossim, pode-se argumentar que mesmo os representantes do povo ou os governantes eleitos democraticamente não possuem a plena capacidade de alcançar o consenso dos governados, sendo a democracia representativa também parte da utopia de participação popular igualitária em todos os processos legislativos e decisões políticas governamentais, pelo que o Judiciário guardaria o mesmo nível de legitimidade dos demais membros dos Poderes.

Ademais, a legitimidade do Judiciário pode ser percebida pelo fato do mesmo ser obrigado a fundamentar e publicizar todas as suas decisões, garantindo-se o controle das partes e da própria coletividade, bem como é através do Judiciário que todas as pessoas podem reivindicar, diretamente e diante quem vai decidir, o que entendem por direitos e interesses legítimos, inclusive grupos minoritários que raramente sequer são recebidos ou ouvidos pelos demais órgãos públicos.

Na verdade, conforme afirma Cappelletti, não se pode querer atribuir a mesma forma de legitimidade dos legisladores e dos administradores aos membros do Poder Judiciário, sendo que a legitimação dos últimos baseia-se na sua atuação independente e imparcial em conformidade com os valores constitucionalmente eleitos, pelo que, agindo assim, acabam por se identificar com a vontade majoritária, que é a base da democracia e fonte de legitimação dos demais poderes (CAPPELLETTI, 1993, p. 102).

No mesmo sentido de diferenciação entre legitimação do tipo representativo e ontológico, entende Ferrajoli ao destacar que as fontes de legitimação democrática do Poder Judiciário baseiam-se na sua *legitimação formal*, que fica assegurada pelo princípio da legalidade e na *legitimação substancial*, que consiste na tutela, pela função jurisdicional, dos direitos fundamentais dos cidadãos, servindo de garantia de que os poderes do Estado também estão submetidos ao mesmo ordenamento jurídico (FERRAJOLI, 1988, p. 05).

Percebe-se, assim, que a legitimidade dos juízes guarda relação com o grau de adequação do comportamento judicial aos princípios e valores constitucionais considerados como fundamentais, sendo absolutamente necessária num regime que prima pela liberdade e democracia.

1.1 A legitimação pela curiosidade epistemológica

Creemos que para conseguir atingir e manter tal grau de legitimação, não é mais aceitável qualquer postura omissa e passiva do Poder Judiciário, vez que cabe ao julgador a concretização dos significados normativos a partir da compreensão social e humana dos princípios constitucionais.

Assim, resta ao Judiciário valer-se de uma atuação ao mesmo tempo pragmática quanto aos valores constitucionais e criativa e reformadora quanto à realidade social e concreta que vivencia.

Visando cumprir tal objetivo, o julgador deve ser sempre um curioso a respeito dos fatos, normas, interpretações e os fatores sociais que os animam, além de eterno desconfiado das próprias certezas, mantendo-se sempre aberto para o novo e para mudar de opinião, em uma constante *curiosidade epistemológica* (FREIRE, 1997, p. 27).

Julgar, como ensinar, além de exigir rigor metodológico, pesquisa e acurada criticidade, implica estar o aplicador do Direito aberto aos saberes das partes e às suas condições pessoais, suas experiências, frustrações, expectativas, desejos e padrão educacional formal e pessoal, possibilitando uma aproximação mais correta da riqueza dos fatos.

Só assim, insiste-se, é que o julgador poderá avaliar a norma que rege a matéria posta em discussão e saberá optar pela aplicação mais próxima dos princípios constitucionais.

Entende-se, ademais, que o ato de julgar é também um ato de educar, ultrapassando o julgamento de uma determinada matéria os próprios autos, repercutindo na atuação de outros advogados, sensibilizando outros juizes para determinados pontos e chegando a formar uma opinião pública a respeito do assunto.

Assim, abandonando conceitos que não correspondem mais às necessidades sociais, os juízes reformulam as interpretações de acordo com as soluções mais justas na composição dos conflitos, exercendo a função politicamente inovadora de transformar os parâmetros legais em verdadeira justiça mediante o exercício sempre transparente e fundamentado de suas atividades.

Observe-se que tal entendimento reveste-se de forte conteúdo idealista mas é pela sensibilização das consciências que se chega a uma vivência ética diferenciada. Cremos ser este o ideal a ser constantemente valorizado e perseguido com o intuito de contribuir para a transformação e democratização contínua da ordem jurídica positiva.

Portanto, perguntar *por que* e *para que* determinada norma é apresentada como a solução de determinada causa, *por que* o legislador erigiu determinado valor, e não outro, quais os interesses que envolvem tal norma e quais os fins constitucionais alcançados com a interpretação desejada pelos advogados, são atividades permanentes do juiz como aplicador do Direito.

Assim sendo, estando o magistrado atento à dignidade da pessoa humana e demais princípios de cidadania, direitos humanos e componentes éticos das ações e omissões, cômulo das motivações culturais que condicionaram o ordenamento jurídico positivado, sensível às novas exigências da sociedade contemporânea, compreensível com a formação pessoal dos envolvidos e atento à interpretação do direito positivo, o julgador estará mais preparado para agir com justiça e colaborar com a democracia, confirmando, pelo seu agir independente e imparcial, a legitimidade constitucional de agente político.

1.2 Legitimidade pelo procedimento independente e imparcial

Sabe-se que os membros do Judiciário são revestidos de certas prerrogativas e obrigações, dentre elas a independência e a imparcialidade, sendo através delas que sua legitimidade será alcançada.

A *independência* é, pois, traço essencial à função de julgar, constituindo base do verdadeiro Estado de Direito e definindo-se como o dever do juiz decidir com base nos valores constitucionais e em conformidade com sua consciência, sendo esta livre de qualquer influência interna ou externa. Neste aspecto fala-se, com a criatividade do bom humor, que todo juiz só deve estar sujeito a duas pressões, quais sejam a atmosférica e a arterial, sendo as demais francamente rejeitadas.

A independência significa, ainda, a negação de sujeição a qualquer poder e caracteriza-se no julgamento realizado de acordo com a percepção dos fatos apresentados e conforme o direito aplicável.

Na verdade, a presente quadra política indica muitas vezes o calro interesse político do Executivo e do Legislativo na confirmação de suas ações pelo Judiciário justamente pelo fato de obterem, se assim o for, o reconhecimento de um poder independente, angariando maior respaldo popular.

De igual forma, esperar que o Judiciário decida questões polêmicas ao invés de apresentar emendas constitucionais ou projetos de lei parece ser uma estratégia para os políticos pouparem suas imagens e não se arrisquem a desagradar eleitores ou perderem votos.

Ademais, evidencia-se que a independência do juiz também garante que o mesmo decida conforme o entendimento constitucional das normas ao invés de ser de acordo com seus próprios caprichos ou desejos de outros sendo, pois, absolutamente indispensável não apenas para

que o magistrado atue de modo impessoal e imparcial, mas por fundamentar uma cultura jurídica de obediência aos valores constitucionais.

A independência une-se, pois, ao princípio do livre convencimento motivado para a consagração do entendimento e vontade do juiz no ato de julgar, firmando-se o preceito que é dever ético do magistrado exercer tal percepção sem influências ou desvios.

Neste sentido processual, esclarece Ricoeur que o ato de julgar compreende a conjugação do entendimento do que é percebido como verdadeiro ou falso e da vontade de tomar uma posição no sentido de representar a distribuição do que se entende por justo ao caso, interrompendo-se a incerteza e o caos, restabelecendo a ordem, evitando-se a vingança pelas próprias mãos e dando às partes antagônicas um sentido de pertencimento à mesma sociedade (1997, p. 163-169).

Frise-se que as exigências contemporâneas para a resolução dos conflitos coletivos e que envolvem questões distributivas ou de natureza social fazem com que os juízes necessitem abandonar concepções individualistas e atitudes formalistas, obtendo a certeza jurídica e a segurança processual através de outros meios que não os exclusivamente objetivos, cabendo-lhes uma maior abertura para a subjetividade das situações, pessoas e novos valores e conceitos legais, com a adoção de constante aprofundamento e sensibilidade sociais.

Assim agindo o convencimento necessário para a resolução da causa amplia-se, ao superar os clássicos contornos de uma perspectiva de justiça meramente corretiva ao mesmo tempo em que o alcance de outras dimensões da justiça distributiva é estimulado.

Verifica-se, pois, que devido à confiança institucionalmente recebida e ante a promessa de ser o guardião dos valores constitucionais, o magistrado, a partir da adoção do juízo de valor a ser aplicado, não pode decidir em contrariedade a tal entendimento sob pena de verificar-se arbítrio e/ou corrupção.

Corrupção é aqui entendida como qualquer forma desvirtuada de adulteração da vontade visando atender a interesses particulares e/ou egoísticos, vícios ou conveniências, podendo ser materializada por ação ou omissão e motivada por ganhos financeiros, prestígio, favores ou qualquer outra vantagem indevida. A corrupção financeira pode ser a mais comum, mas existem várias outras modalidades, como o simples carreirismo.

Evidencia-se, portanto, que decidir conforme o entendimento de terceiro mostra-se, além de constitucionalmente inadmissível, completamente temerário ante a renúncia pelo magistrado de sua exclusiva competência, configurando-se traição de seu compromisso social.

2 OBSTÁCULOS À ATUAÇÃO LEGÍTIMA DOS JUÍZES

Tendo em vista que a independência dos juízes, como dito, mostra-se como garantia de sua imparcialidade e, portanto, necessária a real caracterização de uma sociedade que prima pelo respeito dos valores constitucionais, a pergunta sobre se tal independência pode causar problemas para algumas pessoas pode parecer despropositada.

No entanto, percebe-se, intuitiva e empiricamente, que a independência da magistratura pode causar desconfortos e dificuldades para alguns membros das elites governantes e para certa gama de empresários e políticos que primam por usarem o Estado em seu próprio benefício.

De igual forma, a independência dos juizes pode ainda ocasionar empecilhos para membros de organizações criminosas que se depararão com magistrados imunes à corrupção, pressões ou seduções e mesmo para outros membros do próprio Judiciário que gostariam que todos os magistrados permanecessem tímidos, servis, obedientes e seguidores acríticos da jurisprudência dos tribunais superiores.

Na verdade, para o juiz que deseja apenas ascensão social e/ou na carreira, enriquecimento material, prestígio, influência, trânsito livre no poder e mesmo certo culto à sua personalidade, a independência não lhe faz falta.

Tal tipo de magistrado se contenta em cumprir burocraticamente o seu mister de por fim formal aos processos, sem se incomodar em procurar a resolução do conflito ou em restabelecer os laços sociais entre os litigantes, limitando-se a procurar servir a quem o possa ajudar no progresso na carreira.

Neste aspecto, percebe-se, infelizmente, que existem magistrados que, por ações ou omissões, renunciam à sua independência, tornando-se, por assim dizer, cúmplices na perpetuação das diferenças sociais existentes, ao eternizar valores e perpetuar interpretações já não aplicáveis à sociedade, mas favoráveis a determinados grupos.

Como já adiantado, tal renúncia à independência pode ocorrer quando o juiz simplesmente acata a corrupção franca e direta, vendendo suas decisões ao melhor preço, ou de forma mais sutil, quando acata normas ou atos manifestamente ilegais ou inconstitucionais, abdicando de seu poder de restabelecer o justo, mostrando-se pacífico ante os arbítrios e colaborador com os interesses políticos, econômicos ou institucionais ilegítimos porventura existentes.

Na verdade, pode-se considerar tal tipo de magistrado como verdadeiro juiz prevaricador, na medida em que favorece os detentores do poder em prejuízo da justiça, aproveita-se para angariar simpatias e promessas de influências positivas em torno de seu avanço na carreira, o que não deixa de ser uma das formas de corrupção.

Exemplos históricos de tais posicionamentos podem ser citados, como no caso de membros da magistratura alemã que acataram, sem resistência ou questionamentos, as normas antissemitas. Assim como os juizes, professores de Direito e advogados franceses durante a ocupação nazista na República de Vichy, além de membros das mesmas categorias durante os períodos das ditaduras que tiveram curso na América Latina, Espanha e Portugal. E recentemente quanto aos juizes americanos que se recusam a aprofundar as investigações a respeito da destruição pela CIA de vídeos de interrogatórios realizados na base naval de Guantánamo e em prisões secretas americanas.

Tal submissão voluntária ao poder, seja qual for o argumento, mostra-se própria ao enfraquecimento do Judiciário, com valoração e incentivo à sedução pelo poder, podendo ocasionar, por assim dizer, uma contaminação em relação aos demais membros da categoria ao moldar suas consciências e comportamentos.

Por outro lado, após ser vislumbrada maior participação social dos juizes, geralmente são revividos, propagados e incentivados artificiais temores de um governo dos juizes, bem como volta a ser divulgada a pretensa invasão das áreas e questões políticas cujas exclusividades são reclamadas pelo Executivo e Legislativo.

Não compartilhamos de tais receios. Na realidade, além dos mecanismos recursais próprios, os órgãos de controle internos e o Conselho Nacional de Justiça tem demonstrado franca aptidão na adequação das condutas dos magistrados.

Creemos ser indicativo que não é possível conceber, em um regime democrático, um poder sem responsabilização de seus membros, sendo certo que a independência e imparcialidade não possuem fim em si mesmas, mas representam valores instrumentais que tem por objetivo resguardar a imparcialidade e consagrar a cidadania.

Resta claro que os juízes podem ser responsabilizados em termos disciplinares correccionais e na esfera civil, não sendo descartadas as hipóteses de sanções decorrentes de corrupção ou prevaricação, nas hipóteses de erros grosseiros e franca percepção do dolo do julgador.

No entanto, há que se ponderar que por vivermos em uma época em que o juiz é o guardião dos valores constitucionais, o controle das decisões judiciais não pode trazer qualquer mácula à sua independência, ante o risco de se transmutar em meio de perseguição ideológica e/ou tentativa de alinhamento dos juízes.

3 A NECESSIDADE DE CONSTANTE LEGITIMAÇÃO

Pois bem, como dito, ao optar por abandonar concepções normativo-formalistas e adotar maior sensibilidade social, deixando de ser uma instituição fechada em si e apegada aos textos legais, permitindo que as mudanças sociais e circunstâncias históricas e contextuais influenciem seus posicionamentos e interpretações dos princípios constitucionais, alargando suas reflexões a respeito das carências e valores nem sempre correspondentes aos costumeiramente vivenciados pelos magistrados, coloca-se o Judiciário no terreno das discussões e opções sociais e políticas.

Creemos, pois, que a verdadeira legitimação constante do Judiciário dá-se pelo direto relacionamento com as omissões, escolhas e ausências do Executivo e do Legislativo, passando a ponderar sobre o *não dito*, o *não feito*, o *não valorado*, o calado e emudecido, o desprezado e esquecido, o maldito e ignorado, iniciando decisões que envolvem intensos conflitos de interesses e fissuras sociais.

Assim, superando posicionamentos replicadores do que é apresentado pelos códigos e a mera atitude de garantia formal, é por meio da busca pela verdade humana real que o juiz supera a antiga caricatura de permanecer como mero espectador do processo para se tornar um realizador da prova visando fundamentar o seu livre convencimento e revelar as desigualdades econômicas e culturais porventura refletidas nos processos, na busca de justiça no caso concreto.

Verifica-se, pois, que a justiça deve ser baseada na complexidade das relações humanas e no reconhecimento e aceitação das diferenças, com a necessária adaptação das interpretações não apenas aos fatos, mas às pessoas envolvidas.

O ato de julgar, como é intuitivo, consiste, além da interrupção da incerteza, em um ato de força do Estado tendente ao ideal da pacificação das relações, limitando, corrigindo ou promovendo a distribuição do que se entende por justo no contexto histórico vivenciado, pelo que o ato de julgar deve estar intimamente conectado com o reconhecimento das pessoas envolvidas nos conflitos e na interpretação verdadeira da realidade social trazida a lume.

Legitima-se, assim, o Judiciário pelo desenvolvimento e conteúdo das decisões quando propicia o acesso à Justiça pela garantia de que o processo manifeste-se como um exercício de igualdade social seja nas argumentações e provas tanto quanto nas compreensões dos contextos histórico, local e pessoal relacionados, devendo a decisão final corresponder aos valores constitucionais eleitos.

CONCLUSÃO

Sabe-se que a percepção do mundo é directamente afetada pela própria vivência, seja pessoalmente, seja como parte de um grupo, classe ou instituição e mesmo como parte de uma nação.

Saber o que foi feito das esperanças e utopias também pode conduzir a serem adotadas atitudes tendentes à realização dos ideais persistentes ou à modificação, adaptação, reconfiguração ou mesmo desistência e substituição dos mesmos.

Em tal conviver, está-se sempre em contato com outras pessoas, pelo que é intuitiva a existência de laços além dos racionais a darem, a um só tempo, sustentação e unidade aos valores centrais justificadores da adesão aos comportamento sociais desejados e ao significado simbólico de suas manifestações.

Assim, os principais fatores decisórios encontram-se além da estrutura das normas, situando-se nos valores e ideias correntes na sociedade, pelo que deve-se julgar com base na cultura, na história, na política, nos anseios, nos desejos de felicidade, compreensão mútua e destinos comuns.

Percebe-se que se é certo que os juízes possuem as características de decidir o destino e a fortuna dos outros, detendo um poder que lhes foi outorgado para ser usado em benefício dos demais na aplicação justa e imparcial das leis, é intuitivo que a sociedade deva ter um mínimo de segurança de estar sendo julgada por alguém que possua, além dos conhecimentos técnicos aplicáveis, uma mente aberta às inovações legislativas e sensibilidade às mutantes circunstâncias sociais que atingem a todos, ao mesmo tempo em que se mostra compassivo às questões humanas e sincero na busca da verdade, sendo tal modo de agir formador de sua legitimidade real e garantidora de sua independência e imparcialidade.

Observe-se que pode parecer que se está dando uma ênfase demasiada ao juiz no desenvolvimento do Estado de Direito Democrático, mas, na prática, pouco adiantaria uma Constituição se quem for interpretar e aplicar o idealmente posto mostra-se retrógrado, corrupto, parcial, temeroso das influências políticas, flexível ante interferências, desconhecedor de seu papel social, insensível aos problemas das partes, indiferente ante as angústias humanas, desleal com a instituição a que pertence, descompromissado com o público, desinteressado com o saber.

Em suma, cremos que a procura por uma sociedade justa passa inevitavelmente pelas esperanças depositadas em seus julgadores, sendo certo que para se alcançar a legitimidade democrática de atuação jurisdicional, há que dotar a sociedade de magistrados que possuam, além do conhecimento técnico dogmático, consciência dos direitos previstos na Constituição, sensibilidade, desejo e tempo para apreciar os dramas humanos, mostrando-se transparente em seus raciocínios e franco em sua ideologia, superando-se a burocracia clássica de simples resolução de processos, ao mostrar-se claramente independente e francamente imparcial, sendo que só assim sua legitimidade mostrar-se-á como conquista social profunda e emancipatória.

REFERÊNCIAS

AFONSO, Orlando Viegas Martins, **Poder Judicial** – independência in Dependência, Coimbra: Almedina, 2004.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital, **Fundamentos da Constituição**, Coimbra Editora, Coimbra, Portugal, 1991. CAPPELLETTI, Mauro, in **Juízes Legisladores?**, Título original: *Giudici Legislato?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro, **The judicial Process in Comparative Perspective**, Claredon Press-Oxford, Oxford- Great Britain: Oxford University Press, 1991.

_____. **Juízes Legisladores? Título original : Giudici Legislato?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

ENTERRIA, Eduardo García de, MENÉNDEZ, Aurelio Menéndez, **El Derecho, La Ley y el Juez**, Cuadernos Civitas, Madrid: Editorial Civitas 1997, p. 49-51.

FERRAJOLI, Luigi. **Justicia penal y democracia**. Jueces para la Democracia, n. 4, Madrid:, Editorial Civitas, 1988.

FREIRE, Paulo, **Pedagogia da Autonomia - saberes necessários à prática educativa**. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1997.

GARAPON, Antoine, **O Guardador das Promessas- justiça e democracia**, Editora Instituto Piaget, tradução de Francisco Aragão, Lisboa- Portugal, 1998, título original *Le gardien des promesses. Justice et démocratie*. Paris: O. Jacob., 1996.

GARAPÓN, Antoine (dir.), **Les Juges – un pouvoir irresponsable?**, Paris: Nicolas Philippe, 2003.

LEMOINE, Yves, **Le complot des Juges – Le politiques en accusation**, Paris: Du Félin, 1993.

RICOEUR, Paul, **O Justo ou a essência da Justiça**, título original *Le juste*, Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

SANTOS, Boaventura de Sousa, **Para uma revolução democrática da Justiça**, São Paulo: Cortez, 2007.

ZAFFARONNI, Eugenio Raul, **Poder Judiciário, crise, acertos e desacertos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LEGITIMACY OF JUDGES AS A DEMOCRATIC NEED

Abstract: *The Judiciary has always presented itself as a fundamental power for democratic consolidation, and in the present time its role has intensified as guardian of the Constitution and guarantees against injuries of fundamental rights. This text discusses how its legitimacy can keep up with the necessary vigour, considering its independence and impartiality as inherent parts for a real and effective implementation of the democratic constitutional state.*

Keywords: *Judiciary Power. Judge. Legitimacy. Democracy.*

Data de recebimento: **out/2014** – Data de aprovação: **dez/2014**

OS PRECEDENTES JUDICIAIS NO BRASIL E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA SEGURANÇA JURÍDICA, DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E DA IGUALDADE

Karla Fernandez Gomes

Especialista em Direito Processual (FA7). Advogada.

Artigo sob a orientação do prof. Me. Felipe dos Reis Barroso (FA7).

karlafernandezg@hotmail.com

SUMÁRIO: Introdução. 1. Os precedentes judiciais. 2. Os precedentes judiciais e os postulados da segurança jurídica, da igualdade e da razoável duração do processo. 3. Os precedentes judiciais no direito brasileiro. Considerações Finais. Referências.

Resumo: O presente artigo analisa os precedentes judiciais frente aos postulados constitucionais da segurança jurídica, da razoável duração do processo e da igualdade. Afere se no direito brasileiro dá-se ou não respeito a estes. Como resultado se evidenciou a necessidade da aplicação da doutrina do *stare decisis* no Brasil, a fim de que sejam assegurados os direitos fundamentais à segurança jurídica, à igualdade e à razoável duração do processo, e, por consequência, a própria eficácia da atividade jurisdicional..

Palavras-chave: Precedentes Judiciais. Direito Brasileiro. Segurança Jurídica. Igualdade. Razoável Duração do Processo..

INTRODUÇÃO

Ao observarmos a jurisprudência pátria, percebemos a ocorrência de decisões judiciais, sobretudo nos Tribunais Superiores, que passam a atribuir força vinculante à *ratio decidendi*, razão pela qual em outros casos que se apresentam símiles ao anteriormente julgado, os Tribunais invocam o precedente judicial, o que parece estranho no sistema jurídico do *civil law*, vez que o sistema dos precedentes judiciais é instituto decorrente do *common law*.

É cediço que a Constituição Federal de 1988, por meio da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, inseriu no rol dos direitos fundamentais o princípio da razoável duração do processo (art. 5º, inc. LXXVIII, da CRFB).

No entanto, no direito brasileiro, tem-se verificado, na prática, que o princípio da razoável duração do processo não tem se efetivado em muitos feitos, justamente porque o Judiciário se encontra abarrotado de demandas, muitas até concernentes a uma mesma questão jurídica, junto a outros fatores que também contribuem para demora na solução dos litígios, como o elevado número de recursos e ainda o costume da sociedade brasileira de recorrer ao Judiciário até em causas que efetivamente poderiam ser resolvidas por outros meios de solução do conflito.

A Carta Magna consagra o princípio da igualdade como garantia fundamental (art. 5º, *caput*, da CRFB), bem como o princípio da segurança jurídica, que pode ser extraído da proteção à coisa julgada, ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido (art. 5º, inc. XXXVI, da CRFB).

Entretanto, constata-se que postulado da segurança jurídica também não vem sendo observado, pois, cotidianamente, são prolatadas decisões distintas em casos assemelhados, às vezes completamente destoantes, o que viola a segurança jurídica, bem como constitui mácula ao princípio da isonomia, já que se atesta tratamento desigual entre os jurisdicionados.

Desta feita, ante a constatação de que alguns Tribunais já vêm atribuindo força aos precedentes judiciais, do elevado número de demandas e do *mandamus* constitucional da razoável duração do processo, da isonomia e da segurança jurídica, urge esmiuçar o tema acerca da aplicação do sistema dos precedentes judiciais no direito pátrio, averiguando sua viabilidade e suas consequências.

Diante do exposto, no decorrer deste artigo, tenta-se responder aos seguintes questionamentos: é lícita a aplicação do sistema dos precedentes no direito brasileiro? Os precedentes judiciais se constituem como meios de efetivação dos princípios da segurança jurídica, da igualdade e da razoável duração do processo? Vem sendo atribuída força vinculante aos precedentes judiciais no direito brasileiro?

1 OS PRECEDENTES JUDICIAIS

No campo do direito comparado, dois sistemas jurídicos coexistem hoje: *common law* e o sistema romano-germânico, conhecido como *civil law*, dotados de características distintas em razão dos aspectos históricos e sociais que influenciaram a sua formação.

Não é difícil notar que a função dos precedentes judiciais nos ordenamentos filiados ao *common law* e da atividade jurisprudencial nos sistemas ligados ao *civil law* é relativamente distinta, até mesmo em virtude das próprias raízes e características centenárias de cada família do Direito. (LIMA, 2013, p. 114).

O sistema jurídico romano-germânico, ou *civil law*, pode ser compreendido como aquele que tem a lei como fonte principal do Direito, embora seu surgimento remonte à compilação e codificação do direito romano; galgou força na teoria da separação dos poderes, no advento do Positivismo e nos ideais da Revolução Francesa, a qual, em razão de consequências históricas, buscou limitar o poder dos juízes, atribuindo a eles a mera aplicação da lei.

[...]. Na teoria de Montesquieu, qualquer veleidade de dar-se aos juízes o poder de fazer a lei seria ir contra o postulado da separação dos poderes. Reforça-se, assim, a concepção piramidal do direito no sistema romano-germânico: o Judiciário é um poder que tem atributos dos mais amplos, não sendo controlado por nenhum dos outros dois, mas não tem iniciativa e seu poder é limitado pela res judicata; generalizações a partir de casos julgados só na matéria sub *judice* e sem qualquer possibilidade de criar precedentes, ou seja, de imporem-se a casos semelhantes no futuro, pela sua própria efetividade. (SOARES, 2000, p. 29).

Já no sistema jurídico *common law*, oriundo do direito britânico, nitidamente costumeiro, confere-se maior liberdade aos magistrados para dizerem o Direito, não os constituindo como meros aplicadores da lei, mas formadores deste, ao elencar os precedentes como sua fonte. Leciona Marinoni (2013, p 33): “Não há como negar a importância que o *stare decisis* teve para o desenvolvimento do *common law* em sua faceta hodierna, tampouco esquecer que os precedentes – [...] – constituem fonte de direito neste sistema”.

A ideia do direito inglês estava resguardada nos costumes e tradições, os quais, inclusive, iam se firmando com as decisões judiciais que o professavam, tudo porque, diferentemente da França, a Inglaterra passou pela Revolução Gloriosa (1688-1699), onde os magistrados foram preponderantes para limitar o poder do monarca absolutista. Nesse sentido, pronuncia-se Marinoni (2013, p. 33-34):

Aliás, na tradição do common law inglês, o Parlamento considerava as decisões proferidas pelas Cortes nos casos concretos para, a partir delas, precisar e delinear a lei decorrente da vontade comum. Interessante perceber que exatamente aí surge uma primitiva noção de *due process of law*, visto como o caminho a ser seguido para a elaboração da lei ancorada nos costumes.

Neste sistema, o legislativo não se opôs ao judiciário, chegando, em realidade, a com ele se confundir. Na Inglaterra, o juiz esteve ao lado do Parlamento na luta contra o arbítrio do monarca, reivindicando a tutela dos direitos e liberdades do cidadão. Por isso mesmo, ao contrário do que ocorreu em face da Revolução Francesa, não houve clima para desconfiar do judiciário ou para supor que os juízes se posicionariam em favor do rei ou do absolutismo.

Assim, a real distinção entre os dois sistemas jurídicos encontra-se no papel dos magistrados e não na questão da fonte preponderante do direito como muitos pensam, até porque atualmente no *common law* a lei tem conquistado mais espaço, mas o sistema persiste face ao papel que os juízes possuem neste e a doutrina do *stare decisis*.

Nos dias que correm, a diferença entre o magistrado do common law e do civil law não está na elasticidade das suas elaborações ou interpretações, mas na importância que eles assumem em cada um dos sistemas, e, por consequência, no respeito que lhes é devotado. E não é equivocado dizer que um dos principais responsáveis pelo traço forte da figura do juiz do common law é justamente o sistema de precedentes. (MARINONI, 2013, p. 40-41).

No mesmo sentido, destaca Marcelo Augusto Biehl Ortolan (2012, p. 17-18):

A Revolução Inglesa, conduzida pelos nobres proprietários do Parlamento contra o absolutismo, diversamente da Revolução Francesa, não considerava os juízes como uma ameaça, mas antes como um poder amigo do Parlamento na luta contra as arbitrariedades do soberano. Por essa razão que, no direito inglês, não houve a necessidade de se criar o dogma da prevalência da lei e da aplicação estrita da lei pelo magistrado (juiz boca da lei), garantindo-lhe espaço e poder para interpretar a lei. Assim, a ideia da supremacia do parlamento inglês não teve a intenção de submeter o juiz à lei, como produto Parlamento.

Ademais, o *civil law* também já passou por diversas modificações, até porque negar a interpretação das normas pelos magistrados consistiu uma mera utopia. O advento do Constitucionalismo configurou-se como o ápice do repensar do *civil law*, já que as leis passaram a ter que estar em conformidade com o texto constitucional, o que vincula, sem dúvida, o Legislativo, mas também se constitui como encargo do poder Judiciário, ampliando a sua função, ante a necessidade do exercício do controle de constitucionalidade. Leciona Marinoni (2013, p. 67): “[...] o juiz do *civil law* passou a exercer papel que, em um só tempo, é inconcebível diante dos princípios clássicos do *civil law* e tão criativo quanto o seu colega do *common law*. [...]”.

A verdade é que, atualmente, esses sistemas jurídicos se aproximam e se entrelaçam. Notadamente, no Direito Brasileiro, que, apesar de oriundo do *civil law*, importou vários institutos do *common law*, sobretudo dos Estados Unidos da América, como a supremacia constitucional e o controle difuso de constitucionalidade.

É de se notar, contudo, que tais sistemas não se desenvolveram de forma estanque e que tampouco permanecem estagnados e incommunicáveis. Ao longo de sua formação, sofreram influências recíprocas e, hoje, se encontram em claro processo de aproximação. [...]. (MELLO, 2008, p. 13).

Neste cenário, questiona-se a doutrina do *stare decisis*, a qual enuncia a observância dos precedentes judiciais, se foi ou não absorvida pelo direito pátrio. Destaca Marinoni (2013, p. 22):

Não obstante as transformações que se operaram no civil law – inclusive nas concepções de direito e de jurisdição, marcadamente em virtude do constitucionalismo – e as especificidades do sistema brasileiro – que se submete ao controle difuso da constitucionalidade da lei – há notória resistência, para não se dizer indiferença, à importância ao aperfeiçoamento do nosso direito, como é o caso do respeito aos precedentes.

Entretanto, antes de demonstrar as razões que apontam para o necessário respeito aos precedentes e a própria viabilidade da aplicação da doutrina do *stare decisis* no direito brasileiro, faz-se primordial a compreensão de que decisões se constituem como precedentes, bem como as características e implicações destes.

É salutar destacar que, embora os precedentes advenham das decisões judiciais, nem toda decisão judicial enseja na formação de um precedente, vez que este, na verdade, configura-se como a constatação de um direito ante a análise pelo poder Judiciário de caso específico que termine por trazer questão jurídica pendente de resolução. Assim, o precedente é expresso na *ratio decidendi*, vez que na decisão em que há formação deste, não é apenas solucionado o caso *inter partes*, mas também é resolvida questão jurídica, havendo assim nítida formação de direito. Daniel Mitidiero (2012, p. 134) assevera: “O precedente pode ser identificado como a *ratio decidendi* de um caso ou de uma questão jurídica – também conhecido como *holding* do caso. [...]”. E continua Mitidiero (2012, p. 134):

[...]. Os precedentes não são equivalentes às decisões judiciais. Eles são razões generalizáveis que podem ser identificadas a partir de decisões judiciais. O precedente é formado a partir da decisão judicial. E porque tem como matéria-prima a decisão, o precedente trabalha essencialmente sobre fatos jurídicos relevantes que compõem o caso examinado pela jurisdição e que determinaram a prolação da decisão da maneira como foi prolatada.

Neste diapasão, fala-se nos precedentes judiciais como formadores do Direito, já que, por decidirem uma questão jurídica, terminam não só por resolver aquele caso em análise, mas declaram um direito diante de uma situação jurídica. É, exatamente, neste aspecto que os adeptos do *civil law* se contrapõem à doutrina dos precedentes, vez que afirmam que o poder Judiciário estaria legislando, existindo clara mácula ao princípio da separação dos poderes.

No entanto, constituiria uma utopia reservar ao poder Judiciário a atividade de dizer o Direito e, simultaneamente, negá-lo a aferição da solução para uma questão jurídica, a qual não se restringe à subsunção dos fatos à norma, nem mesmo a interpretação das disposições das leis, mas a interpretação do ordenamento jurídico como um todo, passando pela conformidade com a ordem constitucional. Leciona Marinoni (2013, p. 70): “A dificuldade em ver o papel do juiz sob o neoconstitucionalismo impede que se perceba que a tarefa do juiz do *civil law*, na atualidade, está muito próxima da exercida pelo juiz do *common law*. [...]”.

O que se verifica, hodiernamente, é que os sistemas jurídicos do *civil law* e *common law*, nas suas versões iniciais, não mais subsistem. Não há como se falar, atualmente, no Judiciário

como mero aplicador da lei (*juge bouche de la loi*), tampouco pensar no direito ocidental contemporâneo sem uma Constituição ou numa completa ausência de normas escritas.

Com o advento do Constitucionalismo, estabeleceu-se a hierarquia da norma constitucional em contraponto com as demais normas. Assim, toda norma passa a ter que estar em consonância com o texto constitucional, tendo, inclusive, o ordenamento pátrio adotado um sistema de controle de constitucionalidade misto, importando o concentrado do direito austríaco (*civil law*) e o difuso do modelo norte-americano (*common law*), o que só reforça que o direito brasileiro, apesar de oriundo do sistema do *civil law*, possui nitidamente institutos decorrentes do *common law*.

Dessa forma, se o próprio sistema jurídico adotado no Brasil pode ser compreendido como híbrido, a justificativa para o não respeito aos precedentes por ser o direito brasileiro oriundo do *civil law*, quando estes se constituem como institutos do *common law*, não encontra qualquer guarida.

Na verdade, a insistência ao não respeito aos precedentes judiciais num sistema que adota o controle de constitucionalidade difuso pode vir a gerar consequências graves ao próprio sistema jurídico. É que a possibilidade de qualquer juiz realizar o controle de constitucionalidade da norma, embora no caso específico, pode vir a gerar decisões contraditórias quando comparadas demandas concernentes à mesma questão de direito, o que enseja uma insegurança jurídica, descrédito ao poder Judiciário e tratamento desigual aos jurisdicionados.

Não é isso, contudo, o que ocorre em nosso país, onde a garantia de liberdade de convicção dos juízes associada ao seu poder de declarar a inconstitucionalidade de normas está em constante choque com a missão constitucionalmente entregue ao Supremo Tribunal Federal, que é dar a última palavra acerca do sentido constitucional das normas. As razões suscitadas para se furtar à observância das decisões de nosso Supremo Tribunal – mesmo daquelas tomadas em controle abstrato, que deveriam ter eficácia erga omnes e efeito vinculante, são das mais variadas. Da mesma forma, observe-se que apesar da Constituição ser clara a respeito da missão institucional do Superior Tribunal de Justiça, que é definir a interpretação do direito federal, dando-lhe uniformidade, o mesmo descaso recai sobre suas decisões, que não são respeitadas nem pelos tribunais e juízos estaduais, nem pelos federais. (ORTOLAN, 2012, p. 35-36).

Neste cenário, faz-se necessário uma análise dos precedentes frente aos postulados da igualdade, da segurança jurídica e da razoável duração do processo, a fim de concluir se a “fuga” à aplicação dos precedentes está ou não ensejando, no âmbito das decisões judiciais, um “clima” de instabilidade, insegurança jurídica, desigualdade e morosidade na solução dos conflitos.

2 OS PRECEDENTES JUDICIAIS E OS POSTULADOS DA SEGURANÇA JURÍDICA, DA IGUALDADE E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

A Constituição Federal consagra os postulados da segurança jurídica (art. 5º, inc. XXXVI), da igualdade (art. 5º, *caput*) e da razoável duração do processo (art. 5º, inc. LXXVIII) como direitos fundamentais, os quais pelo próprio texto constitucional são autoaplicáveis (§ 1º do art. 5º), constituindo-se, inclusive, como cláusulas pétreas, conforme se depreende do art. 60, § 4º, inc. IV, da Lei Maior.

Desta feita, quando o texto constitucional colaciona tais princípios como direitos fundamentais, busca atribuir proteção máxima a eles, bem com os consagra como valores concernentes ao Estado Democrático de Direito e à sociedade brasileira, o que torna inquestionável a necessidade de observância de tais princípios.

O princípio da segurança jurídica constitui-se como postulado indispensável ao Estado de Direito. Não há como instituir uma ordem legal se ao mesmo tempo não se assegura a estabilidade desta. Leciona Marinoni (2012, p. 559): “A segurança jurídica, vista como estabilidade e continuidade da ordem jurídica e previsibilidade das consequências jurídicas de determinada conduta, é indispensável para a conformação de um Estado que pretenda ser ‘Estado de Direito’”.

A segurança jurídica, inicialmente, esteve direcionada para atuação legislativa, no sentido de assegurar confiança, previsibilidade e estabilidade à legislação; contudo, com a superação do positivismo nas ciências jurídicas, a interpretação da norma veio assumir relevante e indispensável papel na expressão do Direito, sobretudo com a supremacia constitucional.

Nesse diapasão, o Judiciário tem dever de garantir a segurança jurídica, já que se constitui como o princípio inerente ao Estado de Direito. Entretanto, a jurisdição pode ou não conferir segurança às relações sociais, pois dependendo de como esta é exercida, pode ensejar instabilidade social e, por consequência, “balançar” a própria ordem jurídica.

Para se atestar, de fato, a segurança jurídica, fala-se em três condições a serem observadas: previsibilidade, estabilidade e confiança. Assim, no âmbito da atividade jurisdicional, as decisões judiciais devem possibilitar a efetivação desses valores.

É claro que não se pretende que a interpretação dita autêntica, ou melhor, aquela realizada por meio das decisões judiciais, encontre sempre uma, e só uma, solução possível e absolutamente correta, mas segundo Dewey possam ser realizadas dentro de “uma lógica de previsão de possibilidade e não de dedução de certezas”. É nesta medida que as decisões devem seguir um padrão estabelecido pelas normas – abstratas e concretas – na medida em que são previsivelmente determinadas, ou seja, capazes de estabelecer uma moldura mínima ao conteúdo material das decisões, bem como uma exata legitimidade da forma de sua produção – mas também porque devem ser aplicadas dentro de uma moldura de elementos argumentativos justificadores que levam a uma razoável previsibilidade dos usos da coerção estatal. (POLICHUK, 2012, p. 163).

A previsibilidade das decisões judiciais se consagra pela uniformidade da interpretação das normas pelo Judiciário, já que, na atividade jurisdicional, quando firma-se um entendimento acerca de uma questão jurídica se assegura a previsibilidade da jurisdição, possibilitando o real conhecimento do ordenamento jurídico pela sociedade.

Em outra perspectiva, a segurança jurídica reflete a necessidade de a ordem jurídica ser estável. Esta deve ter um mínimo de continuidade. E isso se aplica tanto à legislação quanto à produção judicial, embora ainda não haja, na prática dos tribunais brasileiros, qualquer preocupação com a estabilidade das decisões. Frise-se que a uniformidade na interpretação e aplicação do direito é um requisito indispensável ao Estado de Direito. Há de se perceber o quanto antes que há um grave problema num direito variável de acordo com o caso. (MARINONI, 2012, p. 561).

Dessa forma, atesta-se que o precedente judicial – formação da solução de uma questão jurídica – garante a previsibilidade da jurisdição, visto que permite que a sociedade conheça a ordem legal que a determina.

Da breve narrativa observamos que a necessidade de previsibilidade não é matéria nova, muito menos instituto criado de sobressalto com busca a remendar a imensa colcha de retalhos que sobrecarrega no regime legal. Ao contrário, a exigência de previsibilidade como elemento inerente ao princípio da segurança jurídica, portanto,

do próprio Estado Democrático de Direito é conceito antigo, todavia, por muitas vezes renegado e jogado às sombras pelos mais diversos argumentos.

Assim, surgem os questionamentos acerca da aproximação dos sistemas da Civil Law e da Commun Law, na medida em que a utilização dos precedentes (vinculantes) vastamente utilizados no sistema da Commun Law nos apontam uma solução, testada e aprovada, no sistema inglês e norte-americano, especialmente. (POLICHUK, 2012, p. 167).

Conforme Marinoni (2012, p. 566), a estabilidade das decisões judiciais também permeia como elemento necessário para garantir a segurança jurídica, pois não há como se falar em Estado de Direito sem assegurar a estabilidade da ordem jurídica, a qual não passa somente pela atividade legislativa, mas pelo exercício da jurisdição, que sendo ato de poder, deve também conferir estabilidade.

O citado autor (2012, p. 571-573) ainda explica que, para conferir segurança jurídica, se faz necessário também tutelar a confiança dos jurisdicionados, o que, sem dúvida, confere-se através da previsibilidade e estabilidade das decisões judiciais, as quais possibilitam a ciência e a certeza dos atos do Judiciário pela sociedade.

Assim, verifica-se que os precedentes judiciais, por garantirem a previsibilidade das decisões judiciais, geram a estabilidade nas relações sociais e a confiança da sociedade na atividade jurisdicional.

Portanto, não resta dúvida que os precedentes se constituem como meio pelo qual se efetiva o *mandamus constitucional* da segurança jurídica, pois promovem a previsibilidade e estabilidade da jurisdição, o que enseja a segurança das relações sociais e a credibilidade do Judiciário.

A Constituição Federal de 1988 elencou no rol dos direitos fundamentais o princípio da igualdade como valor a orientar a aplicação de todas as demais garantias fundamentais, conforme se depreende do *caput* do art. 5º da Lei Maior, ficando claro que a isonomia figura-se como ordem dada pela CRFB.

Não é preciso lembrar que a igualdade é elemento indissociável do Estado Democrático de Direito e, bem por isso, está fortemente grifado na Constituição Federal, iluminando a compreensão, aplicação e a construção do ordenamento jurídico. (MARINONI, 2012, p. 577).

No campo doutrinário, fala-se em isonomia material e formal, pois a ordem constitucional importa na isonomia de submissão às normas, mas também na promoção da igualdade da aplicação da norma em contraponto às situações jurídicas apresentadas, o que fundamenta o tratamento igual dos iguais e desigual dos desiguais na medida de suas desigualdades.

Neste contexto, lembra-se que o direito fundamental ao processo justo e célere perpassa pela cláusula geral da isonomia, bem como que o exercício da atividade jurisdicional, que tem por escopo garantir a observância ao ordenamento jurídico pátrio, está submetido ao princípio da igualdade, razão pela qual o Judiciário deve observá-lo.

Se há uma definição judicial de direito fundamental, ou mesmo acerca do significado de uma lei federal, todos devem ser tratados igualmente perante eles. A menos, é claro, que se admita que a jurisdição possa e deva conviver com vários significados de um mesmo direito fundamental ou de uma mesma lei federal, o que eliminaria qualquer possibilidade de se ter uma elaboração teórica racionalmente capaz de explicar a legitimidade de uma decisão que afirma direito fundamental e deixaria sem qualquer razão de ser as normas constitucionais que consagram as funções

jurisdicionais de uniformização da interpretação da lei federal e de atribuição de sentido à Constituição, além de, obviamente, violar a ideia imprescindível de igualdade perante a jurisdição. (MARINONI, 2012, p. 583).

Logo, quando no exercício da jurisdição se olvida o respeito à isonomia entre os jurisdicionados, há ofensa à Constituição Federal e ao próprio Estado Democrático de Direito, pois este não se faz possível em uma ordem legal que não consagra a igualdade.

A isonomia reclamada é, portanto, a do Direito judicado, ou seja, aquele que resulta da interpretação judicial. E o processo de interpretação judicial da norma legislada impõe não apenas o conhecimento, mas também o reconhecimento dos precedentes judiciais, exatamente para evitar que o resultado prático da demanda seja diverso de caso semelhante já decidido, algumas vezes até por um órgão hierarquicamente superior. (LIMA, 2013, p. 153).

Daí se consta que a formação e o respeito aos precedentes judiciais garantem a observância ao princípio da igualdade, tendo em vista que promovem a isonomia entre os jurisdicionados.

O princípio da razoável duração do processo, como anteriormente destacado, passou a constar expressamente no rol dos direitos fundamentais (art. 5º, inc. LXXVIII, da CRFB) com a EC 45/2004; porém, na verdade, tal princípio já figurava como postulado fundamental, pois é inerente ao princípio do devido processo legal (art. 5º, inc. LIV, da CRFB).

Assim, a celeridade nos provimentos jurisdicionais se consagra como direito fundamental, justamente porque, ao se garantir uma ordem jurídica, a expressão desta, dada pela função jurisdicional, deve ser eficaz, de forma a possibilitar a eficiência das próprias normas que intitula.

A jurisdição morosa não só deslegitima a instituição à qual compete, mas também a própria ordem jurídica, já que a demora no firmamento da solução dos casos gera um “clima” de instabilidade e insegurança na sociedade, o que se aproxima à inexistência de ordem legal.

Desse modo, os precedentes judiciais configuram-se como verdadeiros garantes do princípio da razoável duração do processo, uma vez que, como já explicado, o precedente nada mais é do que o firmamento da solução de uma determinada questão jurídica; portanto, quando novamente for apresentada em juízo, naturalmente deve o juiz invocar o precedente, resolvendo aquela demanda.

Em primeiro lugar, a prática de os juízes e órgãos colegiados adotarem anteriores posicionamentos consolidados pelos tribunais superiores é algo que tende a reduzir a quantidade de recursos dos jurisdicionados sucumbentes, já que, conhecendo a jurisprudência do tribunal ad quem, e tendo sido a decisão proferida nesses exatos termos, será desestimulada a recorrer, com possível antecipação do trânsito em julgado e da execução do decism, com entrega da prestação jurisdicional à parte vencedora. (LIMA, 2013, p. 157).

Além do que, como o precedente judicial é a resposta a uma questão jurídica, a sociedade já passa a ter ciência de como o Judiciário compreende aquela questão, o que enseja a rápida solução das lides e, muitas vezes, até previne o surgimento de novas demandas.

Ademais, a consolidação de entendimentos jurisprudenciais nas instâncias superiores seguida da sua reiteração pelos demais órgãos judiciários, indiretamente, desestimulará o ajuizamento de novas demandas por aqueles que confiavam na jurisprudência lotérica. Com a redução de novas ações sobre o mesmo tema, haverá uma desobstrução

dos canais de acesso à justiça, permitindo que as demais causas sejam examinadas com mais vagar e num tempo mais curto. (LIMA, 2013, p. 158).

Logo, a adoção dos precedentes judiciais constitui meio pelo qual se assegura efetividade ao postulado constitucional da razoável duração do processo, pois, de fato, os precedentes geram um encurtamento do tempo de conclusão das lides e previnem o surgimento de novas demandas.

Contudo, constantemente, no exercício da função jurisdicional, os preceitos constitucionais da segurança jurídica, da razoável duração do processo e da igualdade vêm sendo violados, pois se atesta que são prolatadas decisões, em casos similares, totalmente divergentes em juízos diversos e até no mesmo juízo, gerando um grau de instabilidade e de ausência de previsibilidade, que certamente afronta a segurança jurídica, bem como a igualdade entre os jurisdicionados, já que para uma mesma questão jurídica há várias respostas.

[...]. Sendo assim, é evidente que a jurisdição não encontra legitimação ao oferecer decisões diversas para casos iguais ou ao gerar decisão distinta da que foi formada no tribunal competente para a definição do sentido e do significado das normas constitucionais e dos direitos fundamentais. Na verdade, é pouco mais do que absurdo pensar que o Poder Judiciário, caracterizado por um déficit de legitimidade democrática em relação ao Legislativo, possa ter várias concepções acerca de um mesmo direito fundamental, para num momento admitir e em outro negar a constitucionalidade do produto da Casa habitada pelos representantes eleitos pela maioria. (MARINONI, 2012, p. 583).

Ademais, o princípio da razoável duração do processo não tem se efetivado em muitos feitos, justamente porque, apesar de o Judiciário encontrar-se abarrotado de demandas, muitas referentes à mesma questão jurídica, não prima pela técnica dos precedentes, sendo, constantemente, prolatadas decisões completamente destoantes, o que fomenta a demora da resolução da lide. Frise-se que, muitas vezes, a parte para ver seu direito assegurado que por jurisprudência de Corte Superior se afigura possível, vê-se obrigada a recorrer até chegar ao juízo prolator do entendimento que está em consonância ao seu pleito.

[...]. O advogado do common law tem possibilidade de aconselhar o jurisdicionado porque pode se valer dos precedentes, ao contrário daquele que atua no civil law, que é obrigado a advertir o seu cliente que determinada lei pode – conforme o juiz sorteado para analisar o caso – ser interpretada em seu favor ou não. A lógica desta tradição não é apenas inversa, e assim faz surgir a nítida impressão de que o direito do civil law não é tão certo quanto o direito do common law, como milita e se volta contra o próprio sistema, na medida em que estimula a propositura de ações, o aumento da litigiosidade, o acúmulo de trabalho e o aprofundamento da lentidão do Poder Judiciário. (MARINONI, 2012, p. 562).

Neste diapasão, os precedentes se constituem como verdadeiros garantidores dos postulados constitucionais da segurança jurídica, da razoável duração do processo e da isonomia entre os jurisdicionados, posto que sinalizam como o poder Judiciário compreende certa questão jurídica, professando a solução cabível.

Dessa forma, sendo aplicado aos casos assemelhados, garante a segurança jurídica, a celeridade e a igualdade entre os jurisdicionados, o que se traduz como a expressão da própria justiça, pois como se falar nesta, ante a proliferação de decisões distintas frente à mesma situação jurídica? Marinoni (2013, p. 77) bem destaca: “[...]. O que justifica o respeito aos precedentes é a igualdade, a segurança jurídica e a previsibilidade.”.

Quanto ao argumento contrário à doutrina do *stare decisis* que destaca que o direito é dinâmico, não podendo ser “engessado”, primeiramente, pela Sociologia e Filosofia, relembra-se que o Direito surge como meio pelo qual se tenta conceder paz e justiça social, o que fica inviável num ambiente de diversas e contraditórias decisões judiciais. Na verdade, o próprio poder Judiciário perde sua legitimidade social, existindo apenas formalmente, em razão da perda da “fé” da sociedade nessa instituição.

Ademais, há técnicas que resolvem os possíveis problemas que surgiriam como aplicação do *stare decisis*, que, inclusive, já são empregadas no solo americano como, dentre outras, a revogação do precedente e o *distinguished*.

Os precedentes judiciais não “engessam” o Direito, pois quando o precedente se apresenta desconforme com a evolução social e do Direito, ele poderá ser superado através da sua revogação.

Em outras palavras: a ausência de precedente com força obrigatória torna impossível a coerência das decisões judiciais – e, assim, do direito –, mas a evolução da doutrina pode demonstrar que o precedente, cuja força dava coerência ao sistema e ao direito, deve ser revogado para permitir a constituição de uma coerência capaz de espelhar o novo ou, em outros termos, um horizonte redefinido. De modo que respeitar precedentes não significa absolutizar a estabilidade e a certeza da jurisprudência. (MARINONI, 2013, p. 193).

Além do mais, segundo Marinoni (2013, p. 63-64), quando num caso específico verificam-se razões especiais para a não aplicação do precedente judicial, o juiz deverá proceder o *distinguished*, assegurando a isonomia material, que nada mais é do que a não aplicação do precedente em razão das peculiaridades do caso em tela. Para tanto, o magistrado deve fundamentar a sua decisão demonstrando por qual motivo o precedente não figura como a solução adequada.

Os princípios do livre convencimento motivado, do juiz natural e da independência dos magistrados são argumentos também levantados em contraponto à doutrina do *stare decisis*. Contudo, estes não vigoram, já que o poder Judiciário é uma instituição, logo, necessariamente, deve existir consenso no exercício de sua função. Bem destaca Marinoni (2012, p 566): “Não há como ter estabilidade quando os juízes e tribunais ordinários não se veem como peças de um sistema, mas se enxergam como dotados de autonomia para decidir o que bem quiserem”.

Ora, um organismo que tem manifestações contraditórias é, indubitavelmente, um organismo doente. Portanto, é preciso não confundir independência dos juízes com ausência de unidade, sob pena de, ao invés de se ter um sistema que racional e isonomicamente distribui justiça, ter-se algo que, mais do que falhar aos fins a que se destina, beira a um manicômio, onde vozes irremediavelmente contrastantes, de forma ilógica e improdente, se digladiam. (MARINONI, 2013, p. 203-204).

Portanto, o respeito aos precedentes compulsa como meio de efetivação dos princípios da segurança jurídica, da igualdade e, ainda, da razoável duração do processo, ou seja, como garantia de tais direitos fundamentais. Ademais, não há qualquer óbice à aplicação da doutrina do *stare decisis*, vez que devidamente aplicada não importa na ofensa a isonomia material ou no “engessamento” do direito, mas, pelo contrário, constitui meio pelo qual o poder Judiciário, eficazmente, pode cumprir sua função de distribuir paz e justiça social, pois esses valores são inalcançáveis num ambiente em que não se assegura igualdade, segurança jurídica e previsibilidade nas decisões judiciais.

3 OS PRECEDENTES JUDICIAIS NO DIREITO BRASILEIRO

Constata-se que o direito brasileiro adota um sistema híbrido, já que, apesar de oriundo do sistema romano-germânico, importou aspectos do *common law*, como a supremacia constitucional e a possibilidade do exercício do controle difuso de constitucionalidade. Contudo, não prima pela observância da doutrina da força vinculante dos precedentes judiciais (*stare decisis*), o que tem semeado a insegurança jurídica, tratamento desigual dos jurisdicionados, a demora na solução das lides e, ainda, a perda da legitimidade social do Poder Judiciário.

No Judiciário brasileiro, ainda é muito forte a ideia do livre convencimento motivado do juiz, porém, de forma distorcida, vez que se observa, constantemente, os magistrados dando soluções às lides conforme suas convicções e, tão somente, após a formação destas, buscam motivação para elas no ordenamento jurídico vigente, e, ainda, sem mesmo pesquisar como a matéria submetida a sua apreciação vem sendo enfrentada no próprio juízo ou mesmo nos Tribunais de segunda e última instâncias – o que se configura como ofensa à segurança jurídica, à igualdade e à razoável duração do processo, e, por consequência, à própria função jurisdicional.

No direito brasileiro contemporâneo há uma absurda e curiosa não percepção da contradição existente entre a mitigação do duplo grau e a ausência de respeito às decisões dos tribunais superiores. De forma acrítica, ao mesmo tempo em que se vê na obrigatoriedade dos precedentes um atentado contra a liberdade do juiz, celebra-se o duplo grau de jurisdição como garantia de justiça. Os juízes pensam que exercem poder quando julgam como desejam, mas não percebem que não têm poder para decidir (sozinhos) sequer uma ação de despejo fundada em falta de pagamento ou uma ação ressarcitória derivada de acidente de trânsito, e, além disto, que as suas sentenças, em regra, não interferem na vida dos litigantes. (MARINONI, 2012, p. 568-569).

Ademais, frise-se, a situação se torna mais preocupante no contexto do direito brasileiro, vez que a possibilidade de qualquer juiz pugnar pela inconstitucionalidade de uma norma no caso concreto e de aplicar técnicas de interpretação conforme o texto constitucional, sem atentar para o respeito aos precedentes, não só enseja um “clima” de instabilidade, insegurança jurídica, desigualdade e morosidade na solução dos conflitos, mas também atenta contra o próprio texto constitucional que assegura ao Supremo Tribunal Federal a guarda e interpretação da Constituição.

No que respeita aos seus aspectos finalísticos, a adoção dos precedentes se justifica na medida em que se busca promover alguns valores que lhe são correlatos, a saber: a segurança e a previsibilidade jurídica; e uniformidade do direito e a isonomia entre os cidadãos; a credibilidade das cortes; a redução de litígios, e a preservação da força normativa da Constituição, em virtude do respeito à autoridade da exegese produzida pelo STF. (PEREIRA, 2012, p. 152).

Comumente, verificam-se também decisões contrárias ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça emanadas dos juízes e tribunais *a quo*, e o que é pior entre as próprias turmas do citado Tribunal Superior, quando é cediço que a Lei Maior salvaguardou a interpretação da lei federal a este.

Desse modo, ao observar atentamente a atividade jurisdicional brasileira atesta-se, em razão da não observância da doutrina do *stare decisis*, a não efetividade desta, pois um ordenamento que não consegue definir questões jurídicas, sendo exaradas decisões, cotidianamente, destoantes para casos parecidos, na verdade, sequer consegue transmitir para os jurisdicionados a certeza e o conhecimento de seus direitos, perdendo a legitimidade para sua própria função, que é a distribuição da justiça e a pacificação social.

Interessante notar, ainda, que a previsibilidade é relacionada aos atos do Judiciário, isto é, às decisões, mas que esta previsibilidade garante a confiabilidade do cidadão nos seus próprios direitos. Um sistema incapaz de garantir a previsibilidade, assim, não permite que o cidadão tome consciência dos seus direitos, impedindo a concretização da cidadania. (MARINONI, 2012, p. 565)

Assim, no Direito brasileiro, faz-se imperioso o respeito aos precedentes. Nesse sentido, bem assevera Marinoni (2012, 572-573): “Mesmo os ordenamentos de *civil law*, especialmente aqueles que dão ênfase ao controle difuso de constitucionalidade, não podem dispensar o esquema dos precedentes vinculantes para garantir a segurança jurídica e dar tutela à confiança.”

CONCLUSÃO

Pelo exposto, conclui-se que o respeito aos precedentes judiciais compulsa como meio de garantir a segurança jurídica, a igualdade entre os jurisdicionados, a razoável duração do processo, a credibilidade do poder Judiciário e, por consequência, a própria eficácia da função jurisdicional.

Assim, diante da realidade verificada no exercício da jurisdição no Brasil, em que, cotidianamente, são prolatadas decisões em casos semelhantes, muitas vezes, completamente destoantes, atesta-se a existência de diversas soluções para uma mesma questão jurídica e um descaso às decisões dos Tribunais Superiores.

Neste contexto, a necessidade da adoção efetiva do sistema dos precedentes torna-se imperiosa, vez que não há como se falar em distribuição de justiça num ambiente em que não se assegura igualdade, segurança jurídica, celeridade e previsibilidade nas decisões judiciais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.

LIMA, Thiago Asfor Rocha. **Precedentes judiciais civis no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3. ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. O precedente na dimensão da segurança jurídica. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). **A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR**. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 559-575.

_____. O precedente na dimensão da igualdade. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). **A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR**. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 577-597.

MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente – Dois discursos a partir da decisão judicial. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). **A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR**. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 125-142.

ORTOLAN, Marcelo Augusto Biehl. Commow law, judicial review e satare decisis: uma abordagem histórica do sistema de controle de constitucionalidade anglo-americano em perspectiva comparada como sistema brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). **A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR**. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 15-40.

PEREIRA, Paula Pessoa. O Estado de direito e a necessidade de respeito aos precedentes judiciais. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). **A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR**. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 143-156.

POLICHUK, Renata. Precedente e segurança jurídica: a previsibilidade. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). **A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR**. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 157-170.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common law: introdução ao direito dos EUA**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

JUDICIAL PRECEDENT IN BRAZIL AND CONSTITUTIONAL PRINCIPLES OF LEGAL CERTAINTY OF REASONABLE DURATION OF THE PROCESS AND EQUALITY

Abstract: *This article analyzes the judicial precedents against constitutional postulates of legal certainty, the reasonable duration of the process and equality. The main objective of this work is to verify if the Brazilian Law respects such principles or not, according to the doctrine of stare decisis in Brazil*

Keywords: *Judicial precedents. Brazilian law. Legal certainty. Equality. Reasonable duration of the process.*

Data de recebimento: **out/2014** – Data de aprovação: **dez/2014**

OBLIGACIONES. EL CONCEPTO: SU EVOLUCIÓN Y LOS ELEMENTOS QUE LE DAN LA RAZÓN

Mafalda Victoria Díaz Melián de Hanisch

Professora da Universidade Miguel de Cervantes (Santiago, Chile)

SUMÁRIO: Introducción. 1. Concepto de Obligación. 2. Elementos Generales de toda Obligación. 3. Los Elementos.

INTRODUCCIÓN

Por naturaleza el hombre es un ser sociable pero la convivencia con sus semejantes ha dado origen a una serie de relaciones en las que se contraponen las apetencias y los intereses de unos y otros lo que ha exigido regulaciones de situaciones y la correspondiente delimitación de sus facultades y obligaciones las que deben ser imputadas a cada ser social. No podemos olvidar que el Derecho representa un conjunto de normas reguladoras de la conducta humana las que son indispensables para la vida del hombre en sociedad.

La ordenación jurídica del pueblo romano logró a través de los siglos una gran fuerza expansiva la que por su intensidad llegó a constituir la “base sobre las que se cimentaron las relaciones jurídicas de casi todos los demás pueblos, y sobre la que se construyeron la mayoría de los cuerpos legales que hoy rigen en las naciones cultas”.¹

1 CONCEPTO DE OBLIGACIÓN

En la época clásica inicial aparece la palabra *obligatio* y ella primeramente sirvió para designar “a las *obligaciones* según el Derecho civil y después también para aquellas surgidas por Derecho pretorio”.² Pero el verbo *obligari* que puede ser igual a “ser o estar obligado u *obligado* u obligarse se reserva exclusivamente para las primeras”; pues el hecho de ser o estar *obligado* por derecho pretorio se describe mediante la expresión “ser o estar cogido por una acción; (actione teneri)”.³

La expresión *actione teneri* indica que una persona, en la medida en que se la pueda demandar con una acción, lo sea precisamente con aquella dada por el pretor.⁴

La *obligatio* del Derecho clásico y del Justiniano, es como la del Derecho actual y ella es una relación jurídica por cuya virtud una persona llamada deudor (*debitor*) debe a su

1 Ursicino ALVAREZ, Curso de Derecho Romano, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, T.1, p.1.

2 Alejandro GUZMAN BRITO, Derecho Privado Romano, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2004, T.1, p. 674.

3 *Ibidem*.

4 *Ibidem*.

acreedor (*creditor*) una determinada prestación. Cuando la prestación no se efectúa regularmente el deudor puede ser demandado con una *actio in personam* y ejecutarse contra él la sentencia que recaiga en el correspondiente proceso.

El acreedor tiene contra su deudor, derivado de la obligación, un derecho de crédito.

El concepto clásico de la *obligación* es producto de una larga evolución jurídica. La raíz más primitiva de la obligación es la responsabilidad personal creada por el hecho de que una persona se halle, para determinados fines, sometida al poder de aprehensión de otra. El fin más antiguo, al que va unido este poder de aprehensión, es la expiación que se debe por la comisión de un delito (*delictum*), de un acto antijurídico causado por otra persona. Los romanos distinguen en estos actos, aquellos que son causados a la comunidad: el pueblo, el Estado (crimina publica) y los causados al particular, a su familia o a sus bienes (*delicta privata*). Solo estos últimos pertenecen a la esfera del Derecho privado y pueden ser perseguidos por el perjudicado, mediante un proceso civil. Pero tal vez el proceso penal y público, deriva, en la mayoría de los delitos, del proceso privado.⁵

Las Instituciones de Justiniano definieron así la *obligación*: es un lazo jurídico, en virtud del cual estamos constreñidos a pagar conforme al derecho de nuestra ciudad. “*Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura*”. La obligación está así comparada a un lazo que une una a otra a las personas entre las cuales ha sido creada.⁶

También encontramos una cita de Paulo en el Digesto y que dice la esencia de la obligación no consiste en que uno haga nuestra una cosa o una servidumbre, sino en constreñir a otro para que nos dé, haga o indemnice algo. “*Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitatem nostrat facia, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum*”.⁷

“Ninguna institución presenta una conexión tan íntima y evidente entre el derecho y la acción como la de las *obligaciones*.”⁸

Al igual que otros conceptos romanos la *obligación* sufrió transformaciones a lo largo de su vida jurídica y por ello su evolución es posible seguirla en las distintas etapas históricas. Según el autor italiano Bonfante “el concepto de obligación debió haber aparecido en el campo de los delitos. La responsabilidad penal implicaba el sometimiento del infractor, quién quedaba *obligatus* (atado, sujetado) es decir sometido a la víctima”.⁹

Así pues el ladrón como el que pedía algo prestado quedaban obligados con su propia persona y “más que tener un significado patrimonial la obligación implicaba un sometimiento personal.”¹⁰ Debemos señalar que si el sometimiento era físico ocasionaba en el caso de incumplimiento que el deudor podía perder la libertad e incluso la vida. Esta situación primitiva e injusta “fue corregida en gran parte en el año 326 A.C. por la Lex Poetelia Papiria

5 Max KASER, Derecho Romano Privado, trad. José de Santa Cruz Teijeiro, Madrid, Instituto Editorial Reus S.A., 1968, ps. 147-148.

6 Eugène PETIT, Tratado Elemental de Derecho Romano, Madrid, Editorial “Saturnino Calleja” S.A., 1926, p. 282.

7 D.44.7.3. pr.

8 Alvaro D’ORS, Derecho Privado Romano, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, S.A., 1977, 3era Edición revisada, p. 349.

9 Marta MORINEAU IDUARTE- Ramón IGLESIAS GONZÁLEZ, México, Harla S.A., de C.V., 1992, 2da. Edición, p. 142.

10 *Ibidem*.

la que mejoró la situación de los deudores insolventes, al prohibir tenerles atados si la deuda no procedía de delito, ordenando al propio tiempo, dejar en libertad a los que jurasen poder pagar. No puede precisarse si esta ley impedía el ejercicio de la manus iniectio en virtud del nexum.”¹¹ El sistema romano de obligaciones fue en general formalista y rígido pero el Derecho pretorio actuó sobre él y se fue modificando cada vez mas en favor de los deudores. En tiempo de Justiniano el Derecho sobre obligaciones se encuentra en las Instituciones.¹²

Los cuerpos legales antiguos no intentaron la construcción de un sistema sobre obligaciones en general ni dieron por tanto el concepto genérico de estas. En tanto en Las Partidas se dice que son el “ligamento que es fecho según ley o según natura”,¹³ concepto en el que se ve algo del formulado por los romanos, si bien se distingue de él en que el Derecho romano limitaba el derecho de obligación a la ciudad en tanto que Las Partidas se inspiran en un criterio mas amplio, admitiendo como verdaderas obligaciones no solo las garantizadas por la ley civil, sino también por las naturales.

2 ELEMENTOS GENERALES DE TODA OBLIGACIÓN

Los elementos son personales, reales y formales. Los personales están constituidos por dos sujetos uno activo (*creditor; credendi reus*) acreedor que tiene derecho a exigir la prestación en que la obligación consiste, y otro pasivo (*debitor; reus debendi*) deudor que es el que tiene el deber de prestarle y cumplir la obligación y también es necesario advertir que con frecuencia se da la pluralidad de sujetos tanto activos como pasivos. Además al referirnos al deudor podemos diferenciar dos aspectos distintos de la obligación “debitum o deuda es decir el deber de cumplir y obligatio o responsabilidad, o sea la sujeción en caso de incumplimiento”.¹⁴

Los elementos reales (objetos de la obligación) son siempre hechos del sujeto pasivo, los que varían en naturaleza, determinación y número, pudiendo consistir en *dar; hacer o no hacer algo*. En tanto el elemento formal, causa eficiente de la obligación, es el hecho o acto que establece la relación jurídica entre el deudor y el acreedor; y puede consistir en contratos, cuasi-contratos, delitos o cuasi-delitos, aparte de las disposiciones de la ley que con frecuencia establece ciertas obligaciones como son la de dotar o la de alimentos que por eso se llaman legales.

3 LOS ELEMENTOS

La obligación está constituida por tres elementos lo que es indispensable determinarlos para su configuración y que son el sujeto, objeto y el vínculo.

SUJETOS: este elemento de la obligación está constituido por el sujeto activo o acreedor (*creditor*) que tiene derecho a la conducta del sujeto pasivo o deudor (*debitor*) el que tiene el deber jurídico de cumplir con ella. El derecho del acreedor se puede exigir con una acción personal (*actio in personam*) y solo es oponible a una persona específica: al deudor que es el único que puede violarlo. “Los sujetos de la obligación podrán estar integrados por una o varias personas, lo cual en nada altera su esencia.”¹⁵

11 D. Faustino GUTIERREZ ALVIZ, Diccionario de Derecho Romano, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1948, p.307.

12 INSTITUCIONES, Lib.3. Tit. 13.

DIGESTO, Lib. 44. Tit.17.

CODIGO, Lib. 4. Tit. 10.

13 PARTIDA VI. Ley 5. Tit.12.

14 Marta MORINEAU I-R.IGLESIAS G., Opus Cit., p. 144.

15 Ibidem, p. 145

El vínculo jurídico que existe entre los sujetos activo y pasivo constituye la obligación y por tanto los une. Esta clasificación tiene su fundamento en que los elementos subjetivos de la obligación sean uno o varios. Las obligaciones individuales no tienen nada de particular en ellas y estas ofrecen poco contenido jurídico, lo que no sucede lo mismo con las colectivas, mas comúnmente llamadas mancomunadas, las que dan origen a interesantes doctrinas, ya que en la práctica del comercio humano es frecuente que aparezcan varias personas ligadas por un solo vínculo, por cuya razón es necesario determinar su naturaleza y sus efectos.

La obligación mancomunada afecta a varias personas y la mancomunidad puede ser de dos especies. La diferencia entre ellas radica en que la obligación de que se trata sea divisible o indivisible, esto es, que las varias personas a quienes la obligación afecta están obligadas cada una por una parte determinada, pudiendo los acreedores exigirles solo aquello que les corresponde o si vienen todos por el todo (*in solidum*) en ese caso podrán los acreedores exigir a cualquiera de ellas el Integro cumplimiento de la obligación.

Las obligaciones mancomunadas se subdividen en mancomunadas simples y solidarias. Las simples son aquellas en que cada uno de los deudores venga obligado por una parte determinada. Estas obligaciones se cumplen más fácilmente que las solidarias. Como doctrina legal la solidaridad no se presume nunca. La obligación mancomunada simple no presentó en Roma un cuerpo de doctrina. La presunción en favor de la mancomunidad simple se estableció por vez primera en España con carácter general en la Ley 10. Tit. 1. Libro 10. de la Novísima Recopilación y a la que se le dio efecto retroactivo.

Las obligaciones solidarias son aquellas en que todos y cada uno de los deudores vengan obligados por todo. Con relación a los acreedores consiste en que cada uno de estos podrá exigir el cumplimiento integro de la obligación a cualquiera de los deudores, no siendo esto obstáculo para exigirlo a la totalidad mientras no resulte satisfecha la obligación por completo. Cualquiera de los sujetos de la obligación podrá estar integrado como hemos expuesto por una o varias personas, lo cual en nada altera su esencia. Entre los sujetos activo y pasivo existe el vínculo jurídico, que constituye la obligación y que los une.¹⁶

OBJETO: este es otro elemento de la obligación y está constituido por la conducta o comportamiento que el deudor debe observar en favor del acreedor. Los romanos, ateniéndose al texto de las fórmulas procesales describían el contenido posible de las obligaciones con los términos *dare*, *facere*, *praestare*, *non facere* o *pati*. *Dare* significa la entrega de una cosa (dar) y tiene por regla general y naturalmente fines de enajenación; *facere* indica toda prestación consistente en hacer incluido el *dare*.¹⁷

Mas difícil de comprender y muy discutida es la significación de *praestare*. Hay que apreciarla como una expresión generalísima que comprende toda prestación que consiste tanto en *dare* como *facere* y aun aquellas que no son un dar ni un hacer, como la constitución de una caución. El término *praestare* sólo se ve empleado en las fuentes y en casos muy contados como parte integrante de la formula procesal, con seguridad únicamente en las acciones divisorias.¹⁸ “como cuando una persona se obliga a garantizar una deuda.¹⁹ Sin embargo aparece usa con frecuencia en la literatura para designar el contenido de la prestación en general y de la responsabilidad por daños en particular. También conviene saber que la conducta negativa del deudor era configurada

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ PAP., D. 50.16.218.

¹⁸ Paul JÖRS- Wolfgang KUNKEL, Derecho Privado Romano, 2da. Edición, Barcelona, Editorial Labor, S.A., 1937, P.241.

¹⁹ Ibidem.

por un non *facere o un pati* que consiste en un abstenerse de algo; es decir, no hacer o tolerar algo. Como ejemplo nos lo da el contrato de arrendamiento en el cual el arrendatario no debe obstaculizar al arrendatario en el uso de la cosa arrendada.²⁰

VINCULO: El Derecho romano modeló las relaciones de obligación de manera más amplia que otros sistemas jurídicos. Ellas son resultante de una evolución y por cierto desde sus inicios encontramos el *vínculo* de obligación entre acreedor y deudor los que presentaban también el aspecto de una relación de poder. En los tiempos primitivos en efecto, el deudor estaba por completo ligado, vinculado al acreedor (obligare) y caía bajo su poder omnímodo si no se desligaba del vínculo mediante la realización de la prestación que le incumbiera (solvere).²¹

Sobre el origen de la obligación se discute entre los partidarios de una originación delictual y los de una vinculación volitiva.²²

El objeto de la obligación es la prestación y debe reunir ciertos requisitos: de ser posible tanto física como jurídicamente. La prestación debe, además, ser lícita, no debe contrariar a la ley, ni a la moral o buenas costumbres y finalmente debe ser determinada o determinable y valorable en dinero, para evitar el daño que es el menoscabo que sufre una persona, bien sea en su patrimonio, bien sea en sus bienes jurídicos ideales por ejemplo en el honor.

Finalmente expresamos que nos hemos sumado al pensamiento del jurista Alvaro D'Ors quién afirma que las "relaciones de obligaciones son menos estables que las de los Derechos reales, pues nacen precisamente para ser extinguidas por el cumplimiento, y justamente en este cumplimiento que las extingue está su utilidad."

Data de recebimento: **out/2010** – Data de aprovação: **dez/2013**

20 Alicia MORINEAU... Opus Cit., p.145.

21 P. JÖRS – W. KUNKEL, Opus Cit. P. 86.

22 PAUL. 5.7. C.4.10.

ATIVISMO JUDICIAL: PANORAMA ATUAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Arthur Maximus Monteiro

Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade de Lisboa. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Estadual do Ceará/FESAC. Advogado. arthur.maximus@hotmail.com

SUMÁRIO: Introdução. 1. Ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal. Conclusão. Referências.

Resumo: O ativismo judicial tem se apresentado, cada vez mais, como tendência do sistema judicial brasileiro. A invasão das esferas de competência do Poder Legislativo pelo Poder Judiciário encontrou terreno fértil no Supremo Tribunal Federal. No presente artigo, analisaremos como o ativismo passou a dominar a agenda da Suprema Corte Brasileira, assim como suas implicações para o panorama jurídico-constitucional do país.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Ativismo judicial. Neoconstitucionalismo.

INTRODUÇÃO

O ativismo judicial tem se mostrado uma tendência dominante no Judiciário brasileiro nos últimos anos. Embora, pela estrutura definida pelo constituinte de 1988, ao Poder Judiciário não tivessem sido atribuídas maiores competências legislativas, a verdade é que nos últimos anos tem-se assistido a um processo de deslocamento cada vez maior das resoluções políticas dos centros naturais de decisão – Executivo e Legislativo – para o Poder Judiciário. Trata-se daquilo que parte da mídia e da doutrina convencionou chamar de “judicialização da política” (VIANA, 1999, p. 22).

Mesmo com a ampliação dos poderes por parte do constituinte de 1988, parcelas relevantes da doutrina e da jurisprudência pareciam um tanto inconformadas com o desenho proposto para o Poder Judiciário (BARCELLOS, 2008, p. 52). A seu ver, a Carta Fundamental teria deixado margem mínima de manobra para os juízes na resolução de conflitos (BARROSO, 2008, p. 12), especialmente aqueles fomentados por vazios normativos, decorrentes de direitos fundamentais pendentes de concretização por parte do legislador (MORAIS, 2009, p. 77-78).

De certa forma, depois da Constituição de 1988, era esperado que o Judiciário transformasse-se em estuário de todas as decepções de uma população acostumada a uma classe política pouco afeita à sua tarefa de trazer bem-estar para o povo que governa (AGRA, 2009, p. 1365). Dentro dessa crise do sistema representativo, o Supremo Tribunal Federal encontrou a perfeita janela de

oportunidade para substituir-se aos representantes eleitos pelo povo como instância política responsável pela efetivação de direitos constitucionais carentes de regulamentação (CUNHA JR., 2008, p. 43). Não se contava, contudo, que o órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro arrogasse para si a competência para ditar as políticas públicas e até mesmo definir os rumos do país.

1 ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Na parte que lhe toca, o Supremo Tribunal Federal assumiu a dianteira do movimento ativista judicial brasileiro. Fê-lo com o propósito explícito de expandir seus poderes e, por conseguinte, provocar quase um reordenamento institucional no país. E, por mais estranho que pareça, houve um *método* nesse processo. Trata-se de uma peça encenada em três atos.

1.1 O conhecimento de ações “inconhecíveis”

Ela começa, primeiramente, com o abandono às normas processuais constitucionais relativas ao conhecimento de ações diretas. Para dar início a esse processo, o Supremo Tribunal Federal começou a “pinçar” processos de grande repercussão na opinião pública. Casos em que ou o desinteresse dos governantes ou o embate político impediam que se chegasse à solução desejada pela maior parte da sociedade por intermédio da via legislativa. Dessa forma, ações, por assim dizer, “inconhecíveis” foram conhecidas em favor da supostamente maior “segurança jurídica” derivada das decisões prolatadas em sede de controle abstrato (MENDES, 2012, p. 671). Nesse caso, os instrumentos de ação do STF foram, principalmente, a Adin e a ADC.

Mesmo contra normas processuais expressas¹, o STF passou a julgar o mérito das demandas, em vez de simplesmente as extinguir. Agiu dessa maneira confiante de que, respaldado por uma população insatisfeita com a classe política, nenhum outro poder haveria de confrontar suas decisões. Sem receios, caminhou rumo ao desconhecido.

O primeiro passo dessa nova “tendência” da jurisdição constitucional brasileira talvez tenha sido o julgamento da constitucionalidade da regra “antinepotismo”, criada pelo Conselho Nacional de Justiça (FALCONE, 2008, p. 214-215).

Desde sempre, a população assistia revoltada ao festival de nomeações de apaniguados desqualificados para cargos de livre nomeação e exoneração nos tribunais de todo o país. Tudo porque determinada pessoa possuía algum vínculo de parentesco com juiz, desembargador ou ministro de tribunal superior. À falta de norma que impedisse a prática, reclamar era tudo que o cidadão poderia fazer.

Não foi o que pensou o Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Criado pela Emenda Constitucional nº 45/2004, o CNJ determinou que todos os parentes de juízes, desembargadores e ministros ocupantes de cargos em comissão deveriam ser exonerados (FALCONE, 2008, p. 214).

Contudo, pelos próprios termos da Emenda Constitucional que o criou, o Conselho somente poderia produzir atos regulamentares, não atos normativos primários (SILVA, 2009, p. 564). Para escapar a essa limitação, o CNJ resolveu proibir o nepotismo a pretexto de “interpretar” o caput do art. 37 da CF/88², que dispõe sobre os princípios regentes da Administração Pública em geral, dentre eles os princípios da moralidade e da impessoalidade (FALCONE, 2008, p. 21).

1 Cf. Leis nos 9.868/99 e 9.882/99.

2 “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”.

Muitas ações individuais foram ajuizadas questionando tal resolução. O fundamento dessas demandas era eminentemente formal: o CNJ, mesmo movido por nobres sentimentos, exacerbava sua competência, invadindo esfera restrita ao legislador. Argumentava-se que a Resolução nº 07/2005 não teria limitado-se a interpretar a norma constitucional; produzira de fato outra norma, inteiramente nova, a regulamentar o acesso a cargos de livre nomeação e exoneração no Poder Judiciário (FALCONE, 2008, p. 214).

Os argumentos eram perfeitamente válidos, e muitas medidas liminares foram deferidas em favor dos parentes de juízes, desembargadores e ministros que já ocupavam cargos em comissão. A constitucionalidade da resolução, portanto, fora colocada em xeque.

Para evitar a multiplicação de processos e a ineficácia da resolução, a Associação dos Magistrados do Brasil (AMB) ingressou com Ação Declaratória de Constitucionalidade da Resolução nº 07/2005 do CNJ (ADC nº 12/DF)³.

Havia, no entanto, uma questão processual a superar. A ADC somente é cabível quando exista “lei ou ato normativo federal” a ser atacado (SILVA, 2008, p. 56-67). Parece claro, portanto, que somente normas dotadas de caráter geral e abstrato, *produzidas por entes legislativos*, podem ser objeto da ação declaratória de constitucionalidade (BASTOS, 2010, p. 584).

Como sustentou o Ministro Marco Aurélio na sessão de julgamento dessa ADC, só havia duas alternativas: ou o CNJ exacerbava sua competência constitucional, editando norma de caráter geral e abstrato, e, nesse caso, o pedido deveria ser julgado improcedente – resultando na declaração de inconstitucionalidade da Resolução⁴; ou o CNJ de fato limitara-se a interpretar a norma constitucional, e, sendo ato regulamentar, destituído de caráter geral e abstrato, não se poderia conhecer da ADC.

Nenhuma das duas hipóteses vingou. O STF, vencido o Ministro Marco Aurélio, conheceu da ADC e julgou-a procedente (RAMOS, 2010, p. 256-264).

Com esse caso, abriu-se o “precedente”. Algum tempo depois, o Supremo Tribunal Federal deu um passo adiante.

Há muito tempo a população censurava a infame prática de parlamentares mudarem de partido logo após a eleição, nem sempre movidos por interesses, por assim dizer, “republicanos”. Embora houvesse várias propostas visando a limitar ou mesmo extirpar a prática, nenhuma delas chegou a avançar no Congresso Nacional (FALCONE, 2008, p. 199-203).

3 Cf. ADC nº 12, Relator Ministro Ayres Britto, julgado em 20.8.08, publicada no DJU de 12.9.08.

4 Decorrente da natureza dúplice das decisões prolatadas em controle abstrato. Por natureza dúplice entenda-se: as decisões proferidas em sede de controle abstrato de normas, embora contenham um determinado pedido, podem resultar em seu contrário. Mesmo que tal medida cause espanto a parte da doutrina (MIRANDA, 2008, p. 81), se um dos legitimados ingressa com um dos três instrumentos processuais acima referidos pedindo, por exemplo, a declaração de inconstitucionalidade de norma, e, ao final, julga-se improcedente o pedido, o resultado será a declaração de constitucionalidade do dispositivo. Do mesmo modo, pedida a declaração de constitucionalidade de determinada norma e sendo, ao final, julgado improcedente o pedido, o resultado será a sua declaração de inconstitucionalidade. E aqui o sistema brasileiro afasta-se radicalmente, por exemplo, do sistema português. Neste, o julgamento de improcedência da declaração de inconstitucionalidade resulta tão só nisto: não se declara a inconstitucionalidade da norma; a decisão conduz a uma coisa julgada meramente formal. (MIRANDA, 2008, p. 71). No caso brasileiro, não. A decisão de improcedência produz coisa julgada material, com os mesmos efeitos de uma decisão de procedência da ação. A rigor, a natureza dúplice das decisões não é estranha ao nosso sistema processual. No processo civil de há muito aceita-se que uma ação proposta por um autor em face de um réu venha a resultar, por exemplo, na condenação do autor em favor do réu. É o que acontece, por exemplo, nos procedimentos especiais, como as ações possessórias (reintegração e manutenção de posse, e interdito proibitório) e as ações de consignação em pagamento e prestação de contas (MARCATO, 2006, p. 61-62).

À falta de norma legal, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) decidiu editar as Resoluções nºs 22.610/2007 e 22.733/2008. Por tais resoluções, estabelecera-se que o mandato legislativo pertence ao partido, não à pessoa do candidato eleito. Portanto, se este, injustificadamente, mudasse de partido, perderia o mandato. Para o seu lugar, iria outro nome indicado pelo partido ao qual pertencia (FALCONE, 2008, p. 199-203).

O fundamento normativo dessas resoluções, segundo o TSE, era o Código Eleitoral. Ao estabelecer a ordem de numeração dos candidatos – primeiro, o número do partido, depois, o do candidato – e ao fato de que, para concorrer a qualquer cargo eletivo, o cidadão deve necessariamente filiar-se a uma agremiação partidária, “implicitamente” o Código Eleitoral estava a dizer que o mandato pertenceria antes ao partido do que ao próprio parlamentar (FALCONE, 2008, p. 201).

Ajuizou-se uma Adin (nº 4.086/DF)⁵ questionando-se ambas as resoluções. A rigor, não seria necessário grande esforço para concluir que o TSE criara nova hipótese de perda de condição de elegibilidade, “indo muito além da força prescritiva do princípio da representação partidária proporcional” (RAMOS, 2010, p. 254)⁶.

Mais uma vez o Ministro Marco Aurélio, agora ladeado pelo Ministro Eros Grau, advertiu o Tribunal para a restrição de possibilidades de julgamento: ou o TSE apenas interpretara o Código Eleitoral e, nesse caso, não caberia Adin; ou o TSE produzira uma norma exacerbando sua competência estrita, e o resultado deveria ser a declaração de inconstitucionalidade da resolução⁷.

Nem uma coisa nem outra. O STF conheceu da Adin e julgou-a improcedente. Como asseverou o Ministro Gilmar Mendes, “temos [o STF] avançado na cognoscibilidade também de questões que antes não eram admissíveis em sede de ADI”. Fazendo questão de registrar o precedente anterior, o Ministro Gilmar Mendes deixou claro que não se tratava sequer “de um passo novo”, mas tão somente da “consolidação de um entendimento”⁸.

Portanto, pouco importava saber se à primeira decisão faltaram elementos mínimos a lhe sustentar juridicamente. Importava, apenas, saber que houvera decisão idêntica em caso semelhante, a “amparar” o novo posicionamento⁹. Ao fim e ao cabo, ambas as resoluções do TSE foram declaradas constitucionais, com efeito vinculante e eficácia *erga omnes*.

E, ao contrário do que dissera o Ministro Gilmar Mendes, houvera, sim, “um passo novo”. No item 5 do acórdão – prenúncio do que viria mais adiante – afirmou-se que a constitucionalidade das resoluções justificava-se por seu “caráter excepcional e transitório, tão somente como mecanismos para salvaguardar a observância da fidelidade partidária enquanto o Poder Legislativo, órgão legitimado para resolver as tensões típicas da matéria, não se pronunciar”.

Se por um lado o STF reconhecera no Legislativo a competência exclusiva para regulamentar a matéria, por outro admitira, ainda que implicitamente, a possibilidade de o Poder Judiciário fazê-lo, desde que em situações “de caráter excepcional e transitório”.

5 Cf. Adin nº 4.086, Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgado em 12.11.08, publicada no DJU de 20.11.08.

6 O resultado do caso e sua “construção teórica” é fortemente criticado por Elival da Silva Ramos (RAMOS, 2010, p. 245-256). Para uma ótica portuguesa sobre o ativismo judicial no caso do Tribunal Superior Eleitoral, conferir o trabalho de Maria Benedita Urbano (URBANO, 2010, p. 413-416).

7 Cf. voto do Ministro Marco Aurélio na Adin nº 4.086/DF.

8 Trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes na Adin nº 4.086/DF.

9 O que, por si só, é juridicamente discutível. Não há, no Brasil, um sistema de fiscalização de constitucionalidade tipicamente norte-americano, em que o efeito da decisão proferida anteriormente respalda, de per se, a decisão futura, tal qual faria uma norma legislativa. No caso brasileiro, a atividade jurisdicional baseia-se, fundamentalmente, na subsunção de um fato a uma norma *stricto sensu* e não de um fato a uma decisão judicial anterior. Eis o erro palmar cometido pelos adeptos do novo “reposicionamento institucional” do Supremo Tribunal Federal (MORAIS, 2011, p. 149).

Assim, do conhecimento de ações “inconhecíveis”, chegou-se rapidamente à possibilidade de o STF legislar, ainda que “excepcional e transitoriamente”.

Mas isso ainda parecia pouco.

1.2 A “abstratização” do controle concreto

Livrando-se das amarras da “velha dogmática jurídica”, aparentemente superadas pela aceitação geral das duas anteriores incursões furtivas no terreno legislativo, a jurisdição constitucional brasileira apertou o passo de sua *nouvelle vague*. Para isso, produziu a chamada “abstratização” do controle concreto de constitucionalidade.

Conforme assinalado alhures, o controle concreto de constitucionalidade pelo STF dá-se principalmente pela via incidental do recurso extraordinário. Nesse caso, a sentença tem – ou deveria ter – efeitos meramente *inter partes*, sem que a decisão possa ser estendida a pessoas que não integraram o processo. Todavia, o STF tem buscado “alargar” os efeitos das decisões proferidas no controle concreto de constitucionalidade.

Sabe-se que o recurso extraordinário, como meio concreto e incidental de controle de constitucionalidade, vincula apenas as partes do processo. Os efeitos da decisão não extrapolam os limites da lide, como ocorre no controle abstrato, no qual a decisão do STF possui eficácia vinculante e erga omnes (BASTOS, 2010, p. 584).

Há, porém, uma ressalva importante a fazer. A própria Constituição autoriza o Supremo a notificar o Senado Federal da declaração de inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo, e o Senado, querendo, pode “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal” (SILVA, 2009, p. 415)¹⁰.

Assim, poderá o Senado Federal, em juízo eminentemente discricionário, conferir efeitos *erga omnes* a uma decisão prolatada pelo STF em controle concreto (MORAIS, 2011, p. 792-793). Como assevera Lênio Streck, “as decisões exurgentes do controle difuso não possuem autonomia, pois dependem do ‘socorro’ do poder legislativo para adquirir força vinculante *erga omnes*” (STRECK, 2010, p. 7). Desde a CF/88, esse é o entendimento majoritário (VELLOSO, 1991, P. 178).

Não há dúvida, porém, de que essa “extensão” de efeitos operada pelo Senado possui efeitos apenas *ex nunc* (SILVA, 2009, p. 415). Daí a razão pela qual o dispositivo constitucional fala em “suspender a execução” da lei declarada inconstitucional, e não “declarar a nulidade” da referida norma, tarefa que compete à jurisdição constitucional (STRECK, 2010, p. 7).

Há, todavia, quem defenda que, embora o sistema brasileiro tenha mantido a coexistência dos sistemas abstrato e concreto, não haveria qualquer distinção ontológica entre ambos. Para essa corrente, mesmo sendo certo que no controle abstrato a inquirição de constitucionalidade constitui questão *principal* da lide, e, no controle concreto, a matéria constitucional é meramente *prejudicial*, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em um e em outro processo seriam rigorosamente as mesmas (TAVARES, 2001, p. 285).

Foi o que insinuou o STF no julgamento da Reclamação nº 4.335/AC¹¹.

¹⁰ Cf. art. 52, inc. X, CF/88.

¹¹ A reclamação é um instrumento processual de acesso direto à Suprema Corte, que busca “a preservação da competência do STF” e a “garantia da autoridade de suas decisões” (BASTOS, 2010, p. 571).

Nesse caso, ajuizara-se uma reclamação diretamente no Supremo Tribunal Federal. Alegava-se que certo juiz do estado do Acre estaria a descumprir a decisão proferida pelo STF no julgamento do *Habeas Corpus* (HC) nº 82.959, o qual julgara inconstitucional a impossibilidade de progressão de regime prisional nos crimes ditos “hediondos”.

Tratava-se, a princípio, de caso manifesto de indeferimento liminar da reclamação. Como o “atalho” processual ao Supremo só é possível quando houver, antes, a prolação de uma decisão com efeitos vinculantes e *erga omnes* – ou seja, decisão proferida em controle abstrato de constitucionalidade – não seria possível invocar um eventual descumprimento de decisão do STF, uma vez que o julgado no HC nº 82.959 dizia respeito unicamente às partes desse processo.

Todavia, o relator, Ministro Gilmar Mendes, desenvolveu argumentação no sentido de que os efeitos da decisão proferida pelo STF em controle concreto deveriam ser os mesmos das decisões proferidas em sede de controle abstrato. Segundo Gilmar Mendes, as reclamações seriam sempre cabíveis quando houver “prejuízo resultante de decisões contrárias às teses do Supremo Tribunal Federal”¹². Não haveria, portanto, razão em distinguir-se os efeitos de uma modalidade de controle dos da outra.

Seguindo o voto do relator, o Ministro Eros Grau levou esse entendimento às raias do paroxismo, ao afirmar que “passamos em verdade de um texto [pelo qual] *compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal*, a outro texto: ‘*compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo*’”¹³.

Sobre esse julgado, Lênio Streck manifestou justificável assombro. O STF arrogara-se o direito de “reescrever” o texto constitucional para reduzir o papel do Senado Federal ao de uma “secretaria de divulgação intralegislativa das decisões do Supremo Tribunal Federal”. Em outras palavras: retirou-se-lhe o poder de cancelar as decisões do STF, conferindo-lhes efeitos *erga omnes* e reduziu-se-o a um mero “órgão de imprensa” (STRECK, 2010, p. 5).

Há, no entanto, quem defenda o contrário. Vozes autorizadas na doutrina afirmam que o dispositivo previsto no inciso X do art. 52 da CF/88 “tornou-se um anacronismo” (BARROSO, 2008, p. 130-131). Em respeito ao princípio da economia processual, não faria sentido “obrigar um dos legitimados do art. 103 a propor ação direta para produzir uma decisão que já se sabe qual é!” (BARROSO, 2008, p. 130)¹⁴.

O fato é que, por essa linha de raciocínio, o inciso X do art. 52 da Constituição Federal de 1988 passaria a vagar como um zumbi, uma norma semiviva. Com efeito, quando se pretende estender ao controle concreto os mesmos efeitos das decisões proferidas em controle abstrato, “cai por terra a própria diferença” entre ambos (STRECK, 2010, p. 5). Desnecessário seria, portanto, cogitar a possibilidade de o Senado estender efeitos que o STF, por si só, já produzira.

12 Trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes na Reclamação nº 4.335/AC.

13 Trecho do voto do Ministro Eros Grau na Reclamação nº 4.335/AC.

14 *Data venia* ao ilustre doutrinador, há princípios de maior relevância a ponderar nesse caso, ao lado do princípio da economia processual. Quando a Constituição determina um procedimento específico para declaração de invalidade de normas com ela incompatíveis, este é o rito que deve ser seguido. O modelo pode ser ruim; pode trazer inconvenientes de ordem prática; mas é este o que há. Se é necessário mudá-lo, que se mude. Contudo, a mudança deve respeitar o processo legislativo determinado pelo Poder Constituinte Originário. Se o dispositivo do art. 52, inciso X, da CF/88 tornou-se anacrônico, mude-se a Constituição e equipare-se os efeitos das decisões proferidas em controle concreto às em controle abstrato. Pensar o contrário – ou seja, que o STF, a pretexto de “interpretar” a Constituição possa, de fato, reescrevê-la – significa violar o princípio do devido processo legal, o princípio democrático e o princípio da separação de poderes, todos eles estruturais em um sistema estatal dito “Democrático de Direito”. Violá-los em nome tão somente do princípio da economia processual significa injustificável inversão de valores.

Conhecidas ações “inconhecíveis”, admitida a possibilidade de legislar – de maneira excepcional e transitória – e, finalmente, alterando-se o sentido literal de dispositivo constitucional para estender os efeitos de suas decisões no controle incidental, restava apenas saltar o maior dos muros: reescrever, literalmente, o próprio texto constitucional.

1.3 A reescrita da Constituição

E foi justamente isso que aconteceu no julgamento conjunto da Adin nº 4.277/DF, proposta pelo Procurador-geral da República, e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/DF, ajuizada pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro¹⁵.

Em ambos os casos, defendia-se a possibilidade jurídica de reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo (a chamada “união homoafetiva”). No caso da Adin, o fundamento do pedido era a suposta inconstitucionalidade existente na interpretação conferida ao art. 1.723 do Código Civil, a reconhecer “como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher”. No caso da ADPF, o pedido era o mesmo: a utilização da técnica da interpretação conforme para afastar dos incisos II e V do art. 19 e do art. 33, ambos do Decreto-Lei nº 220/1975 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio de Janeiro) – cuja redação é semelhante –, “qualquer intelecção desfavorecedora da convivência estável de servidores homoafetivos, em comparação com a tutela juridicamente conferida à união igualmente estável de servidores heterossexuais”.

A questão, contudo, não se resumia à análise da legislação infraconstitucional, seja federal (no caso do Código Civil) ou estadual (no caso do Estatuto dos Servidores do RJ). Ambas as normas apenas reproduziam a dicção do § 3º do art. 226 da Constituição Federal de 1988, segundo o qual “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento”.

À luz do texto constitucional, portanto, a menção expressa somente à união entre “o homem e a mulher” implicaria *a contrario sensu* a negativa de proteção do Estado à união entre pessoas do mesmo sexo. Na verdade, o constituinte sequer deixou espaço de manobra para o legislador ordinário (RODRIGUES, 2011, p. 273). A menos que se quisesse entender os vocábulos “homem” e “mulher” como conceitos abertos a serem “preenchidos” pelo intérprete, tem-se aí um evidente caso de “silêncio eloquente do constituinte”¹⁶. Nem mesmo por meio de legislação infraconstitucional seria possível operar a equiparação pretendida (RODRIGUES, 2011, p. 273).

Em malabar esforço argumentativo, o relator, Ministro Ayres Britto, construiu uma engenhosa tese. Segundo ele, quando a Constituição de 1988 fala na indistinção e na isonomia entre os sexos, não estaria a “emprestar a ela o nítido significado de conformação anátomo-fisiológica descoincidente entre o homem e a mulher”, mas, sim, “de um laborar normativo no sítio da mais elementar diferenciação entre as duas espécies do gênero humano: a masculina e a feminina”.

Melhor explicando: a referência constitucional a “homem e mulher” na verdade seria uma alusão a *polos* de uma relação amorosa (que estão presentes, *est modus in rebus*, mesmo em uma relação homossexual). Portanto, desse “silêncio normativo” quanto às demais formas de relacionamento intersexual, inferir-se-ia que, “seja qual for a preferência sexual das pessoas, a qualificação dessa preferência como conduta juridicamente lícita se dá por antecipação”¹⁷.

15 Cf. Adin nº 4.277 e ADPF nº 132, ambas de Relatoria do Ministro Ayres Britto, julgados em 5.5.11, publicadas no DJU de 16.5.11.

16 Como fez alusão o Ministro Marco Aurélio Mello em seu voto na referida Adin nº 4.277/DF, assim como o Ministro Ricardo Lewandowski, embora vencido neste particular.

17 Os trechos citados são do voto do Ministro Ayres Britto na Adin nº 4.277/DF.

Com base nesse voto, o STF julgou procedente o pedido para “dar ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como ‘entidade familiar’, entendida esta como sinônimo perfeito de ‘família’. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroaffectiva”¹⁸.

E assim, como um passe de mágica, a Constituição Federal foi reescrita pelo Supremo Tribunal Federal¹⁹. Valendo-se de uma contingência social decorrente da paralisia do legislativo – que se absteve de modificar a Carta Constitucional para tal fim, mesmo já havendo proposta nesse sentido²⁰ – o STF valeu-se da tópicia para consumir o desejo manifesto de não aceitar ser apenas “um simples aparelho de declaração da validade/nulidade da norma”, mas antes um poder “que participa – positiva e negativamente – na própria legislação” (BRITO, 2004, p. 252)²¹.

Esse foi, talvez, o ápice do processo de concentração de poderes da Suprema Corte brasileira – pelo menos até o momento. Tendência, aliás, que já fora denunciada pelo Prof. Otavio Luiz Rodrigues Jr. Segundo ele, vale-se o STF ora de “valores”, ora de “princípios” para desconstruir “regras de inquestionável univocidade semântica”, chegando-se, assim, “ao extremo de se voltar contra a própria Constituição” (RODRIGUES, 2011, p. 284).

1.4 Judicialização da política x politização da justiça

Nessa quadra, a assunção de proeminência política por parte do Poder Judiciário suscita vários problemas, como a “*legitimação do poder judicial*”, o “*autogoverno das magistraturas*”, a “*responsabilidade dos juízes*” (leia-se: responsabilidade política dos juízes) e, conseqüentemente, a “*automovimentação mediática dos agentes do poder judicial*” (CANOTILHO, 2010, p. 658).

É verdade que a judicialização da política é fenômeno recente e, à primeira vista, incontornável dentro da nossa realidade constitucional. Mas, como adverte Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a judicialização da política “não se faz sem a *politicização da justiça*” (FERREIRA FILHO, 1994, p. 11).

Com efeito, o juiz não ocupa, dentro da estrutura do Estado brasileiro, uma posição de “representação”, porque à sua função não corresponde qualquer “*carácter de representatividade*”, caráter este ordinariamente presente nos demais poderes representativos da soberania estatal (Executivo e Legislativo) (CANOTILHO, 2010, p. 658). De fato, “embora administrem formalmente a justiça ‘em nome do povo’” aos juízes não corresponde qualquer dever de exercer “*actividades de direcção política*” (CANOTILHO, 2010, p. 658). Se por um lado critica-se os defensores de uma maior contenção do poder judicial como “*puristas*” ou “*ingênuos*”, por outro “supor que o tribunal pode fazer o que as instituições representativas não têm feito” encerra “*ingenuidade ainda mais alarmante*” (MENDES, 2011, p. 24).

18 Como alerta Maria Benedita Urbano, não há olvidar-se que “a interpretação conforme com a Constituição não há de ser interpretação contra legem” (URBANO, 2010, p. 417).

19 Cumprindo-se, assim, profecia enunciada pelo Prof. Otavio Luiz Rodrigues Jr.: “No Brasil, porém, muitos tribunais ordinários vêm tomando decisões dessa natureza e, muito provavelmente, o Supremo Tribunal Federal, esforçado em técnicas como a interpretação conforme, poderá fazer a equiparação das uniões homossexuais à união estável ou até ao casamento” (RODRIGUES JR., 2011, p. 273).

20 Cf. PEC n.º 159/2003.

21 Aliás, tal faceta foi expressamente admitida pelo Ministro Gilmar Mendes em seu voto, no qual anotou não haver “nenhum dúvida de que o Tribunal está dando uma resposta de caráter positivo” à controvérsia. Voto do Ministro Gilmar Mendes na citada Adin n.º 4.277/DF.

Todavia, não há como negar que, dentro da atividade de interpretação normativa, há algo de político dentre as escolhas feitas pelo juiz para resolução de determinado caso concreto. A questão, todavia, é indagar se, no espaço de indeterminação normativa deixado em aberto positivamente pelo constituinte, não seria o caso de entender-se que a atividade de fiscalização de suas ações e omissões deveria ser sempre guiada pelo benefício ao legislador ordinário, sem desprezar as opções legislativas por ele realizadas em favor da substituição de sua vontade pela da Corte Constitucional. Ou, de forma clara: *in dubio, pro legislatori* (RAMOS, 2010, p. 453-455).

De fato, trata-se de operação de difícil aceitação acreditar “que um órgão jurisdicional pode julgar a omissão e emitir livremente uma norma em mora a partir, por exemplo, de uma disposição programática que não declara direitos sociais subjectivos” (MORAIS, 2010, p. 46). Nessa linha, estaria o Supremo Tribunal Federal autorizado a fazer juízos políticos próprios do legislador democraticamente legitimado quanto à conveniência e oportunidade de distribuição dos orçamentos públicos, algo particularmente difícil de conciliar com os limites da função jurisdicional. Estaria o STF, no limite, votando as leis do povo, sem dispor de mandato popular para tanto²². Como recorda Canotilho, os tribunais em geral – aí incluído, obviamente, o STF – “são órgãos constitucionais aos quais é especialmente confiada a função jurisdicional”, e essa função é “exercida por juízes”, não por representantes eleitos pelo voto popular (CANOTILHO, 2010, p. 657). É justamente nisso, a propósito, que se reconduz a sua separação dos outros poderes; ele “só pode ser exercido por tribunais, não podendo ser atribuídas funções jurisdicionais a outros órgãos” (CANOTILHO, 2010, p. 657). E se é assim para os demais poderes, o mesmo deve valer na via contrária: o Judiciário não pode praticar atos outorgados ao Poder Legislativo ou ao Poder Executivo, sob pena de inverter de ponta a cabeça a pirâmide estrutural do Estado brasileiro²³.

CONCLUSÃO

Como se viu, a questão do ativismo não se resume somente à discussão sobre a judicialização da política, mas à forma através da qual essa maior atividade do STF deve inserir-se na estrutura do Estado Brasileiro. Diretamente, formulando políticas públicas e atuando com verdadeiro “legislador positivo”²⁴, ou de outro modo, menos radical e mais consentâneo com a forma de Estado imaginada pelo constituinte de 1988²⁵. Mesmo temperada com restrições²⁶, a atuação legiferante do Supremo Tribunal Federal é algo de difícil compatibilização com o atual texto constitucional.

Em verdade, se o constituinte pensara no STF como guardião da Carta de 1988, enganou-se. Em seu lugar, assumiu uma nova esfera de poder, à margem do Poder Judiciário. Quase 200 anos depois, voltamos à Constituição de 1824. Ao lado dos três poderes tradicionais,

22 Como adverte Mauro Cappelletti, a ideia de tripartição funcional guia o entendimento da “incompetência institucional da magistratura para agir como força criadora do direito” (CAPPELLETTI, 1999, p. 86).

23 Com efeito, “as implicações de certas ênfases no papel messiânico do tribunal constitucional” têm resultado no mais das vezes em “uma cultura jurídica centrada nas cortes judiciais e excessivamente apegada ao ‘guardião da Constituição’”, empobrecendo “a experiência democrática” (MENDES, 2011, p. 23).

24 Como defende, por exemplo, Eduardo Ribeiro Moreira.

25 Como defende, por exemplo, Conrado Hübner Mendes.

26 Dirlley da Cunha Jr., por exemplo, propõe como limites à atuação normativa do Supremo Tribunal Federal a exclusão de matérias que tratassem de “projetos de códigos e projetos de leis restritivas de direitos, como as definidoras de condutas delituosas e imposições tributárias” (CUNHA JR., 2008, p. 233). Na mesma linha seriam impeditivas decisões que viessem a tratar de “projetos de leis de princípio institutivo, como aqueles que dispõem sobre certas organizações (Conselho da República ou de Defesa Nacional, Advocacia-Geral da União, por exemplo)” (CUNHA JR., 2008, p. 233).

tem-se agora mais um: o *Poder Moderador*²⁷.

REFERÊNCIAS

- AGRA, Walber de Moura. In MIRANDA, Jorge. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional**. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2008.
- BASTOS, Celso. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BRITO, Wladimir. **O poder judicial**. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, v. LXXX. p. 231-270. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.
- CUNHA JR., Dirley. **Controle de constitucionalidade – Teoria e prática**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 41.
- FALCONE, Marconi. **Justiça constitucional – O caráter jurídico político das decisões do STF**. São Paulo: Método, 2008.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Poder Judiciário na Constituição de 1988**. Revista de Direito Administrativo, v. 198. 1-17, out/dez 1994.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O paradoxo da justiça constitucional**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, v. LI, n. 1, p. 17-24. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- MARCATO, Antônio Carlos. **Procedimentos Especiais**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO**. Comentários à Lei nº 9.868/99. São Paulo: Saraiva, 2012.

²⁷ O poder moderador estava previsto na Constituição Imperial em seu art. 98, a dispor que tal poder “seria a chave de toda a organização política” e seria “delegado privativamente ao Imperador”, de modo que este velasse “incessantemente” pela “manutenção da Independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes políticos”. Por intermédio dele, o Imperador pairava sobre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, distorcendo por completo o esquema de tripartição funcional de poderes, haja vista conferir ao monarca poderes quase autocráticos. Não havia, pois, uma real limitação de poder, fundamento último de qualquer ordenamento constitucional (SILVA, 2008, p. 76). Registre-se que o primeiro a imaginar o Poder Moderador como força de contraposição aos demais poderes foi Benjamin Constant (FERREIRA FILHO, 2010. p. 21).

- MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo – a invasão da Constituição**. São Paulo: Método, 2008.
- MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, t. 2.
- MORAIS, Carlos Blanco de. **O controle de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais: um mero ciclo activista ou uma evolução para o paradigma neoconstitucionalista?** Lisboa: [Inédito], 2010.
- RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. **Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas e evolução**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- RODRIGUES JR., Otavio Luiz. **Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição de civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios**. Revista O Direito, nº 143, p. 267-290, 2011.
- SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- _____. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- STRECK, Lênio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni e LIMA, Martônio Mont'alverne Barreto. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal sobre o controle difuso: Mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional**. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=912> Acesso em: 19 maio 2010.
- TAVARES, André Ramos. **Tratado da arguição de descumprimento de preceito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- URBANO, Maria Benedita. **Interpretação conforme com a constituição e activismo judicial**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Ano 7, p. 411-418. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Le Contrôle de Constitutionnalité**. In MAUS, Didier; BON, Pierre. La Nouvelle République Brésilienne. Paris: Economica, 1991.
- VIANA, Luiz Werneck. **A judicialização da política no Brasil**. In AA. VV. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

JUDICIAL ACTIVISM – CURRENT SCENARIO IN BRAZILIAN FEDERAL SUPREME COURT

Abstract: *The judicial activism has emerged, increasingly, as a trend of the Brazilian judicial system. The invasion of the spheres of competence of the Legislature by the Judiciary found fertile ground in the Brazilian Federal Supreme Court. In this article, we will analyze how activism has come to dominate the agenda of the Brazilian Federal Supreme Court, as well as its implications for the legal and constitutional landscape of the country.*

Keywords: *Constitutional Law. Judicial Activism. Neoconstitucionalism.*

Data de recebimento: **out/2013** – Data de aprovação: **mar/2014**

DANO MORAL COLETIVO NO DIREITO DO TRABALHO

Rui Guimarães Sampaio

Advogado. Graduado no Curso de Direito da FA7.

O presente artigo origina-se de sua monografia de graduação, que obteve 1º lugar no Prêmio de Monografias Jurídicas Prof. Agerson Tabosa, 2014-2, sob orientação do prof. Me. Paulo Rogério Marques de Carvalho (FA7).

ruiguimaraes.sampaio@gmail.com

SUMÁRIO: Introdução. 1. Dano moral coletivo. 2. Crítica ao termo. 3. Hipóteses de configuração do dano moral coletivo trabalhista. 3.1 Da redução à condição análoga à de escravo. 3.2 Da revista íntima. 3.3 Do descumprimento das leis trabalhistas. 3.4 Descumprimento das normas de medicina e segurança do trabalho. 3.5 Da terceirização ilícita. Considerações finais. Referências.

Resumo: O presente trabalho tem como escopo analisar de forma crítica o dano moral coletivo, bem como seu conceito e incidência no campo do direito trabalhista. Em momento posterior se examina o dano moral coletivo sob a ótica laboral, analisando precipuamente suas hipóteses de configuração através de julgados dos tribunais trabalhistas pátrios. Ressalte-se que há crítica formulada quanto ao termo dano moral coletivo, tendo em vista que melhor seria utilizar o termo dano extrapatrimonial coletivo, pois neste não se remete à ideia de dor, vexame ou abalo psicológico, efeitos que de fato não podem ser observados no âmbito coletivo. Assim, o dano moral coletivo, diante da evolução doutrinária e jurisprudencial, constitui uma ofensa aos direitos pertencentes à coletividade, de modo que há a sua ocorrência quando se perpetra algum direito transindividual ofendendo principalmente a dignidade da pessoa humana. No plano laboral, o dano moral coletivo mostra-se bastante incidente, principalmente nos casos de redução à condição análoga de escravo, revista íntima, descumprimento das leis trabalhistas, descumprimento das normas de medicina e segurança do trabalho. O objeto aqui estudado, tendo em vista a sua crescente evolução e as várias interpretações sobre as nuances deste, apresenta-se, por vezes, divergente, principalmente no campo da doutrina, haja vista a posição de alguns autores em não acatar a existência do dano moral coletivo. Para a feitura do trabalho foram utilizadas obras do ramo do Direito, precipuamente aquelas pertencentes ao campo da responsabilidade civil, do Direito Trabalhista, da Tutela Coletiva, além de obras específicas sobre dano moral, dano moral trabalhista e dano moral (extrapatrimonial) coletivo, usando-se um método dedutivo, isto é, partindo de premissas gerais com o fulcro de chegar a uma premissa específica.

Palavras-chave: Direito do Trabalho. Dano Moral Coletivo. Dano Extrapatrimonial Coletivo. Interesses Transindividuais.

INTRODUÇÃO

O dano moral constitui campo de estudo da Responsabilidade Civil, portanto se deve entender que ele necessita dos elementos básicos da responsabilidade civil, quais sejam: a conduta do agente, o dano e o nexa causal, de modo a caracterizar o dever de indenizar. Ressalte-se que a culpa se mostra apenas como elemento acidental, sendo necessária apenas para caracterizar a responsabilidade subjetiva, na qual o elemento culpa é necessário, ao passo que na responsabilidade objetiva a culpa é dispensável.

Quanto ao dano moral, tem-se que este sempre esteve ligado à ideia de dor, vexame, abalo psicológico, sendo sua reparação considerada, inclusive, como uma forma de atenuar a dor sofrida. Entretanto, essa visão resta superada, tendo em vista que os elementos psicológicos são apenas consequências do dano gerado. O dano moral é, na verdade, um ataque à dignidade da pessoa humana e aos direitos de personalidade, gerando efeitos não na esfera patrimonial diretamente, mas sim, na extrapatrimonial.

Diante desses conceitos, atuando em conjunto para formar a ideia de dano moral coletivo, aparecem os direitos metaindividuais ou transindividuais como sendo aqueles que ultrapassam a mera esfera da individualidade, passando a atingir a coletividade, sendo essa determinável ou indeterminável.

Para a feitura do trabalho foram utilizadas obras do ramo do Direito, precipuamente aquelas pertencentes ao campo da responsabilidade civil, do Direito Trabalhista, da Tutela Coletiva, além de obras específicas sobre dano moral, dano moral trabalhista e dano moral (extrapatrimonial) coletivo, usando-se um método dedutivo, isto é, partindo de premissas gerais com o fulcro de chegar a uma premissa específica.

Foram utilizados durante o presente trabalho julgados dos Tribunais Trabalhistas, notadamente as ações civis públicas que tramitam ou tramitaram na Justiça do Trabalho com o fito de explicitar o que vem se entendendo hodiernamente por dano moral coletivo nas relações de trabalho, assim como se demonstram as várias facetas do objeto em estudo, como a questão da reparabilidade, responsabilidade, condenação, destinação do *quantum*, solidariedade e prescrição.

Tem-se como objetivo geral demonstrar a aplicação e as particularidades do dano moral coletivo no campo do Direito do Trabalho, usando para isso livros específicos da área trabalhista e de direito coletivo, bem como se utiliza os julgados dos tribunais para demonstrar como o Judiciário tem enfrentado o tema.

Saliente-se, que melhor seria utilizar a expressão dano extrapatrimonial coletivo, tendo em vista que o dano moral sempre esteve ligado à ideia de dor, sofrimento, o que de fato não pode se auferir em uma coletividade. Reputa-se com melhor rigor técnico a expressão dano extrapatrimonial coletivo, pois remete à ideia de um dano que não estaria atingindo determinada esfera patrimonial, mas sim, a esfera extrapatrimonial, mesmo que em decorrência do dano extrapatrimonial haja repercussão na esfera patrimonial.

1 DO DANO MORAL COLETIVO

A teoria da responsabilidade civil, diante da evolução da Constituição e da sociedade, vem se modificando no sentido de propiciar a efetiva tutela dos direitos garantidos à coletividade. A partir dessa evolução passou o sistema jurídico a tutelar não somente o dano patrimonial, mas também o extrapatrimonial, como é o exemplo do dano moral; este, como posteriormente se demonstra, é passível de reparação quando há agressão também aos direitos da coletividade.

Passadas tais considerações preliminares, tenta-se estabelecer aqui um conceito que, de alguma forma, procure expressar a ideia de dano moral coletivo. Bittar Filho, ao explicitar dano moral coletivo, define-o como sendo:

[...] injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de certa comunidade (maior ou menor) idealmente considerada, foi agredido de uma maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico (1994, p. 54).

Explicita, nesse âmbito, Compiani (*apud* COSTA) que: “[...] denomina-se dano moral coletivo aquele experimentado por um conjunto de pessoas cuja raiz da lesão seja um interesse grupal ou social” (2009, p. 68).

Para Souto Maior:

[...] nos termos dos art. 186 e 187 do Código Civil, aquele que, ultrapassando os limites impostos pelo fim econômico ou social, gera dano ou mesmo expõe o direito de outrem a um risco, comete ato ilícito. O ilícito, portanto, se perfaz pela provocação de um dano dos interesses sociais e econômicos, coletivamente considerados (2011, p. 1319).

Costa corrobora para o tema explicando que:

Considerando que o princípio da dignidade da pessoa humana convolou-se no centro axiológico do ordenamento jurídico, além de possuir dimensão unitária e social, instituindo verdadeira cláusula de tutela e dever geral de respeito à personalidade humana, tem-se como consequência o fato de que toda violação da projeção coletiva desse princípio constitucional, consubstanciado em interesses/direitos extrapatrimoniais essencialmente coletivos (difusos e coletivos em sentido estrito) e, portanto, não adstritos a pessoas singulares, configurará dano moral coletivo (2009, p. 70).

Com efeito, não é necessário para que fique caracterizado o dano moral à coletividade um abalo psicofísico, mas sim, uma ofensa direta àqueles direitos transindividuais. Assim, dano moral coletivo, para efeito de conceituação, transparece a observação de ofensa direta aos direitos da coletividade, isto é, os transindividuais, os quais possuem natureza extrapatrimonial, independentemente de aferimento de abalo psicológico, violando precipuamente o princípio da dignidade e os direitos de personalidade.

Portanto, demonstra-se aqui o dano moral coletivo como sendo a injusta lesão aos interesses de natureza transindividual que fere precipuamente a dignidade da pessoa humana, não afetando a esfera patrimonial, mas sim, a extrapatrimonial, utilizando-se, para tanto, dos conceitos de dano moral, interesses transindividuais e a configuração de tais institutos. Serão oportunamente demonstradas as hipóteses de configuração do dano moral coletivo e principalmente a sua configuração no Direito do Trabalho, tendo em vista que o campo das relações trabalhistas é extremamente fértil para o surgimento de danos, notadamente pelo dano moral coletivo.

2 DA CRÍTICA AO TERMO DANO MORAL COLETIVO

Deve-se atentar para o fato de que a expressão dano moral coletivo não está em perfeita harmonia com a teoria do dano, uma vez que nem toda lesão à personalidade e à dignidade humana resulta em dor, vexame, asseverando Medeiros Neto que “[...] o termo moral, pela sua equivocidade, sempre esteve mais próximo de uma tradução de dano relacionado com o sentimento e a dor física ou psíquica, a revelar [...] uma posição teórica e incompleta” (2007, p. 123).

De fato, o dano moral sempre esteve atrelado à ideia de dor, abalo psicológico, o que por óbvio não há como se auferir tal critério no âmbito da coletividade. É que é inconcebível a ideia de que a coletividade possa sofrer abalo psicológico.

Nesse sentido, orienta Medeiros Neto que mais coerente seria usar, por estar o dano moral mormente ligado à ideia de dor psicológica, sofrimento, a expressão dano extrapatrimonial coletivo, pois nesta há a ideia de um dano que não pode ser quantificado em pecúnia, não se limitando aos abalos psíquicos sofridos (2007, p. 124). Assim, a expressão extrapatrimonial traduziria melhor o dano gerado às coletividades, pois, em inúmeros casos, como se verá, há possibilidade de ocorrência de dano a uma esfera que não seja patrimonial, isto é, uma esfera extrapatrimonial, não havendo qualquer ligação com a dor, vexame ou abalo psicológico.

A crítica resta evidenciada quando se citam os exemplos de bens jurídicos que necessitam da tutela coletiva, mas que, quando lesados, não transparecem a ideia de dor ou sofrimento psicológico. Assim, por exemplo, quando a CF/88 estabelece que todos terão direito a um meio ambiente saudável, eventual dano a tal direito não é suscetível, em regra, de gerar dor ou sofrimento à coletividade de pessoas, em que pese residir em tal caso um dano extrapatrimonial.

Costa aduz nessa seara que:

[...] a expressão dano moral, justamente pelo dato de evocar aspectos de índole subjetiva como salientado, não conseguiria açambarcar hipóteses de danos havidos em interesses extrapatrimoniais e igualmente postados ao largo da esfera do sentir tais como direitos inerentes à projeção de valores e bens insitos à dignidade humana, vieses individual e coletivo (2009, p. 65).

Corroborando a crítica aqui evidenciada, têm-se alguns julgados utilizando a expressão dano extrapatrimonial coletivo, afastando desta qualquer ideia de dor ou sofrimento, como é o caso do Recurso Ordinário nº 0009900-65.2008.5.03.0083, oriundo do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, constando na ementa que: “O dano extrapatrimonial coletivo prescinde da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, suscetíveis de apreciação na esfera do indivíduo, mas inaplicável aos interesses difusos e coletivos” (BRASIL, 2014, *on-line*).

Assim, por rigor conceitual, melhor seria usar a expressão dano extrapatrimonial coletivo, tendo em vista que a expressão moral ainda vincula a ideia de abalo psíquico, remetendo à índole subjetiva da vítima, e nem sempre um dano à coletividade gerará abalos psicológicos nas vítimas, mesmo porque dificilmente haveria possibilidade de apuração.

Contudo, utilizam-se ao longo do presente trabalho ambas as expressões como sinônimas, uma vez que elas são consagradas pela doutrina e jurisprudência.

3 HIPÓTESES DE CONFIGURAÇÃO DO DANO MORAL COLETIVO TRABALHISTA

A esfera trabalhista é ambiente fértil para que ofensas aos direitos das coletividades ocorram, de modo que:

No âmbito trabalhista, podemos afirmar que configura o dano moral coletivo o descumprimento, por parte dos empregadores, tais como: direito ao piso salarial ou normativo da categoria; direito à realização periódica de exames médicos; direito à saúde, higiene e segurança do trabalho; direito à jornada de trabalho estabelecida em lei (8 horas diárias ou 44 semanais); manter em seus quadros funcionais empregados sem registro; assim como discriminações que envolvam gênero, idade, saúde e ideologia na admissão ao emprego ou na vigência do contrato de trabalho (MELO, 2007, p. 85).

Desse modo, passa-se a esposar alguns casos julgados pelos tribunais trabalhistas sobre a configuração do dano moral coletivo, de forma que se observa a plena aplicabilidade do dano moral coletivo na Justiça do Trabalho, sendo este um dano que fira diretamente os interesses da coletividade e a dignidade humana, seja ela pela desobediência da legislação laboral imposta, seja por situações que *per si* degradem a personalidade do indivíduo.

3.1 Da redução à condição análoga de escravo

Nas relações de trabalho, o dano moral torna-se cada vez mais evidente, quando, a título de exemplo, há redução dos trabalhadores à condição análoga de escravo. Nesse caso, não há somente o crime previsto no art. 149 do Código Penal, mas também dano à coletividade, gerando o dever de indenizar.

Na oportunidade do Recurso Ordinário nº 0000742-41.2012.5.03.0084, julgado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, constataram-se as condições degradantes em que estavam sendo submetidos determinados trabalhadores rurais, ferindo-lhes diretamente a dignidade. Observe-se um trecho do depoimento, que consta no inteiro teor do acórdão, de um dos trabalhadores:

[...] que quando chegou na fazenda, encontrou o vaqueiro Tiago, que mostrou onde era para roçar [...] que o vaqueiro já foi falando que não tinha alojamento que continuaram a roçar e nada de dinheiro; que o Tião não apareceu para medir o serviço; que o Tiago falou que o Tião iria levar um remédio para os bezerros e aproveitaria para medir o serviço, mas não apareceu; que ficou sabendo que receberia R\$ 35,00 por hectare roçado; que começou no dia 14/03/2011; que ficou sabendo o nome do dono da fazenda por estes dias; que por enquanto não recebeu nada; **que ainda bem que trouxe um dinheirinho do norte de Minas, porque senão ia passar precisão, ficar com fome; que agora zerou, não tem dinheiro para voltar para casa; que gastou o que tinha com comida; que quando chegou pegou um arroz, macarrão, feijão, com uns meninos que trabalha na carvoaria, lá perto; que pagou graças a Deus** [destacou-se], que tá devendo obrigação para eles, porque eles é que salvou nós para iniciar o serviço; que não tinha nada para comer [...] que trabalhava de segunda a domingo, que só descansou na sexta-feira santa [...] que usava garrafa do seu irmão que trouxe de Itacarambi para beber água, quando trabalhava; **que a água era de córrego de lá, uma mina d'água**; que a água era clara, mas salobra, que o problema era que o gado bebia água de lá também; que o gado ficava dentro desta água, que a água é rasiinha, que o gado ta bebendo e entra dentro [destacou-se]; [...] quando chovia tinha que ficar sentado, porque molhava todo o colchão, aí embolava o colchão e sentava em cima; que tinha que esperar a chuva passar e continuar dormindo, que o banho era no tanque bebedor de gado, que dava uma cocceira brava no corpo [...]. (BRASIL, 2013, *on-line*)

Essas condições impostas demonstram claramente a ofensa à dignidade da pessoa humana, de modo que não se atinge somente o trabalhador em si considerado, mas também valores pertencentes a toda coletividade e consignados na Constituição Federal de 1988, movidos pela solidariedade preconizada por ela, gerando um sentimento de repulsa social pela conduta perpetrada, havendo, por certo, o dano moral coletivo. Foi por essa razão que o Tribunal acima aludido deixou consignado em sua fundamentação que:

Escravidão é violar direitos fundamentais e difusos da sociedade, consagrados na Constituição Federal de 1988, entre os quais se destacam: a proteção à dignidade humana (art. 1º, III); os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV), a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança (art. 5º, *caput*), a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I); o princípio da legalidade

(art. 5º, II); não submissão à tortura ou a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III); a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem (art. 5º, X); a liberdade de exercício de trabalho, ofício ou profissão (art. 5º, XIII); a liberdade de locomoção (art. 5º, XXIII); a proibição de imposição de pena de trabalhos forçados e cruéis (art. 5º, XLVI); a proibição de prisão civil por dívida (art. 5º, LXVII). [...] A proibição de escravidão é um direito de toda a sociedade e, conseqüentemente, da humanidade, como expressam as declarações internacionais. [...] **A conduta do réu causa repulsa e viola direitos difusos de toda a coletividade, na medida em que o empregador se olvidou de que estava lidando com pessoas e submeteu-as a condição degradante e, por isso, merece repressão severa, a fim de imprimir na sua consciência valores éticos e morais básicos, como o de que se deve tratar de forma digna as pessoas que lhe prestam serviços** [destacou-se].

A posição dos tribunais trabalhistas não tem sido outra quanto à condenação de danos morais coletivos, quando constatadas as condições degradantes de trabalho. Observe-se a ementa do acórdão proferido no Recurso Ordinário nº 00245-2004-811-10-00-3 oriundo do Tribunal Regional da 10ª Região:

TRABALHO EM CONDIÇÕES ANÁLOGAS À DE ESCRAVO. DANO MORAL COLETIVO. Dadas as condições degradantes em que se encontravam os trabalhadores, restaram violados os direitos humanos, violação essa que o Brasil comprometeu-se a reprimir em decorrência de Tratados Internacionais. Recurso provido. (BRASIL, 2005, *on-line*)

Nesse sentido, também há julgado do Tribunal Superior do Trabalho. É o que se depreende através do teor da decisão dos embargos de declaração no Recurso de Revista nº 178000-13.2003.5.08.0117 (BRASIL, 2012, *on-line*), em que decidiu esse Tribunal manter a condenação da Justiça Trabalhista do Pará que determinou para a reclamada o pagamento de R\$ 5 milhões de indenização, a título de dano moral coletivo, por reduzir trabalhadores à condição análoga a de escravo, tendo em vista que praticava atos como o não fornecimento de água potável a seus funcionários, ausência de instalações sanitárias, trabalhadores doentes e sem assistência médica, não pagamento dos salários até o quinto dia útil do mês, não concessão do repouso semanal remunerado.

3.2 Da revista íntima

As revistas íntimas como práticas abusivas do poder diretivo do empregador estão aptas a gerar o dano moral coletivo, seja porque há previsão expressa da CLT proibindo a prática, seja porque fere diretamente a intimidade do ser humano, protegido pela Carta Magna, afetando não somente o trabalhador, mas determinado grupo de trabalhadores, sendo uma verdadeira ofensa aos direitos coletivos em sentido estrito.

Nesse diapasão, decidiu o Tribunal Regional do Trabalho da 20ª Região, no Recurso Ordinário nº 00202-2003-003-20-85-5, que configura dano moral coletivo a prática de submissão dos empregados à revista íntima, tratando os empregados como se criminosos fossem, uma vez que a revista procedida era similar à revista policial. Observe-se a ementa:

DANO MORAL COLETIVO - CONFIGURAÇÃO - REVISTA ÍNTIMA DE EMPREGADOS. Tendo sido demonstrado que a revista efetivada pela empresa em seus empregados, a despeito de não ser realizada com excessos vexatórios, os submetia à humilhação de um procedimento em muito similar às 'revistas' procedidas pela autoridade policial, deixando antever a dúvida do empregador quanto à integridade moral dos empregados, tratando-os como sujeitos da prática de infração penal, constata-se

a extrapolação dos limites de seu poder diretivo ao adotar a prática de revista íntima em suas dependências, máxime quando poderia ter utilizado outros meios para controle e vigilância de seus produtos. Ilícito e desnecessário o constrangimento físico e moral imposto com apalpadelas pelo corpo e com a suspeita velada, ofendendo a sua honra e a sua intimidade, sendo possível a tutela coletiva dos trabalhadores em pleito indenizatório. Dano moral configurado. (BRASIL, 2004, *on-line*)

Nota-se, nesse caso, que a violação excede os meros interesses individuais, atacando um grupo de trabalhadores ligados por uma relação jurídica base, gerando uma ofensa aos direitos coletivos em sentido estrito.

Ressalte-se que esta prática, que encontra proibição legal no art. 373-A da CLT, considerando o citado Tribunal que a desconfiança nos empregados não pode sobrepor a dignidade humana, sob pena de se estar violando a honra e intimidade dos empregados, afeta diretamente o grupo de trabalhadores.

3.3 Do descumprimento das leis trabalhistas

Configura-se também dano moral coletivo pela desobediência da legislação laboral no que tange às normas trabalhistas de observação obrigatória, isto porque tais normas garantem ao empregado a dignidade na realização de seu trabalho, valor este sempre em conflito com o interesse do empregador.

É o que se infere do Recurso Ordinário nº 01606-2011-008-10-00-0 em que o empregador descumpria as regras dos intervalos intrajornada e interjornada, prejudicando diretamente seus empregados, situação esta que evidencia claramente ofensa à dignidade humana. Veja-se como restou ementado o referido Recurso:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. LEGITIMIDADE ATIVA. DIREITOS COLETIVOS. Nos termos dos arts. 127, 129 da CF; 83, III, da Lei Complementar 75/1993, está legitimado o Ministério Público do Trabalho para ajuizar ação civil pública para a defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos, aí incluídos os individuais homogêneos, conforme a definição dada pelos incisos I, II e III do art. 81 do CDC. DANO MORAL COLETIVO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS. INDENIZAÇÃO. 1. **O descumprimento, pelo empregador, das obrigações referentes aos limites legais do trabalho, bem como do intervalo intra e interjornada, revela conduta prejudicial aos empregados, especialmente no tocante à sua saúde e segurança, além de ferir a ordem jurídica** [destacou-se]. 2. Aflorando da prática lesão a direitos transindividuais, emerge o dever de reparação genérica à sociedade pelos danos causados. (BRASIL, 2013, *on-line*)

Destaque-se que o simples descumprimento da legislação trabalhista não ensejará a indenização por danos morais coletivos. É que, para que fique caracterizado o dano moral (extrapatrimonial) coletivo, a ofensa deve transcender os limites individuais, devendo haver certo grau de reprovabilidade diante da ordem jurídica. Foi dessa maneira que entendeu o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, na ocasião do julgamento do Recurso Ordinário nº 0000556-45.2013.5.03.0096, em que restou consignada a seguinte ementa:

DANO MORAL COLETIVO. CARACTERIZAÇÃO. A caracterização do dano moral coletivo está ligada à ofensa, em si, a direitos difusos e coletivos, cuja essência é tipicamente extrapatrimonial, não havendo, portanto, necessidade de comprovação de um prejuízo material, bem como de uma perturbação psíquica da coletividade. **Com efeito, o que deve ser analisado é a gravidade da violação cometida frente à ordem**

jurídica, sendo prescindível a demonstração da repercussão de eventual violação na consciência coletiva do grupo social, uma vez que a lesão moral sofrida por este decorre, exatamente, da injusta lesão a direitos metaindividuais socialmente relevantes [destacou-se]. Portanto, não é qualquer desobediência à legislação trabalhista que caracteriza o dano moral coletivo. Nesse passo, no plano coletivo, assim como no âmbito individual o exame do dano moral deve ser realizado com cautela, inclusive para evitar a sua banalização. Por exemplo, quando o descumprimento da legislação trabalhista está relacionado a normas de segurança no trabalho, expondo os trabalhadores daquela coletividade a riscos iminentes, ou outro exemplo, no caso de trabalho escravo e infantil, tais violações consistem em lesões a direitos fundamentais constitucionais - como a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho - fundamentos do Estado Democrático de Direito - atingindo toda a sociedade, o que autoriza a imposição de indenização. (BRASIL, 2014, *on-line*)

Dessa forma, é patente que o descumprimento da legislação trabalhista em detrimento do empregado poderá gerar danos morais coletivos, afetando diretamente uma categoria de trabalhadores.

3.4 Descumprimento das normas de medicina e segurança do trabalho

Ainda nesta seara, pode-se observar a caracterização do dano moral coletivo quando se trata do meio ambiente de trabalho, mormente quando ele se apresenta inseguro para que se exerça labor decorrente da desobediência às regras de medicina e segurança do trabalho. É o caso do Recurso Ordinário nº 6853520115010077, oriundo do Tribunal Regional da 1ª Região, o qual, por oportuno, colaciona-se a ementa:

RECURSO ORDINÁRIO. VIOLAÇÃO ÀS NORMAS DE MEDICINA E SEGURANÇA DO TRABALHO. DANO MORAL COLETIVO. A redução dos riscos inerentes à atividade laborativa, por meio das normas de saúde, higiene e segurança, constitui-se em direito social dos trabalhadores urbanos e rurais, nos exatos termos do inciso XXII, do artigo 7º, da Constituição Federal e obrigação do empregador, nos termos do artigo 154 e seguintes da CLT. A garantia constitucional do meio ambiente de trabalho saudável permite que se estenda uma proteção *erga omnes*, atrelando-se a efetividade de tal direito às tutelas preventivas que atendem a interesse de uma coletividade. O desrespeito a direito dessa natureza evidencia um dano moral coletivo, que se dissocia da ideia de dor psíquica, própria da pessoa física, direcionando-se para valores compartilhados socialmente que traduzam natureza coletiva. (BRASIL, 2014, *on-line*)

Portanto, os Tribunais têm atribuído grande valor ao meio ambiente de trabalho seguro, uma vez que este se caracteriza como uma conquista do trabalhador, estatuído no art. 7º, inc. XXII, da Constituição Federal de 1988, o qual preconiza que “são direitos dos trabalhadores redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”.

Assim, decidiu o Tribunal Superior do Trabalho ao julgar o Recurso de Revista nº 15500-56.2010.5.17.0132, no qual se manteve a condenação por danos morais coletivos imposta pelo Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região. Na resenha fática do processo em comento, que consta no inteiro teor do acórdão, descreveu-se a fiscalização do Ministério do Trabalho e Emprego no setor de extração de rochas ornamentais no Estado do Espírito Santo, em que se constatou em determinada empresa a seguinte situação:

Não havia qualquer tipo de sistema de proteção coletiva contra quedas, constituído por guarda-corpo e rodapé, gerando assim risco de acidentes.

[...] deixou de dotar as mangueiras e conexões de alimentação de perfuratriz sob esteira, que estava em operação, de dispositivo auxiliar que garanta a contenção da mangueira, evitando seu ricocheteamento em caso de desprendimento acidental, gerando dessa forma risco aos trabalhadores [...]

[...] vem utilizando reiteradamente plano de fogo não elaborado por profissional legalmente habilitado (engenheiro de mina ou engenheiro civil) e segundo informações dos representantes da empresa, os planos de fogo são elaborados pelo técnico em mineração [...]. (BRASIL, 2013, *on-line*)

Pelo manifesto desrespeito às normas de medicina e segurança do trabalho, assim como o próprio desrespeito à vida dos trabalhadores, entendeu o TST que tal dano ultrapassa a mera esfera da individualidade, afetando diretamente os valores preconizados pela coletividade, de modo que restou o acórdão assim ementado:

RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL COLETIVO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS. NORMAS DE SEGURANÇA DO TRABALHO. Consoante registrou o Tribunal *a quo*, está comprovado que a ora recorrente incorreu em conduta prejudicial aos seus empregados, ao descumprir as normas referentes à segurança e à medicina do trabalho. Ora, aquele que por ato ilícito causar dano, ainda que exclusivamente moral, fica obrigado a repará-lo. **Assim, demonstrado que a recorrente cometeu ato ilícito, causando prejuízos a um certo grupo de trabalhadores e à própria ordem jurídica, não merece reparos a decisão proferida pela instância ordinária que a condenou a indenizar os danos morais coletivos** [destacou-se]. Recurso de revista conhecido e não provido. (BRASIL, 2013, *on-line*)

Nessa mesma esteira, é de se notar o Recurso Ordinário nº 0000028-82.2010.5.06.0144, do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região, o qual manteve a condenação de indenização por danos morais coletivos imposta pelo juízo singular. No aludido processo, entendeu-se que o desrespeito às normas de medicina e segurança do trabalho afeta não só o trabalhador, mas também a coletividade, uma vez que essas normas têm o teor de prevenir os tão indesejáveis acidentes do trabalho, sendo um valor preconizado pela sociedade, de modo que a sua infringência lesa os interesses da coletividade. Nesse sentido, veja-se a fundamentação reiterada pelo Regional:

Na perspectiva da coletividade, de se intuir que o tratamento constitucional dispensado ao meio ambiente na condição de direito-dever, oponível *erga omnes*, tem flagrante intenção de estender uma proteção também *erga omnes* e que a efetividade de tal direito está atrelada às tutelas preventivas. **Se a tutela preventiva atende a interesse de uma coletividade, em caso de efetivação do dano ambiental, por óbvio que o desrespeito a direito dessa natureza atinge a coletividade, que é lesada e, por conseguinte** [destacou-se], faz jus à reparação / compensação do dano e, sendo possível, ao restauro do direito violado, reequilibrando-se o meio ambiente atingido [...]

Diante dos fatos comprovados, mediante farta documentação que sequer foi impugnada pelo demandado, considerada a valoração de prova supra e a subsunção normativa aos fatos, **tenho por evidenciado o dano moral coletivo, a atuação ilícita do réu e o nexa causal, destacada a conduta culposa do demandado, que vem descumprindo há anos as normas de medicina e segurança do trabalho, agindo de modo ilícito, sem adimplir sua obrigação de zelar pela integridade física de todas as pessoas que circulavam naquele meio ambiente** [destacou-se], inclusive impondo risco além do que o ordenamento jurídico tem por ordinário naquela atividade, sendo alvo destacado desse risco todos os trabalhadores do demandado. [...]. (BRASIL, 2011, *on-line*)

Observa-se, portanto, a clara incidência do dano moral coletivo nas relações trabalhistas quando há desrespeito às normas de medicina e segurança do trabalho, afetando diretamente o meio ambiente de trabalho, que detém proteção constitucional, conforme dita o art. 7º da Constituição Federal de 1988.

3.5 Da terceirização ilícita

O dano moral coletivo pode ainda se configurar nas relações de trabalho quando há presença da terceirização ilícita, isto é, a terceirização; conforme dita a súmula 331 do TST, é um instituto que *per si* é defeso; são nos casos de serviços de conservação e limpeza, serviços de vigilância e os serviços ligados à atividade meio do tomador de serviços. É a partir daí que se entende que será terceirização ilícita toda aquela atividade que estiver ligada à atividade fim do empregador. Nesse caso, os tribunais trabalhistas pátrios têm entendido que há o dano moral coletivo, como na ocasião do julgamento do Recurso Ordinário nº 01123-2007-118-15-00-7 originário do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

No caso, observou-se que a empresa rural teria contratado serviços de duas empresas que forneceram 235 funcionários para trabalhar na lavoura, isto é, trabalho diretamente ligado à atividade fim da empresa, em uma completa afronta ao entendimento pacificado pelo TST, através da súmula 331, razão pela qual o acórdão restou ementado da seguinte maneira:

DANO MORAL COLETIVO. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. TRATAMENTO DESUMANO. AFRONTA AOS ARTIGOS 5º E 7º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INDENIZAÇÃO DEVIDA. Optou a empresa, ao invés de admitir e assalariar seus próprios empregados, por contratar empresas terceirizadas para o fornecimento de mão de obra para a realização de tarefas inerentes à sua atividade empresarial, em afronta ao entendimento constante da Súmula nº 331 do C. TST. [...]. (BRASIL, 2010, *on-line*)

Nessa senda, é importante frisar que constitui grave ofensa à terceirização ilícita, uma vez que há uma precarização das relações de trabalho, sendo tal prática uma tentativa do empresariado de surrupiar os direitos garantidos aos trabalhadores, ferindo diretamente o valor social do trabalho previsto na Constituição, assim como a dignidade da pessoa humana; portanto, tal conduta é ensejadora do dano moral coletivo. Dessa forma, decidiu o TST no Recurso de Revista nº 12220011.2006.5.13.0002. Veja-se um excerto da ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO do MINISTÉRIO PÚBLICO. DANO MORAL COLETIVO. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. ATIVIDADE FIM. Demonstrada violação do artigo 1º, IV, da Lei 7.347/85. Agravo de instrumento provido. RECURSO DE REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DANO MORAL COLETIVO. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. ATIVIDADE FIM. ***In casu*, a reclamada incorreu na prática de ato ilícito ao contratar trabalhadores terceirizados para atuar em sua atividade fim, precarizando as relações de trabalho e desvirtuando a finalidade social do trabalho, restando configurado o dano moral coletivo** [destacou-se]. Também assim o é porquanto verificado que houve violação de preceitos constitucionais, bem assim de disposições encartadas na legislação trabalhista consolidada, em razão da atitude ilícita praticada pela ré de não cumprir as normas nacionais relacionadas à proteção do emprego e dos trabalhadores, tendo-se, por consequência, a violação dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho. Recurso de revista conhecido e provido [...]. (BRASIL, 2014, *on-line*)

Destaque-se, nesse ponto, que a Administração Pública também poderá ser responsável pela reparação de danos morais coletivos quando há terceirização de seus serviços, no momento em que determinados indivíduos são contratados diretamente, em desobediência ao provimento

dos cargos efetivos por concurso público, conforme art. 37, inc. II, da Constituição. Foi dessa forma que julgou o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, na ocasião do julgamento do Recurso Ordinário nº 0175600-63.2009.5.04.0202, do qual se extrai a seguinte ementa:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COLETIVO. É ilícita a terceirização de atividades previstas em plano de cargos e salários da empresa, em detrimento de candidatos aprovados em concurso público. Violação à norma constitucional que exige a contratação de pessoal por intermédio de processo seletivo. Afronta aos princípios da impessoalidade e moralidade administrativas. Dano moral coletivo configurado. (BRASIL, 2012, *on-line*)

Nesse diapasão, é imperioso ressaltar a ofensa que se gera aos interesses difusos. No caso em espécie, a não contratação pela Administração Pública através de concurso público acarreta grave ofensa àqueles possíveis candidatos ao concurso público, sendo estes indivíduos indetermináveis e o objeto indivisível, de modo que se caracteriza o dano moral coletivo por ofensa aos interesses difusos. Dessa forma, julgou o Tribunal Superior do Trabalho o Recurso de Revista nº 43400-71.2008.5.14.0001, quando enfrentou a questão aqui levantada. Observe-se a ementa:

RECURSO DE REVISTA - MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO - INDENIZAÇÃO - DANO MORAL COLETIVO - TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. **A circunstância de a reclamada contratar mão de obra terceirizada para suprir necessidade de pessoal no exercício de atividade fim da empresa consiste em lesão que transcende o interesse individual de cada trabalhador *de per se* e alcança todos os possíveis candidatos que, submetidos a concurso público, concorreriam, nas mesmas condições, ao emprego no segmento econômico** [destacou-se]. Recurso de revista conhecido e provido. (BRASIL, 2012, *on-line*)

Portanto, a terceirização ilícita, seja ela no âmbito privado ou público, poderá ensejar o dano moral coletivo por atingir interesses que transcendem a esfera individual.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O dano moral coletivo constitui uma ofensa principalmente à dignidade humana que transcende a individualidade, acarretando uma lesão aos interesses de uma coletividade. Contudo, essa percepção do dano moral coletivo decorre principalmente da ampliação ou da dimensão coletiva que ganhou o princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, o dano moral (extrapatrimonial) coletivo pode ser caracterizado como uma injusta lesão que fere diretamente os interesses e valores de certa coletividade, seja ela determinável ou não, ferindo principalmente a dignidade da pessoa humana. Assim, é uma verdadeira ofensa aos interesses metaindividuais.

Ressalte-se também que o dano moral coletivo não envolve necessariamente a ideia de dor ou abalo psíquico, mesmo porque na maioria das vezes a lesão se dirige a um grupo indeterminado de pessoas, sendo impossível a aferição da dor sofrida pelos indivíduos, razão pela qual esse liame psicológico se caracteriza apenas como consequência da lesão perpetrada. Nesta seara, imperioso dizer que, como o dano moral sempre esteve ligado àqueles aspectos psicológicos, para o dano moral coletivo, melhor seria utilizar a expressão dano extrapatrimonial coletivo, uma vez que esta está completamente desvinculada da ideia de dor, vexame, ligando-se exclusivamente ao abalo na esfera extrapatrimonial.

Na esfera trabalhista, a figura do dano moral coletivo resta plenamente aceita pelos tribunais, caracterizando-se principalmente nas ocasiões em que há redução à condição análoga a de escravo, nas revistas íntimas, no descumprimento das leis trabalhistas, descumprimento das normas de medicina e segurança do trabalho, terceirizações ilícitas; todas estas situações são claramente atentatórias à dignidade da pessoa humana e, além disso, em todas essas ocasiões, existem valores protegidos de forma expressa na Constituição Federal de 1988, sendo, portanto, a condenação por danos morais coletivos importante instrumento para que a sociedade se posicione de forma enérgica quando há lesões desse viés.

REFERÊNCIAS

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. **Revista de direito do consumidor**. São Paulo, n. 12, p. 44-61, out./dez. 1994. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30881-33349-1-pb.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2014.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 9 ago. 2014.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Recurso Ordinário nº 6853520115010077, 10ª turma, Rio de Janeiro, RJ, 25 jun. 2012. Disponível em: <<http://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24642029/recurso-ordinario-ro-6853520115010077-rj-trt-1>>. Acesso em: 11 set. 2014.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Recurso Ordinário nº 0009900-65.2008.5.03.0083, 7ª Turma, Belo Horizonte, MG, 10 out. 2013. Disponível em: <<http://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/124083206/recurso-ordinario-trabalhista-ro-99200808303006-0009900-6520085030083>>. Acesso em: 16 ago. 2014.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Recurso Ordinário nº 0000742-41.2012.5.03.0084, 6ª Turma, Belo Horizonte, MG, 26 nov. 2013. Disponível em: <<http://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/124288527/recurso-ordinario-trabalhista-ro-742201208403004-0000742-4120125030084>>. Acesso em: 05 set. 2014.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Recurso Ordinário nº 0000556-45.2013.5.03.0096, 5ª Turma, Belo Horizonte, MG, 25 abr. 2014. Disponível em: <<http://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/122830477/recurso-ordinario-trabalhista-ro-556201309603006-0000556-4520135030096>>. Acesso em: 9 set. 2014.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário nº 0175600-63.2009.5.04.0202, da 2ª Vara do Trabalho de Canoas, Porto Alegre, RS, 11 jul. 2012. Disponível em: <<http://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/128614984/recurso-ordinario-ro-1756006320095040202-rs-0175600-6320095040202>>. Acesso em: 13 ago. 2014.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região. Recurso Ordinário nº 0000028-82.2010.5.06.0144, 1ª Turma, Recife, PE, 6 jun. 2011. Disponível em: <<http://trt-6.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20001581/recurso-ordinario-trabalhista-ro-28822010506-pe-0000028-8220105060144>>. Acesso em: 11 set. 2014.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Recurso Ordinário nº 00245-2004-811-10-00-3, 2ª turma, Brasília, DF, 18 mar. 2005. Disponível em: <<http://trt-10.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8733383/recurso-ordinario-ro-245200481110003-to-00245-2004-811-10-00-3>>. Acesso em: 05 set. 2014.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Recurso Ordinário nº 01606-2011-008-10-00-0, 2ª Turma, Brasília, DF, 29 maio. 2013. Disponível em: <<http://trt-10.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24519055/recurso-ordinario-ro-1606201100810000-df-01606-2011-008-10-00-0-ro-trt-10>>. Acesso em: 09 set. 2014.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Recurso Ordinário nº 01123-2007-118-15-00-7, da vara do trabalho de Itapira, Campinas, SP, 19 mar. 2010. Disponível em: <<http://trt-15.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18945897/recurso-ordinario-ro-13674-sp-013674-2010>>. Acesso em: 12 set. 2014.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 20ª Região. Recurso Ordinário nº 00202-2003-003-20-85-5, Aracajú, SE, 25 out. 2004. Disponível em: <<http://trt-20.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4766587/202200300320855>>. Acesso em: 08 set. 2014.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Embargos de declaração nº 178000-13.2003.5.08.0117. Órgão Especial, Brasília, DF, 3 ago. 2012. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20178000-13.2003.5.08.0117&base=acordao&numProcInt=225646&anoProcInt=2006&dataPublicacao=03/08/2012%2007:00:00&query=>>>. Acesso em: 06 set. 2014.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de revista nº 15500-56.2010.5.17.0132. 8ª Turma, Brasília, DF, 12 jun. 2013. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23384016/recurso-de-revista-rr-155005620105170132-15500-5620105170132-tst>>. Acesso em: 11 set. 2014.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 12220011.2006.5.13.0002, 6ª Turma, Brasília, DF, 19 mar. 2014. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/121828205/recurso-de-revista-rr-1222001120065130002>>. Acesso em: 13 set. 2014.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 43400-71.2008.5.14.0001, 4ª Turma, Brasília, DF, 28 ago. 2012. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22269354/recurso-de-revista-rr-434007120085140001-43400-7120085140001-tst>>. Acesso em: 13 set. 2014.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 331**. Contrato de Prestação de Serviços – Legalidade: I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974). II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). (Revisão do Enunciado nº 256 - TST) III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja

participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. (Alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000) V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/enunciado_tst/tst_0331a0360.htm>. Acesso em: 12 set. 2014.

COSTA, Marcelo Freire Sampaio. **Dano moral (extrapatrimonial) coletivo**: leitura constitucional, civil e trabalhista. São Paulo: LTr, 2009.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano moral coletivo**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.

MELO, Nehemias Domingos de. **Dano moral trabalhista**. São Paulo: Atlas, 2007.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. O dano social e sua reparação. **Revista LTr**: Revista Legislação do Trabalho. São Paulo, v. 71, n. 11, p. 1317-1323, 2011.

COLLECTIVE MORAL DAMAGE IN LABOR LAW

Abstract: *This work makes a critical analysis of the collective moral damage and its incidence in the Labor law field, through cases judged by Labor courts in Brazil. In Labor law, the collective moral damage has been very frequent, especially in cases of reduction of conditions analogous to slavery, body searches, noncompliance with Labor laws, and noncompliance with Safety and Occupational Health law.*

Keywords: *Labor Law. Collective Moral Damage. Non-Pecuniary Collective Damage. Trans-Individual Rights.*

Data de recebimento: **out/2014** – Data de aprovação: **dez/2014**

BREVE AVERIGUAÇÃO HISTÓRICA E ELEMENTAR DA RECONVENÇÃO NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO¹

Luiz Fernando Vescovi

Mestre em Direito Internacional pela Universidad San Carlos (USC). Especialista em Geopolítica e Relações Internacionais pela Universidade Tuiuti do Paraná (UTP). MBA em Comércio Internacional pela Faculdade de Tecnologia Internacional (FATEC). Professor dos cursos de Direito e de Ciências Contábeis da Universidade do Oeste de Santa Catarina Campus Videira (UNOESC). Advogado trabalhista. luizfernandovescovi@bol.com.br

SUMÁRIO: Introdução 1. Origem da reconvenção 2. Aspectos históricos da reconvenção no processo trabalhista 3. Conceituação do instituto. Conclusão. Referências.

Resumo: O presente trabalho tem por pretensão trazer os elementos históricos primeiros que evidenciaram a fixação do instituto reconvençional no Brasil, perpassando pelas características pioneiras de direitos alienígenas que já anteviam o mesmo em seus ordenamentos jurídicos, de maneira bastante próspera, o que evidenciou, também, manifesto interesse na alocação deste na estrutura legal brasileira. Ademais, tem por pretensão, ainda, a análise da reconvenção sob um prisma capital no tocante ao conhecimento inicial de sua base conceitual doutrinária e finalidades essenciais – segundo suas acepções jurídicas –, tanto para a alçada processual civil (donde se origina) quanto para a órbita processual trabalhista, na qual se defende, há tempos, sua inserção de forma incisiva.

Palavras-chave: Reconvenção. Processo do trabalho. Histórico.

INTRODUÇÃO

Inicialmente, vale deixar registrado que a expressão a que se faz referência no título do presente ensaio – *averiguação histórica* – mostra-se apenas como um acompanhamento dos marcos principais que fizeram frente, na linha cronológico-histórica, acerca do instituto em apreço, e não uma análise escorregada da história da reconvenção. Tal assertiva é suscitada, de pronto, justificando ser proposital, haja vista a dificuldade existente em se fazer investigação minuciosa do referido instituto, no que tange à sua evolução, pela escassez de fontes bibliográficas especializada no assunto capaz de trazer subsídios mínimos para melhor construção (ainda que sintética) da linha desenvolvimentista da reconvenção.

¹ Dedico este trabalho à minha namorada, Simone Belo de Souza, pelo constante e verdadeiro estímulo na produção de nossos artigos científicos e pela especial dedicação que depreende a mim, compreendendo, diariamente, e de maneira paciente, a minha paixão pela pesquisa científica.

Ao que dispõe sobre as fontes acima referendadas, estas dizem respeito à produção de natureza intelectual e produtiva, salientando a carência de material escrito porquanto a origem da reconvenção se dá em direitos estrangeiros bastante remotos, como é o caso do Direito Romano, Germânico-Visigótico, Espanhol e Português, essencialmente. Neste ínterim, evidencia-se que esses ordenamentos jurídicos – espalhados ao redor do mundo – é que trouxeram à baila a natureza, as características, as finalidades e os objetos do instituto, da maneira em que hoje se conhece. Como tais fontes bibliográficas e documentais, gênese da concepção da reconvenção para a atmosfera jurídica, não foram pesquisadas a fundo, vez que não foram encontradas (por absoluta impossibilidade de acesso a elas) nas bibliotecas consultadas para este trabalho, atém-se apenas ao acompanhamento de seu progresso histórico, especialmente aos acontecimentos e registros que figuram em pesquisas brasileiras.

O apontamento desta ressalva é salutar vez que não se pode aceitar que se inicie a investigação de determinada matéria jurídica (ou qualquer outra de natureza científica) sem que se façam comentários voltados ao cunho histórico do que se pretende averiguar. É a noção que se tem de conhecer de onde se origina e suas aspirações iniciais para facilitar o entendimento na melhor aplicação do postulado em estudo, nos dias atuais. Dessa forma, muito embora não se tenha feito possível a análise dos dados bibliográficos precedentes, ainda assim se devem trazer fatos que convençam a existência de um instituto, bem como sua eficácia na aplicação, desde os primórdios de sua concepção. É o que ocorreu (e ainda ocorre) com o processo desenvolvimentista da reconvenção no mundo e no Brasil.

Assim sendo, registra-se que será exposto somente o que a doutrina melhor descreve acerca da evolução fática na qual a reconvenção sofreu por conta do passar dos anos e/ou décadas de aplicação junto ao ordenamento jurídico pátrio, restringindo-se, assim, a uma explanação sumária dos entendimentos dos juristas que já o analisaram com maior afinco, sem, portanto, tentar buscar respostas de sua criação em sua fonte originária, decorrente da dificuldade anteriormente declarada.

1 ORIGEM DA RECONVENÇÃO

O procedimento da reconvenção encontra-se previsto no ordenamento jurídico pátrio recente desde o dia 11 de janeiro de 1973, data esta do início da vigência do atual Código de Processo Civil (Lei nº 5.869), na Seção IV, intitulada “Da Reconvenção”, do Capítulo II, referente às formas de resposta do réu, dentro do Título VIII, o qual dispõe sobre as previsões legais concernentes ao procedimento ordinário da Justiça Comum, mais especificamente em seus arts. 315 a 318.

Da utilização prática exacerbadamente válida e eficaz no cotidiano forense dos ordenamentos jurídicos aos quais impulsionaram o desenvolvimento do instituto da reconvenção, quais sejam, basicamente: Direito Alemão, Francês, Italiano, Espanhol e principalmente Português, tal procedimento foi alocado ao aparato sistêmico de leis e normas, no Brasil, com a pretensão de se “contra-atacar” a veracidade dos fatos originários que deram causa ao pedido primeiro do autor, quando do entendimento do réu em que as questões inicialmente averiguadas não expressam validade e/ou verdade jurídica consistente, mas sim às assertivas fáticas por este narradas, caracterizando-a como uma nova ação em que o outrora réu doravante figura no polo ativo da relação processual, entendido tecnicamente por “reconvinte”, e o então autor agora aloca-se no polo passivo, na qualidade de “reconvindo”. De forma sucinta, conforme assevera Norberto Trevisan Bueno (1982, p. 19): “a reconvenção é, pois, a ‘actio’ do réu contra, diretamente, o autor, no mesmo processo movido por este”.

Por certo que o instituto da reconvenção foi previsto em diversos ordenamentos jurídicos, principalmente europeus, pelo fato de o Velho Continente se apresentar como sendo o berço do Direito moderno. Entretanto, aquele que melhor influenciou para a sua aplicação junto à sistemática legislativa brasileira foi justamente o Direito Português, em suas previsões normativas que se encontravam dispostas nas primeiras Ordenações promulgadas, mais especificamente dentro das Ordenações Afonsinas (1447), Manuelinas (1521) e Filipinas (1603), as quais inspiraram o legislador nacional a perceber a possível aceitabilidade deste nas aspirações primeiras do Direito Brasileiro. Levando-se em conta o fato de que a última Ordenação referendada prestou vigência no Brasil por todo o período do Império e parte do período da República, muito bem se pode afirmar a influência absoluta das instituições jurídicas portuguesas em território pátrio.

Os precedentes da reconvenção, no plano luso-brasileiro, portanto, estão positivados nas Ordenações Manuelinas, na rubrica “Das Auções, e Reconvenções” (descrita no Livro III, Título XXIV), e nas Filipinas, com a firma “Das Auções e Reconvenções” (descrita no Livro III, Título XXXIII); esta última acabou trazendo novos elementos que foram agregados no que já havia sido previsto na Ordenação anterior. Assim previa seu proêmio:

A natureza da aução e reconvenção he, que ambas andem igual passo, e ambas sejam determinadas em huma sentença. Porém primeiro se responderá ao libello do autor, e primeiro será contestado, que o do réo, e pelo consequente todos os outros termos e autos judiciaes; e tanto que for respondido ao libello do autor, e contestado, logo se responderá ao libello do réo, e a mesma maneira se terá dahi em diante. E quando se dér sentença diffinitiva, primeiro será julgada a aução do autor, e logo a reconvenção do réo, em tal maneira que a aução e reconvenção ambas sejam determinadas em hum tempo e em huma sentença.

Já no que concerne ao regramento próprio do Brasil, exsurge, em data de 25 de novembro de 1850, o Regulamento nº 737, que tinha por condão disciplinar e regularizar as demandas de cunho comercial nacional. Neste texto normativo, diversas disposições se encontravam positivadas e que diziam respeito, inclusive, ao procedimento a ser adotado em vários institutos jurídicos utilizados, tal como a reconvenção. Em seu bojo disciplinar é que a instrução reconvençional se mostra presente, pela primeira vez, no aparato normativo brasileiro, entre os arts. 103 a 110, onde se preceituava a apresentação simultânea desta com a contestação, em mesmo prazo pré-estipulado, para que, no mesmo ato de *decisium*, houvesse o julgamento concomitante à ação original. Registre-se, ainda, que por força do Decreto nº 763, de 19 de setembro de 1890, a aplicação do Regulamento nº 737 alargou-se às causas de natureza cível, desde que constantes de algumas modificações, o que levou a reconvenção, também, a esta esfera processual.

No extinto Código Processual Civil Brasileiro, de 18 de setembro de 1939, (Decreto-lei nº 1.608), a previsão referente à reconvenção existia, inclusive de forma bastante explícita e eficaz, porém, de pouca novidade acerca do que já havia sido positivado tanto no Código de Processo Civil quanto no Código Commercial do Distrito Federal, do ano de 1924. Ademais, seu procedimento se mostrava diverso ao que hoje se conhece, principalmente pelas diferenças no tocante ao prazo [05 (cinco) dias, segundo o art. 193] de oferecimento e sua apresentação (em mesma peça contestatória, consoante o art. 190). A admissão da reconvenção, segundo o CPC de 1939, era limitada a alguns tipos processuais, conforme previa o art. 192, e, ainda, mais relevante antevisão legal se alocava no art. 194, o qual rezava a autonomia da nova ação, afirmando que ela continuaria a surtir efeitos jurídicos quanto ao seu curso processual, independentemente de posterior desistência da ação principal.

Enfim, com a promulgação e respectiva publicação da Lei nº 5.869 (atual Código Processual Civil), do ano de 1973, o instituto reconvençional foi incorporado ao ordenamento jurídico pátrio, de maneira explícita e largamente utilizável no cotidiano forense dos operadores do Direito, em seus arts. 315 a 318, trazendo elementos mais clarividentes do que os anteriormente previstos, bem como especificações (ou peculiaridades) para a sua aplicabilidade, em órbita Processual Civil.

Salienta-se, então, que tal procedimento reconvençional é o objeto investigatório a ser esmiuçado nesta pesquisa, no que tange às noções primeiras e basilares trazidas pela vertente processual comum, donde se concebe a sua essência, enquanto instituto passível de utilização na prática forense brasileira.

2 ASPECTOS HISTÓRICOS DA RECONVENÇÃO DO PROCESSO TRABALHISTA

Depois de efetivamente incorporado o instituto em comento à fração processual civil nacional, tão logo se percebeu a sua eficácia como meio alternativo – fundado na celeridade processual – de se resolver um deslinde processual donde o polo passivo da relação jurídica expressa pretensão diversa daquela original, consoante dos ditames fáticos narrados pelo polo ativo, instaurando-se nova ação, com diferente pedido e causa de pedir, muito embora com exata conexão para com o pedido exordial. A reconvenção, então, esculpiu uma nova visão ao Direito no que toca à possibilidade de se compreender que, por vezes, ao réu também lhe é concedido entendimento de procedência sobre o que alega, e não mais apenas ao pleito do autor, como “verdade incondicional” em um processo judicial.

Não há a menor dúvida de que a possibilidade de se fazer a inversão dos polos litigantes, quando assim for viável e essencialmente relevante (juridicamente contextualizando) para o sistema de processamento e julgamento de ações, traz no bojo procedimental uma das características na qual se assenta toda a prestação da atividade do Poder Judiciário e o que mais espera os seus jurisdicionados, qual seja: a celeridade processual. Uma forma em que se resolva a lide (ou se instaure nova demanda) sem perder a originalidade do pedido inicial, a fim de satisfazer a real pretensão deste pedido contraposto à exordial, acabou sendo bem vista por sua rápida utilização, porquanto o interesse na aplicação de tal instituto se deu tanto por meio dos operadores do Direito, de forma geral, quanto pelos próprios jurisdicionados.

A vantagem na aplicabilidade da reconvenção junto ao Direito Processual Civil foi visivelmente percebida desde o momento em que o procedimento começou a surtir resultados satisfatórios para aqueles que dele faziam uso, gerando – como consequência natural – alta proliferação desta modalidade “defensiva” do réu com a contraposição do pedido primeiro com um novo pleito. Assim sendo, sempre que plausível (isto é, quando a lei permitia, considerando perfeitamente enquadrados seus pressupostos admissionais) sua utilização, em órbita processual, a reconvenção foi crescendo proporcionalmente com a confiança daqueles que a empregavam como ferramenta para angariar seus direitos, o que auxiliou a tramitar, cotidianamente, pedidos de natureza contraposta junto ao Poder Judiciário. Da eficiência e funcionalidade dessa espécie de resposta, despertou-se imediato interesse dos militantes na área trabalhista a fim de adequá-la ao seu ramo de labuta diária.

Entretanto, sabendo-se do fato de que o instituto é originário do Processo Civil, não houve facilitação, de maneira imediatista, de adequação plena da reconvenção em mesma

proporcionalidade aos anseios dos operadores trabalhistas em fazer uso desta em sua esfera de atuação (Processo do Trabalho), tendo em vista que os objetivos primordiais – quando de sua concepção enquanto instrumento do Direito – eram voltados exclusivamente para que houvesse maior “fluidez” nas lides processuais cíveis e um certo “acalento”, por conta das necessidades de existência dessa sistemática, por anos pleiteados, pelos jusprocessualistas da Justiça Comum.

Mesmo assim salientado e certamente compreendido pelos atuantes no segmento do Direito do Trabalho, ainda houve por bem apostar, de maneira incansável, por meio de teses e embasamentos diversos, no “amoldamento” da reconvenção para a órbita processual respectiva, vez que uma das aspirações maiores (elevado a *status* de peculiaridade) de tal ramo jurídico pairava, em absoluto, dentro desse instituto, e que, por isso, julgavam relevante tal adequação, qual seja: a celeridade processual.

Tamanho interesse plainou por sobre a utilização fática da reconvenção no Direito Processual do Trabalho que estudiosos de reconhecida carga doutrinária brasileira começaram a trazer, em seus cursos e manuais, diversos exemplos de seu cabimento, como é o caso de Sergio Pinto Martins (2005, p. 315), auxiliando, inclusive, a causar certa avidez entre os juízes trabalhistas. Como exemplos trazidos por ele estão: a) empregado estável ajuizando reclamatória trabalhista descrevendo sua demissão sem que houvesse inquérito para apuração de falta grave, vindo a pleitear reingresso ao emprego; b) empregado interpõe reconvenção sobre reclamatória trabalhista ajuizada pelo empregador, sob a alegação de faltas descritas no art. 482, da CLT. O empregado, portanto, por meio de sua reconvenção, pede indenização em dobro, vez que a falta grave foi dada como causada pelo próprio empregador; c) oferecimento de reconvenção por parte do empregador em ação de empregado pretendendo o pagamento de verbas rescisórias. Neste, o empregador contesta que houve efetiva justa causa no despedimento e ainda traz elementos novos (reconvenção) onde pleiteia o pagamento de saldo credor no qual o empregado ficou devendo primeiro, ou mesmo ressarcimento de danos de natureza dolosa originados pelo empregado, que deram ensejo ao despedimento por justa causa, dentre outras tantas variantes.

Cabe ainda, neste íterim, salientar que a reconvenção expressa como requisitos básicos condições *sine qua non* para sua validade e existência no mundo jurídico, consoante preleção de Fredie Didier Jr. (2009, p. 496-497), os seguintes: I) haja uma causa pendente; II) a observância do prazo de resposta; III) competência; IV) peça autônoma; V) compatibilidade entre os procedimentos; VI) conexão e; VII) interesse processual. Alguns desses são facilmente perceptíveis de adequação imediata do rito processual civil ao rito processual trabalhista, mas outros requerem análise mais minuciosa a fim de efetivamente se extrair uma conclusão concisa de cabimento e utilização da reconvenção em alçada laboral, como são os casos, por exemplo, dos requisitos acerca do prazo de oferecimento de resposta, da obrigatoriedade de peça autônoma ou mesmo a própria compatibilidade entre os procedimentos observados.

Neste ponto é que se evidencia o momento nevrálgico da história do procedimento reconvenicional na Justiça do Trabalho porquanto aqui os doutrinadores iniciam suas arguições acadêmicas sobre o que se entende como cabível ou não de determinado instituto como passível de emprego neste segmento especializado do Poder Judiciário. A dificuldade está, então, exatamente em se encontrar a resposta adequada e viável que manifesta solução para integrar tanto os requisitos basilares que compõem a reconvenção quanto as condições minimamente necessárias para que esta apresente validade e existência prática e providencial junto ao Direito Processual do Trabalho.

Por certo que a discussão que paira sobre a abordagem feita nesta pesquisa, assim como já constatada em outras elaboradas por grandes juristas, todavia não fechou esta página “histórica” de cabimento da reconvenção ao Processo do Trabalho justamente pelo fato de que ainda não se tem um resultado pacificado (doutrinariamente e jurisprudencialmente) para que se pudesse pontuar tão somente fatos e bases teóricas veementemente cabíveis. Assim sendo, o movimento de investigação do instituto à esfera laboral encontra-se em fase de produção histórica até que em algum momento não mais seja preciso discuti-lo por conta de sua aceitação absoluta e inconteste.

3 CONCEITUAÇÃO DO INSTITUTO

Uma vez compreendida a gênese e os elementos históricos, mesmo que em linhas gerais, acerca da reconvenção, passa-se a esmiuçar sua conceituação de maneira mais abrangente, tendo em vista que ela se prostra de modo um tanto complexo, principalmente pelo “incidente processual” da inversão de polos de uma relação jurídica antes instaurada. Tal complexidade se dá especialmente pelo fato de haver comprovada necessidade de acompanhar noções essenciais de matéria processual civil, para, num momento posterior, conseguir abarcar os reais objetivos de sua existência e natureza jurídica, como procedimento, à qual se subordina.

Para tanto, quando efetuado exame mais metucioso sobre a conceituação do instituto, logo se percebe não haver tamanha complicação em compreender seus intentos primordiais; pelo contrário, acaba por trazer à baila uma verdadeira simplificação e economia de grande interesse dentro da órbita processual, para se alcançar, assim, a maneira mais célere e eficaz possível da prestação jurisdicional, a qual se intenta.

A despeito de sua etimologia, De Plácido e Silva (2000, p. 682) afirma ser a reconvenção originária do termo *reconventio*, muito utilizado no Direito Canônico e pelos glosadores. Ainda descreve que se apresenta da composição do *conventio*, de *convenire*, alocada como acepção jurídica na pretensão de *citar judicialmente* ou *acusar em juízo*. Para os romanos, o uso da reconvenção (que desde a época já era conhecida) expressava a denominação de *mutua petito*, na qual figuravam-se, os litigantes, de forma concomitante como autores e réus.

Nos dizeres do processualista Moacyr Amaral Santos (2004, p. 227) percebe-se a intenção mor da espécie reconvenção como sendo uma forma de “contra-ataque” do réu às aspirações do autor, de maneira legítima, e que acaba formando novo objeto de ação por conta de ser, exatamente, uma nova ação. A alteração nos polos litigantes num processo é que caracteriza, de imediato, a natureza do instituto em comento. *In verbis*:

O réu, sem prejuízo da defesa, e até sob certo aspecto reforçando-a, poderá tomar a ofensiva. O autor poderá ter ou não razão, sem embargo do que poderá o réu ter, ou supor que tem, uma legítima pretensão, contra ou em relação ao primeiro, que seja juridicamente protegível, diversa da que constitui objeto da ação, e, assim, contra-atacando, pedir ao juiz que dela conheça e a declare conforme com a vontade da lei. Ao ataque do autor reage o réu com um contra-ataque; “à atitude estática, de quem se defende, passa o réu à atitude dinâmica de quem, por sua vez, ofende o adversário”.

Assim, a assertiva acima arrolada bem evidencia a atitude que o réu toma diante de uma questão de interesse jurídico porquanto o uso da reconvenção, como observado, não apresenta absoluta certeza de resposta jurisdicional positiva, vez que ao Estado é pedido que se declare a visão dos fatos nela descritos, descaracterizando *in totum* ou parcialmente, o pleito inicial, feito pelo autor. A reconvenção, portanto, não é um instituto de certeza plena, mas sim um aparato capaz de trazer à baila jurídica substancial alteração na marcha processual ordinária.

Dos ensinamentos extraídos da lição de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2006, p. 151-152), por seu turno, encontra-se acolhida na assertiva de que a reconvenção é uma maneira especial de resposta concedida ao réu, conferindo-lhe, assim, titularidade de uma ação própria que pode vir a originar-se da pretensão primeira do autor. Assim descrevem:

Em item anterior, viu-se as defesas de que o réu pode lançar mão a fim de evitar a procedência da pretensão do autor. Ao lado, porém, dessas defesas, pode o réu oferecer outra espécie de resposta, que de nenhuma forma se assemelha às defesas vistas. Trata-se da reconvenção, resposta em que o réu deixa a posição passiva que tinha na ação inicialmente proposta – como sujeito em face de quem o autor requer ao Estado a atuação do direito –, passando a, também, ser titular de uma ação própria, deduzida em detrimento do autor. (...). Essa ação do réu poderia, certamente, constituir objeto de processo distinto, mas, por conta da conexão que guarda com o litígio exposto na relação processual já instaurada, admite a lei possa ser a questão trazida para decisão nos mesmos autos da ação principal.

O que evidentemente parece interessante da ideia primordial da reconvenção é que o processo, quando interposto o instituto, não gera prejuízo para nenhuma das partes, vez que este serve para modificar substancialmente o teor jurídico-material do deslinde por conta de elementos inovadores a serem conhecidos pelo julgador imparcial a dar sustentáculo para que a prestação jurisdicional estatal seja da forma mais justa possível, de acordo com o que for apresentado nos autos. A reconvenção, então, expressa importante ferramenta jurídica para solução de controvérsias segundo evidências fáticas trazidas ao processo no momento em que o pedido se contrapõe, quando a situação assim viabilizar.

De modo mais técnico, o jurista Osiris Rocha (1965, p. 24), primeiro doutrinador a ater-se ao estudo específico das hipóteses de cabimento da reconvenção em alçada juslaboral, assim dispõe sobre o instituto, trazendo no bojo acadêmico as premissas da defesa (*de-fendere*) e da ofensa (*of-fendere*), extraindo suas conclusões, embasado no princípio da economia processual:

O instituto reconvenicional é resultado da política processual de economia e concentração. Por ele, o réu, que já terá de comparecer a Juízo para se defender (*de-fendere*), contra-apanando o golpe lançado pelo autor, aproveita a *ocasio juris* para, em virtude de ser titular de direito contra o autor, também ofendê-lo (*of-fendere*). Com isto, evita-se que o réu seja obrigado a iniciar um outro processo, no mesmo Juízo, com todos os ônus por ele representados, para fazer valer um direito relacionado com aquele do autor.

A postura clássica exposta pelo doutrinador supracitado demonstra, de plano, um mínimo de formalismo necessário para que a reconvenção consiga atingir seu intento maior junto à processualística que lhe é incumbida. O período de “ocasião jurídica” explanada em sua arguição é o que justamente caracteriza o instituto como um contra-ataque que pode ser efetuado em mesmo evento processual, auxiliando, dessa maneira, à continuidade de uma demanda anteriormente instaurada. Neste cerne, não careceria, portanto, de se fazer uso de nova lide a ser intentada, com nova distribuição de processo, começando todo o trâmite, desde o início, o que, certamente, contribuiria com a morosidade da Justiça, totalmente dissonante ao que se pretende com o avanço da prestação jurisdicional atual.

Por fim, analisam-se os embasamentos do pesquisador em área trabalhista Francisco Antonio de Oliveira (1999, p. 407) quando tece relevantes comentários sobre a reconvenção já em convergência com a principal lei do Direito do Trabalho, a Consolidação das Leis do Trabalho. Neste, o avaliador, em nível acadêmico, enfatiza a não previsão da modalidade reconvenicional

junto à CLT, o que não lhe descarta viabilidade de utilização para com a Justiça Laboral, sugerindo pequena alteração no prazo fatal para a entrega da mesma face aos 15 (quinze) dias previstos na Lei Processual Civil (CPC):

A reconvenção é ação do réu contra o autor no mesmo processo. Seu fundamento está no princípio da economia processual. A Consolidação não a prevê, motivo pelo qual aplica-se a subsidiariedade do processo comum (art. 769 da CLT). O reconvinco teria quinze dias para oferecer contestação. Nada impede, no processo trabalhista, que a parte reconvida o faça de imediato ou em menor prazo. Todavia, face à surpresa do reconvinco é de bom alvitre que a instrução prossiga em sessão posterior designada. “A desistência da ação, ou a existência de qualquer causa que a extinga, não obsta ao prosseguimento da reconvenção.” (art. 317, do CPC).

Da investigação conceitual elaborada, pode-se concluir que a reconvenção é um ato “incidental” de um processo donde o réu, no momento em que é chamado à Justiça, em razão de certa lide contra ele instaurada, contesta (defende) o feito e, se o caso *in concreto* assim permitir, contra-atacará o autor sob novas alegações fáticas, em momento coincidente a da peça contestatória, a fim de evidenciar fundamentos os quais devem, segundo ele, ser apreciados como fatos verídicos, e não aqueles originalmente expostos pelo autor. Ao reconvinco, então, cabe elucidar fatos que convençam o julgador de que estes são válidos, em face do reconvinco. Desta feita, nova ação é intentada, porém com elementos conectivos ao pedido exordial.

O aspecto impetuosamente prático da aplicação da natureza reconvenicional, consoante elucidado pela base doutrinária acima descrita, por si só expressa sensível reforço e estímulo na sua utilização, em âmbito jurisdicional, tanto dentro da órbita do Processo Civil (de onde ela se origina) quanto no próprio Processo do Trabalho, inclusive, fartamente sustentado pelo Princípio da Subsidiariedade, positivado no art. 769, da Consolidação das Leis do Trabalho, a seguir trasladado:

Art. 769. Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.

Ademais disso, não bastasse a figura subsidiária da CLT de aceitação “implícita” da reconvenção na Justiça Laboral, ainda assenta-se tal vertente em outros fundamentos principiológicos, dentre os quais a celeridade e a economia processuais que, acaso não fossem acatados, certamente iriam abarrotar as instâncias de julgamento (varas e tribunais) de ações apenas contrapondo o pedido inicial de um processo outrora distribuído, o que confere, de pronto, naturalidade e vantagem irrestrita na utilização desse modo procedimental em exame em ambas as esferas de jurisdição.

CONCLUSÃO

Após a averiguação dos elementos precursores acerca da reconvenção, tem-se por bem concluir que o momento histórico atinente ao instituto expressou significativas mudanças ao longo dos tempos, mas, no que diz respeito ao seu sentido atual, atingiu-se um *status* processual que converge com a totalidade da base principiológica assentada no ordenamento jurídico brasileiro, tal como o contraditório, a ampla defesa, a isonomia processual e das partes na relação jurídica, dentre outros.

Nesse norte, a intenção maior de avaliar a reconvenção por seu breve esboço histórico é de que este se apresenta como relevante instituto por conta da finalidade que o cerca: a inversão dos polos litigantes no momento em que fatos novos são trazidos à baila jurídica, pela ocorrência

de expressar, ao julgador, os “reais” acontecimentos dos quais o reconvincente demonstra, e que, portanto, descaracteriza a necessidade de se extinguir a ação original e posteriormente ajuizar novo tipo processual, configurando, de plano, tanto a obediência ao princípio da celeridade processual quanto a busca de uma verdade real dos fatos, e não apenas uma verdade formal, criada como um “artifício” do Direito somente para satisfazer as partes no processo, por meio de sentença prolatada pelo ente imparcial (comumente o juiz togado).

In fine, no que toca à adequação do procedimento reconvenicional na Justiça do Trabalho, muito embora já se tenha publicado material doutrinário a respeito (todavia escasso), ainda esbarra-se na divergência, inclusive em elevados embates teóricos dos principais juristas laborais brasileiros e da própria jurisprudência já exarada nos tribunais pátrios de órbita trabalhista, pois não fixou-se entendimento linear ou padronizado sobre o assunto. Cabe, portanto, identificar os elementos e fundamentos primordiais antes afirmados e positivados em textos ou estudos anteriores para justamente encontrar um liame em que a reconvenção possa vir a conseguir alcançar seus intentos, também, dentro do Direito Operário, auxiliando no deslinde de diversas reclusatórias distribuídas por toda a extensão nacional. Esta é uma das explicações por se estudar o passado e as origens da reconvenção: conhecer de sua gênese para poder melhor avaliar a probabilidade de alocação desta junto ao moderno Direito Processual do Trabalho.

REFERÊNCIAS

- BUENO, Norberto Trevisan. **Reconvenção**: prática, processo e jurisprudência. Curitiba: Juruá, 1982.
- DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MARTINS, Sergio Pinto. **Direito processual do trabalho**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **O processo na Justiça do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: RT, 1999.
- ROCHA, Osiris. **Da reconvenção no direito do trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965.
- SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRIEF HISTORICAL ASPECTS OF THE COUNTERCLAIM INSTITUTE IN BRAZIL'S LABOR PROCEDURAL LAW

Abstract: *This work focuses on historical elements of the institute of counterclaim in Brazil, under the labor procedural law perspective.*

Keywords: *Counterclaim. Labor procedural law. Historical aspects.*

Data de recebimento: **out/2013** – Data de aprovação: **mar/2014**

INCLUSÃO SOCIAL NO ÂMBITO TRANSNACIONAL

Lincoln Simões Fontenele

Aluno do Curso de Direito da FA7. Relato sob a orientação do prof. Me. Ramon Negócio (FA7).

lincoln.simoes@hotmail.com

INTRODUÇÃO

A partir dos estudos realizados no grupo de estudo *Direito e Globalização* da Fa7, novas perspectivas jurídicas e sociais surgiram e impulsionaram a pesquisa aqui relatada sobre a questão da inclusão de indivíduos nas demais esferas sociais. Assim, este relato de pesquisa acompanha as consequências da globalização na sociedade, faz contraponto de dois aportes teóricos sobre a legitimidade do direito em Luhmann e em Habermas e propõe o transconstitucionalismo de Marcelo Neves para buscar entender como é possível ocorrer, deixando de lado utopias irrealizáveis, a inclusão de indivíduos por meio da esfera jurídica nos diversos subsistemas sociais inseridos no âmbito de uma sociedade mundial, que é fragmentada e com pouca expressão política no campo transnacional.

Para isso, faz-se necessário, a partir da metodologia utilizada, qual seja, a pesquisa teórica, explicar alguns pressupostos teóricos da teoria dos sistemas de Luhmann, tendo em vista sua pouca divulgação no Brasil, e suas particularidades no que se refere aos termos de estudo da sociedade e do direito. A partir disso, discutir-se-á a questão da legitimidade advinda pelo próprio direito ou pelo discurso democrático, as consequências da globalização na sociedade e a questão de como se pode incluir os indivíduos nas demais esferas sociais com a participação do direito.

1 TEORIA DOS SISTEMAS E DIREITO

Niklas Luhmann recebeu influência de Talcott Parsons e de sua Teoria dos Sistemas, a qual concebe a sociedade como um sistema dividido em subsistemas que têm como elemento a *comunicação*. A partir disso, aprofundou-se no tema e orientou-se no sentido de construir uma grande teoria capaz de explicar a sociedade e a vasta gama de fenômenos sociais em seu meio (LUHMANN, 2005, p. 23). Com tal teoria configurando a sociedade moderna como um sistema composto por *comunicação*, contribuiu-se para uma inovação na sociologia que veio afirmando, há muito tempo, que a sociedade é composta por indivíduos.

Tendo isso em mente, frente ao grau de complexidade das comunicações, a sociedade moderna é fragmentada em “subsistemas funcionais que reproduzem comunicações submetidas

mais restritivas, balizadas pelos códigos binários específicos de cada subsistema” (VILLAS BÔAS FILHO, 2009, p. 93). Por exemplo, o direito tem o *código* lícito/ilícito, a economia ter/não-ter, política poder/não-poder, etc., e cada informação é observada a partir desse ponto de vista binário. Assim, quando o direito observa algo, ele só responde se é lícito ou ilícito.

Cada subsistema desses tem uma *função*, a qual, para Luhmann, não é um efeito a ser alcançado, como afirmava Parsons, mas sim “um esquema regulador de sentido, que organiza um âmbito de comparação de efeitos equivalente” (LUHMANN, 2005, p. 29). Ou seja, a função do sistema ou subsistema é reduzir a relação de complexidade entre si e seu ambiente, uma vez que é em atendimento a essa demanda que eles surgem.

O direito, subsistema funcional, estabiliza as expectativas nas interações definindo seus limites. Para isso, ele aplica seu código binário lícito/ilícito de modo que reduza a contingência do ambiente. Assim, permite-se que cada indivíduo espere algo do outro com o mínimo de garantia (LUHMANN, 1980, p. 1). É exatamente por ter esse código binário próprio que ele se individualiza com relação aos outros subsistemas. Eis a sua identidade, a qual tem um conteúdo que, se preenchido, ensejará em uma resposta do direito. Esse *programa condicional* é composto por formulações das condições para que as decisões dos juízes ou tribunais, ao aplicar o direito, apliquem-no juridicamente correto (LUHMANN, 1985, p. 27). Ou seja, “se forem preenchidas determinadas condições [...], deve-se adotar determinadas decisões” (p. 28).

Quanto ao aplicador dessas decisões, tem-se que ele segue os limites de seu papel para atuar e o programa estabelecidos pelo próprio direito. Quer dizer, aquele que se encontra na situação de tomar decisões jurídicas está incorporado no papel de Juiz/Tribunal e, desse modo, limitado à aplicação do código binário em conformidade com o programa jurídico existente. Observa-se, então, que a atuação do direito conforme seus próprios elementos mostra que ele é *autoreferencial* e autônomo, sem deixar-se determinar pelos outros subsistemas (Cf. NEVES, 2006, p. 79 ss.), sendo essencial para a especificação de sua função e para assegurar “sua própria unidade operativa” (VILLAS BÔAS FILHO, 2009, p. 145). Ou seja, o direito tem uma *clausura operativa* que lhe permite trabalhar segundo suas próprias estruturas, o que não quer dizer que ele se isola do ambiente, pois, quanto a este, o direito é *cognitivamente aberto*. Desse modo, por meio de *irritações* de seu ambiente, ele se autorreproduz com os seus próprios recursos. Daí a adjetivação de *autopoietico* emprestada da biologia.

1.1 Legitimidade do Direito

O direito precisa de algo que dê às suas decisões efeitos vinculativos. Ou seja, todos precisam aceitar a validade da decisão aplicada. O fator de justificação do direito é, portanto, a sua legitimidade.

Torna-se pertinente, assim, saber *como* essa legitimidade é gerada e quais os mecanismos de tal feito na sociedade moderna. Ora, duas teorias divergem radicalmente quando se trata de legitimidade do direito: a Teoria do Discurso, de Habermas, e a Teoria dos Sistemas, de Luhmann.

Habermas aponta que o direito em um Estado Democrático de Direito deve ser legítimo para ele ser direito e para que ele aja como tal. Frente a isso, sua teoria vai ter o *procedimento democrático* como fator de legitimação do direito (HABERMAS, 1997, p. 191), pois aqueles que se submeterão às normas estarão se submetendo a si mesmos. Para ele, nada mais razoável. O indivíduo que receber a decisão de um juiz deve aceitá-la de bom grado, porque ele está se submetendo a uma norma que ele mesmo construiu democraticamente junto

de seus pares. Portando, “a validade de qualquer tipo de norma de ação está submetida ao assentimento daqueles que, na qualidade de atingidos, tomam parte em ‘discursos racionais’” que a produziram (p. 199).

Quanto a Luhmann, a legitimidade é questão de crença (FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 350). Ou seja, para que uma norma seja legítima, é preciso que ela seja acreditada como legítima. Diz ele que o direito é legítimo quando há “uma disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido dentro de certos limites de tolerância” (LUHMANN, 1980, p. 30). Até aqui, não difere muito de Habermas. No entanto, a distância de suas teorias nessa questão se situa em *como* se produz essa crença na legitimidade.

Já Habermas aponta que o que legitima o direito é procedimento democrático (Cf. HABERMAS, 1997, p. 174), isto é, algo externo a ele. Luhmann diverge radicalmente quando diz que há mecanismos internos do direito que geram sua legitimação. Ou seja, o direito conta com seus próprios mecanismos para gerar aceitação e, por conseguinte, legitimidade, que independe quase inteiramente do conteúdo das normas, o que é lógico de se concluir, visto que, na teoria dos sistemas, o direito é um subsistema autorreferencial e autopoietico, como explicado anteriormente.

Os mecanismos do direito para isso são: *processos e força simbólica* (LUHMANN, 1985, p. 64). Por enquanto, seus modos de operação no sentido de gerar aceitação serão objeto de pesquisa mais aprofundada no futuro. Para este relato, basta o que foi dito.

2 ORDENS TRANSNACIONAIS

Diante do fenômeno da globalização, a dinâmica das comunicações sociais ultrapassou bastante os limites territoriais dos Estados. Assim, pesquisar neste âmbito significa estudar uma *sociedade mundial* que se diferencia em subsistemas funcionais que atuam em uma esfera *transnacional*.

Trans significa algo que vai “além de”. Desse modo, transnacional é algo que vai além da nação. Em razão disso, e para começar o argumento proposto, conclui-se que o subsistema político se encontra bastante atrasado por estar restrito ao território onde tem poder legítimo. Resta, portanto, declarar que o que se experimenta “não é uma globalização unitária da sociedade sob a condução da política, e sim processos globalizadores fragmentados da sociedade civil em relativa independência da política” (TEUBNER, 2003, p. 12). Ou seja, os demais subsistemas funcionais da sociedade participam do processo de globalização com velocidades diferentes sem participação efetiva da política.

É comum que tais subsistemas se relacionem entre si. Assim, tais relações em âmbito transnacional são uma abertura para a destruição de um sistema pelo outro se não houver algo que os regule (HOLMES, 2011, p. 115-116). Por exemplo, a relação entre a economia e a ciência deve ser regulada para que não ocorra uma corrupção em razão da economia determinar a ciência. Isso que dizer que certo resultado científico pode ser determinado pelo dinheiro, e não pela pesquisa que dirá se ele é verdadeiro ou falso.

Frente a isso, há uma demanda por parte desses subsistemas por uma estabilização de suas expectativas realizada por um direito que, necessariamente, irá além do Estado-nação, pois neste há apenas jurisdição com atuação restringida pela política.

Com a resumida política em âmbito transnacional, o direito público não conseguirá suprir as demandas dos subsistemas transnacionais, que são setores sociais, como a economia, a ciência, a mídia, o turismo, a cultura (TEUBNER, 2003, p. 13). Por conseguinte, o direito privado, que é construído pela sociedade civil, emergirá como um direito transnacional, visto que perpassa limites territoriais, a partir das zonas de contatos com outros subsistemas sociais, e não no centro de Estados-nações (p. 14). Ou seja, as relações, que demandam de estabilização de expectativas, criarão o seu próprio direito que terá a função de estabilizar suas expectativas.

Pela existência de ordens públicas e privadas, pode-se falar em direito global, ou mundial. Essas suas ordens privadas surgem de modo fragmentado, pois é produzido para relações específicas. Isso quer dizer que há vários *regimes privados* de direito regulando as relações transnacionais. Tais regimes seguem as mesmas estruturas, mas apenas com conteúdos diferentes para a aplicação do seu código lícito/ilícito, isto é, tem programas variados conforme seja a necessidade dos particulares em relações específicas.

Um caso de sucesso dessa realidade é a chamada *lex mercatoria*. Ela, conjunto de regimes privados de direito transnacional ligado à economia, tem seus regimes compostos pelos contratos que representam relações entre o setor econômico transnacional e outro setor social, que pode ser transnacional ou não. Seu triunfo se dá com a aplicação do próprio contrato em detrimento da aplicação de ordens estatais em tribunais arbitrais (MENDES, 2010, p. 37). Isso ocorre principalmente porque a “*lex mercatoria* tem se mostrado mais conveniente em casos nos quais é extremamente difícil determinar o direito aplicável de acordo com as regras tradicionais de Direito Internacional Privado” (p. 32).

Tais regimes privados não geram apenas respostas para os casos transnacionais. Geram também conflitos, que “não são entre o direito interno das nações, mas das *colisões* entre distintos setores globais” (TEUBNER e FISCHER-LESCANO, 2004, p. 1000). Já era de se esperar tal situação diante de uma pluralidade de regimes na sociedade mundial. São possíveis, então, colisões entre regimes privados e públicos. Afinal, é inevitável, frente à crescente dinâmica transnacional das comunicações, uma “fragmentação legal da sociedade global que não pode, por si só, ser combatida” (p. 1004).

3 DIREITO COMO INCLUSÃO

Na semântica das revoluções burguesas, cidadão era aquele que tinha direitos políticos. Hoje, essa concepção está mais estendida e atinge um grau no qual o cidadão é aquele que tem direitos sociais, o que inclui direitos políticos, econômicos, culturais, tecnológicos (NEVES, 1994, p. 254). Isso quer dizer que ele se encontra *incluído* nos diversos subsistemas sociais da sociedade, pois o direito consegue garantir, ao regular as comunicações e, assim, manter estáveis as expectativas que os indivíduos inseridos nos mais variados papéis têm dos outros indivíduos. Por conseguinte, esse indivíduo incluído tem acesso aos benefícios dos sistemas funcionais (p. 292). Como já foi dito antes, o direito regulará a sociedade de modo que nenhum subsistema possa engolir o outro e, desse modo, dominá-lo ou excluí-lo.

Para concluir o conceito nos dizeres de Marcelo Neves: “[...] a cidadania, enquanto integração generalizada nos sistemas sociais, com base no Direito, amplia-se significativamente com a conquista dos direitos sociais [...]” (NEVES, 1994, p. 257).

Agora, a questão que fica aberta é a cidadania no âmbito transnacional. Não se fala mais em buscar um cidadão no Estado-nação, mas sim um *cidadão do mundo*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Frente à situação global descrita, a simples atuação do direito no âmbito transnacional com força vinculante implica concluir que sua legitimação realmente é interna e, por isso, gera problemas quando regimes de direito autolegitimados se chocam com outros regimes de direito heterárquicos e, também, autolegitimados, tendo, ambos, força vinculante.

Tal direito transnacional, como descrito, é construído pela sociedade civil para determinadas situações específicas. Justamente por ser um direito privado, ele terá seu conteúdo programático dependente das partes. Portanto, a inclusão social, também conforme descrita, torna-se problemática neste âmbito transnacional, tanto por falta de política quanto por atuação de atores privados.

Frente a essa situação, o *transconstitucionalismo*, proposto por Marcelo Neves, pode ajudar na questão da inclusão, pois “serve como *um* modelo estrutural de conexão funcional entre as esferas funcionais fragmentadas da sociedade mundial” (NEVES, 2009, p. 288). Essa conexão serve para estruturar as ordens jurídicas aqui demonstradas, os regimes de direito, com o oferecimento de “pontes de transição” entre elas, fazendo com que haja condições de “tecelagem” dos fragmentos (p. 288-289).

O transconstitucionalismo oferece, basicamente, um diálogo entre ordens, que devem ser cognitivamente abertas para terem uma adaptação social. Possibilita-se, desse modo, a realização da inclusão social no âmbito transnacional.

REFERÊNCIAS

- FERRAZ Junior, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2003.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre faticidade e validade**. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HOLMES, Pablo. **The rhetoric of ‘legal fragmentation’ and its discontents: evolutionary dilemmas in the constitutional semantics of global law**. *Utrecht Law Review*, 2011: 113-140.
- LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Herder, 2005.
- _____. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.
- _____. **Sociologia do Direito II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.
- MENDES, Rodrigo Octávio Broglia. **Arbitragem, Lex Mercatoria e Direito Estatal: uma análise dos conflitos ortogonais no Direito Transnacional**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- NEVES, Marcelo. Entre Subintegração e Sobreintegração: a cidadania inexistente. **Revista de Ciências Sociais** 37 (1994). 253-276.
- _____. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- _____. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

TEUBNER, Gunther. **A bukowina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional**. Impulso, 2003, p. 9-31.

TEUBNER, Gunther e FISCHER-LESCANO, Andreas. **Regime-Collisions**: the vain search for legal unity in the fragmentation of global law. Michigan Journal of International Law 25 (2004), p. 999-1046.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

RELATIVISMO DOS DIREITOS HUMANOS NO CENÁRIO GLOBAL E A PROPOSTA DO TRANSCONSTITUCIONALISMO

Ingrid Nayara Nogueira Bastos dos Santos

Aluna do Curso de Direito da FA7. Relato sob a orientação
do prof. Me. Ramon Negócio (FA7)

ingridnbs@gmail.com

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca, a partir da metodologia da pesquisa teórica, apreciar uma discussão acerca dos Direitos Humanos, inicialmente tratando da questão de sua pretensão de universalismo, que coexiste com a realidade inegável de sua relativização. A partir de então, tal temática passa a ser analisada sob o prisma da semiótica, no que se refere às diversas atribuições de sentidos aos signos “direitos humanos”, porquanto sua aplicação dependerá da interpretação a eles oferecida. Em seguida, será abordada a utilização simbólica de tais direitos, e como esta contribui para a ineficácia daqueles, embargando sua concretização. Outrossim, será discutido acerca do dissenso estrutural aliado com a necessidade de consenso procedimental dos direitos humanos, mas que diante da falta de tal consonância, o transconstitucionalismo parece se apresentar como a solução mais adequada para realizar a comunicação entre as interpretações dos direitos humanos.

1 UNIVERSALISMO E RELATIVISMO CULTURAL DOS DIREITOS HUMANOS E SEUS LIMITES

Uma impressão de universalidade dos direitos humanos parece advir de vários fatores, como por exemplo a noção de que são direitos devidos a um indivíduo simplesmente pelo fato de ele ser humano; no sentido de que é universal porque diz respeito a todos os seres humanos, de maneira igual e inalienável. No entanto, tal universalidade não esclarece se os direitos reconhecidos pela Declaração Universal de Direitos Humanos e pelos Pactos Internacionais de Direitos Humanos possuem no plano fático uma aplicabilidade universal. Para preservar a completa universalidade para os direitos básicos, o universalismo radical deveria dar preferência para as demandas das comunidades cosmopolitas, em detrimento das menos eminentes (DONNELLY, 2007). Por outro lado, um relativismo cultural sobre os direitos humanos se depararia com uma contradição lógica (p. 403), por causa da possibilidade da relativização dos direitos humanos quando estes na verdade ocorrem em razão da natureza humana, que é universal (AFONSO, 2009). Então, como relativizar algo que tem como principal fundamento algo universal?

As diferentes sociedades podem ter atitudes semelhantes ou diferentes quanto às questões relativas aos direitos humanos, no entanto, sem um entendimento mais amplo sobre o assunto. A difusão dos mercados modernos e dos Estados burocráticos, com seus processos mais difíceis que limitam as possibilidades de insucessos, mas que por isso tornam tudo mais lento, globalizou as mesmas ameaças à dignidade humana que eram experimentadas principalmente no contexto europeu. Os direitos humanos representam a reação mais eficiente já concebida, para atender a um amplo alcance, às ameaças à dignidade humana que os mercados econômicos e os Estados burocráticos tornaram praticamente universais, o que consistiria na universalidade funcional de tais direitos, que guarda sua relatividade.

Sua universalidade como direito internacional seria devido ao assentimento virtual dos Estados para sua incidência. Os Estados que sistematicamente violam os direitos humanos reconhecidos não perdem sua legitimidade no direito internacional, de modo que, exceto nos casos de genocídio, a soberania estatal ainda triunfa sobre esses direitos, o que impede a aplicação mais eficiente e compulsória de sanções em caso de desrespeito (DONNELLY, 2007).

No entanto, esse aspecto de universalidade é reproduzido mais a nível de teoria moral ou, no máximo, política. Mas, assim como explica John Rawls (*apud* DONNELLY, 2007), a partir de doutrinas variadas, pode-se chegar a um consenso. Este seria sobreposto; mais parcial do que completo. Assim sendo, os direitos humanos podem surgir a partir de um consenso justaposto de várias noções mais diversas, como política e justiça. Dessa forma, a universalidade de consensos sobrepostos seria um resultado da convergência tanto dentro como entre civilizações, proporcionando assim uma base para a consonância nos direitos da Declaração Universal.

O relativismo cultural, na discussão sobre direitos humanos, traz a relevância do respeito pelas diferenças culturais. No entanto, geralmente as culturas oferecem padrões absolutos de avaliação, sobre o que seja correto ou não para seus aderentes, o que é denominado de absolutismo cultural por Rhoda Howard-Hassmann. Tal relativismo cultural pode ser um antídoto para o universalismo deslocado, no entanto, há aspectos a serem analisados, tais como a questão da adaptação da moral e da aplicabilidade, em territórios diversos, das normas de direitos humanos; a consideração por parte de determinado grupo social de que sua moral não é infalível, para que possam, assim, aceitar posicionamentos diferentes dos seus próprios; relativismo intolerante e até mesmo genocida ser tão aceitável quanto um relativismo tolerante; a indiferença a argumentos políticos ou confusão destes com a moral.

Os direitos humanos teriam surgido a partir de um dissenso estrutural, advindo da sociedade moderna funcionalmente diferenciada, sendo tal desacordo em razão tanto da tentativa de integração sistêmica entre esferas de comunicação autônoma quanto por conta das diferenças de valores, de expectativas normativas, e de interesses de cada sistema. No entanto, não há um relativismo absoluto dos direitos humanos, porque, apesar do dissenso estrutural, existe um consenso procedimental em relação a eles (NEVES, 2005). O problema quanto a isso estaria justamente na falta de uma institucionalização adequada em três níveis de validade: pessoal, no que se refere ao consenso de procedimentos, material, sobre a identificação de sentido, e temporal, no que diz respeito à própria falta de normatização (p.10). E, mediante a falta ou fragilidade de procedimentos democráticos que assegurem o dissenso conteudísticos dos direitos humanos, há uma inclinação à negação ou repressão de tal dissenso e à exclusão de certos grupos do cenário político-jurídico, prejudicando a institucionalização dos direitos humanos quanto à inclusão e ao dissenso (p. 27).

2 INSUFICIÊNCIA DA SEMÂNTICA UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS FRENTE À PRAGMÁTICA DAS DECISÕES

As sociedades, em geral, consideram a importância dos direitos humanos de acordo com suas variadas concepções de indivíduo e proteção devida a este. No entanto, sem uma compreensão mais abrangente acerca dos direitos humanos, reforçada e apoiada por um segmento de destaque de tais sociedades, como certas pessoas e instituições, a aplicação de tais direitos acaba sendo mais difícil (BAGU, 2011). Andrew Nathan menciona um “universalismo temperado”, de caráter mais flexível, que leva em consideração que conceitos de direitos guardam diversas concepções passíveis de serem defendidas, e qualquer dessas percepções terá, por sua vez, várias implementações possíveis (DONNELLY, 2007). Os conceitos estabelecem múltiplas variações possíveis entre as compreensões ou concepções, as quais, por sua vez, restringem a diversidade de práticas que podem razoavelmente ser consideradas como implementações de determinados conceitos e concepções; no entanto, até mesmo alguns desvios das normas dos direitos humanos universais podem ser considerados legitimados. As diferentes ameaças refletem justamente as diferenças culturais até mesmo a nível de conceitos; os participantes do consenso sobreposto devem ter seus argumentos respeitados quando apresentarem limites e desvios em relação às normas internacionais se sua essência for condizente com os valores defendidos pelos direitos humanos.

É importante ressaltar que é necessário se ter uma noção mais clara acerca da semântica de direitos humanos e como esta é utilizada hodiernamente, e, para tanto, é preciso um pouco mais de esclarecimento sobre as partes da semiótica (sintaxe, semântica e pragmática). A sintaxe estuda a relação dos signos entre si, de modo que é a teoria da construção da própria linguagem. A semântica seria o estudo dos signos e sua relação com os objetos que designam, de modo que, para os enunciados terem sentido, devem efetivamente poder ocorrer, sendo empiricamente verificáveis. A partir da análise semântica do que seja verdade, torna-se possível selecionar uma verdade objetiva, afastando as significações ideológicas à medida que consideram sem sentido aqueles enunciados que não possuem referenciais empíricos. Já a pragmática consistiria no estudo dos signos com os indivíduos que os utilizam, no que diz respeito ao modo de significar, a como a linguagem pode ser utilizada, ou a quais as funções desta (WARAT, 1995).

Trazendo tal discussão para os direitos humanos, é necessário realizar um estudo sobre sua sintaxe, semântica e pragmática, porquanto tal designação é utilizada muitas vezes de forma equivocada ou para legitimar discursos de poder, sendo ainda atribuída aos direitos humanos uma carga axiológica que não condiz com sua pragmática. Os atores internacionais podem repensar as questões de direitos humanos, e, a partir disso, criar novos significados para tais direitos, ou mesmo ignorando a semântica a eles atribuída de forma predominante no cenário internacional. A semântica dos direitos humanos pode até ter pretensões universais, mas sua aplicabilidade, sua própria pragmática, não demonstra tal universalidade; isso pode se dar em razão de concepções diversas sobre o sentido do que seja de fato direitos humanos, e, assim, uma relação de diálogo entre as decisões dos tribunais. Por isso que o diálogo entre decisões (também é pragmática) integra mais que tratados internacionais.

3 GLOBALIZAÇÃO, CONEXÃO DE ORDENS JURÍDICAS, TRANSCONSTITUCIONALISMO E UTILIZAÇÃO SIMBÓLICA DOS DIREITOS HUMANOS

Há um sistema jurídico de níveis múltiplos, no qual ocorre um transconstitucionalismo pluridimensional, resultado da observação de uma mesma questão jurídica por diversas ordens, de

modo que são oferecidas diversas soluções para um mesmo problema, enriquecendo a discussão. Assim sendo, seria prejudicial um fechamento cognitivo de uma ordem para com as demais, o que pode impedir que seja encontrada uma solução mais adequada. O transconstitucionalismo seria, portanto, um modelo que permitiria uma análise mais eficiente dessas questões (NEVES, 2009).

Deve ser devidamente abordada a questão da fragmentação dos setores sociais globais (TEUBNER e FISCHER-LESCANO, 2004), os regimes próprios (que tratam de temas específicos), cada vez mais independentes das normas gerais de direito internacional, e as repercussões disso nos direitos humanos, que podem funcionar inclusive como elemento unificador entre essas ordens.

Uma visão mais ampla de direitos humanos pode passar uma vagueza desse conceito, podendo impedir uma aplicação ou mesmo um entendimento mais efetivo sobre o que seja isso; não sendo adequada também uma concepção muito estrita, pautada no liberalismo. Há uma expectativa normativa (que não se modifica frente às frustrações) em relação aos direitos humanos, com sua aplicação destoante da prática, com uma realidade na qual há uma violação absurda à dignidade da pessoa humana com a exclusão de significativas parcelas da sociedade, que subsiste em condições degradantes. Haveria ainda a diferenciação entre os direitos humanos frágeis e os fortes (que já estão positivados e implementados processualmente no contexto do sistema jurídico mundial de níveis múltiplos, como no *jus cogens*) (NEVES, 2009).

Além disso, deve ser apreciada também a questão de, com o uso simbólico dos direitos humanos (NEVES, 2005), poder haver um deslocamento de sentido para uma outra esfera de significações, de modo que, por exemplo, mesmo os direitos humanos pertencendo à esfera jurídica, seu sentido político ser tão forte ao ponto de ofuscar o aspecto jurídico de fato. A significativa falta de eficácia normativo-jurídica proporcionada pela utilização simbólica dos direitos humanos gera efeitos que, a partir de uma manipulação política, mantêm essa situação de ineficácia, ao mesmo tempo em que incentiva movimentos para a criação e proteção de tais direitos. Isso caracterizaria a força ambivalente do uso simbólico dos direitos humanos (p. 27).

Há ainda os perigos da desdiferenciação (NEVES, 2009), que acontece quando um sistema fica subordinado a outro, sendo afetada assim sua autopoiese, seu enclausuramento e sua autonomia e independência, uma vez que agora se encontra a depender de outro, e, no caso dos direitos humanos, apesar de terem que atender às demandas relacionadas a outros sistemas, a subordinação deste sistema ao da política ou economia seria totalmente discordante com o que é proposto por tais direitos, até porque deve haver uma comunicação intersistêmica, e não dependência e submissão de um sistema para com outro; os direitos humanos podem ser fator de ligação entre o sistema do direito e os demais, mas não devem ser utilizados como uma lacuna que dê oportunidade de corrupção sistêmica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da problemática apresentada, pretende-se desenvolver hipóteses de como lidar com a atual conjuntura dos direitos humanos. São levantados questionamentos tais como: até que ponto pode-se alegar aspectos particulares e internos para justificar uma aplicação diferenciada dos direitos humanos? Como pode ser desenvolvido um consenso procedimental para a concretização de tais direitos? De que maneira o transconstitucionalismo pode estabelecer um diálogo entre os diversos atores e ordens internacionais? Além disso, como a observação semântica e pragmática poderia desmascarar discursos meramente políticos acerca dos direitos humanos, que visam apenas legitimar certas práticas de poder? De que maneira pode ocorrer um diálogo entre as decisões

dos diversos tribunais relativas aos problemas de direitos humanos? E, ainda, como os direitos humanos podem funcionar como fator de unificação entre o cenário internacional fragmentado, e como fator de inclusão para os indivíduos e atores subincluídos no contexto internacional?

REFERÊNCIAS

AFONSO, Henrique Weil. **Unidade e Fragmentação do Direito Internacional**: o papel dos Direitos Humanos como elemento unificador. Revista Eletrônica de Direito Internacional, v. 4, p. 53-90, 2009.

AFONSO, Henrique Weil. MAGALHÃES, José Luis Quadros de. **Direito Internacional Fragmentado e Proteção aos Direitos Humanos**: As repercussões para o desenvolvimento dos Estados. Revista das Faculdades Integradas Vianna Júnior. Vianna Sappiens. Volume 2, número 2.

BAGU, Kajit John. **Ideological Refuge V Jurisprudence of Insurgency**: Cultural Relativism and Universalism in the Human Rights Discourse. Warwick Student Law Review. 2011.

DONNELLY, Jack. **The Relative Universality of Human Rights**. Human Rights Quarterly, Volume 29, Number 2, May 2007, pp. 281-306 (Article).

NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

_____. **A Força Simbólica dos Direitos Humanos**. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, outubro/novembro/dezembro, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-4-OUTUBRO-2005-MARCELO%20NEVES.pdf>>. Acesso em: 14 maio 2013.

TEUBNER, Gunther; FISCHER-LESCANO, Andreas. **Regime-collisions**: the vain search for legal unity in the fragmentation of global law. Michigan Journal of International Law, Vol. 25, pp. 999-1045, summer 2004.

WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua Linguagem**. 2. versão; edição aumentada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

A PROTEÇÃO À VÍTIMA E TESTEMUNHA ESTABELECIDADA PELA LEI 9.807/99 E A PRINCIPIOLOGIA PROCESSUAL

Roberta Sara Riotinto Bezerra

Aluna do Curso de Direito da FA7. Relato sob a orientação da profa. Ma. Anarda P. Araújo (Universidade de Fortaleza)
roberta.riotinto@hotmail.com

INTRODUÇÃO E OBJETIVO

O presente trabalho busca analisar os princípios processuais penais que embasam o Programa de Proteção a Vítimas e Testemunhas previsto pela Lei 9.807/99.

Conceitualmente, vítima é o sujeito passivo do crime, também chamado de ofendido, pois teve o interesse ou bem jurídico protegido diretamente violado pela prática da infração penal, enquanto que a testemunha é a pessoa que declara, sob o compromisso de dizer a verdade, ter tomado conhecimento de algum fato relevante ao processo, narrando-o à autoridade competente. (NUCCI, 2009, p. 1017).

O depoimento da testemunha é uma das espécies de prova do processo penal que, muitas vezes, torna-se indispensável para compor o conjunto probatório que será utilizado pelo juiz como fundamentação para proferir a sentença. Dessa forma, percebe-se a suma importância que possui no processo penal, ajudando na elucidação do fato criminoso, e numa possível condenação.

Mesmo com tal importância, muitas vítimas e testemunhas temem esclarecer o que conhecem a respeito dos fatos tidos como criminosos, e da autoria, por temerem por sua vida e a de seus respectivos parentes.

Visando conceder uma maior proteção a esses sujeitos processuais, o legislador editou a lei 9807/99 que objetiva implantar um Programa de Proteção a Vítimas e Testemunhas com medidas assecuratórias.

Tem como objetivo o presente trabalho analisar os princípios processuais penais que fundamentam as medidas protetivas prevista na Lei 9807/99, sem, contudo, ferir os direitos fundamentais do acusado.

MÉTODOS

A metodologia aplicada teve por base uma pesquisa exploratória, com a caracterização do problema dentro do campo fático jurídico em análise, seguida de um estudo bibliográfico acerca do tema abordado, tendo, por fim, uma pesquisa explicativa e qualitativa, com métodos observacionais para identificação dos fatores determinantes do problema, seguidos de análise indutiva para concretização dos resultados e soluções que poderão ser aplicados.

3 RESULTADOS E DISCUSSÃO

1. Princípio da verdade real

O juiz, no processo penal, busca a verdade material que consiste na realidade dos fatos ocorridos, ainda que dificilmente alcance a verdade real. No entanto, deve surgir no juiz um sentimento de busca, de inconformidade com o que lhe é prestado pelas partes, mesmo porque trata-se de direitos indisponíveis ao homem, como o direito à vida, à liberdade, à integridade física e psicológica.

Segundo ensina Malatesta (1960, p. 22), a verdade é a “conformidade da noção ideológica com a realidade, e que a certeza é a crença nessa conformidade, gerando um estado subjetivo do espírito ligado a um fato, sendo possível que essa crença não corresponda à verdade objetiva”.

Os depoimentos das vítimas e testemunhas é uma das espécies de prova, e pode ser indispensável para a formação do conjunto probatório que o juiz utilizará para fundamentar sua decisão. Percebe-se, portanto, a sua indispensabilidade. Mas para que a testemunha ou a vítima consiga prestar depoimento, com isenção e sem temeridade, deve sentir-se segura ao delatar os fatos. Sendo assim, a lei ratifica a aplicação do princípio da verdade real, na medida em que dá substrato suficiente, com a implantação do Programa de Proteção às Vítimas e Testemunhas, para que estas não temam nos seus depoimentos, em outras palavras, para que estas possam contribuir decisivamente na condenação ou não do réu.

2. Princípio da Vedação ao Uso de Provas Ilícitas

A Constituição Federal veda o uso de provas obtidas por meios ilícitos, conforme dispõe o art. 5º, LVI. Dessa forma, o réu possui o direito de não ser julgado e condenado com base na prova obtida por meio ilícito. Ademais, é contrária ao nosso ordenamento jurídico a prova derivada da ilícita ou a teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*) que, embora lícitas, tenham sido produzidas a partir de provas ilícitas.

Dessa forma, percebe-se que mesmo que o juiz busque no processo alcançar a verdade real por meio das provas, o limite para tal busca são as provas obtidas por meios lícitos.

Conceitualmente, a prova ilícita é a prova proibida ou inadmissível. O termo “ilícito” usado, pelo constituinte, possui duas significações: uma restrita, a proibição ou vedação da lei, como ampla, no que consiste ser contrária à moral, aos bons costumes (VALE, 2009, p. 352)

A prova ilícita é o gênero das seguintes espécies: ilegal, a que é produzida com infração às normas penais, e a ilegítima, a que ofende preceitos gerais do processo. Ilustrando como seria a prova obtida por meio ilícito na lei em estudo, é a prestação de depoimentos das vítimas e testemunhas sem respeitar o direito à ampla defesa e ao contraditório do acusado.

3. Princípio da Ampla Defesa e do Contraditório

Os princípios da ampla defesa e do contraditório estão fundamentados constitucionalmente no artigo 5º, LV, e proporcionam ao réu o direito de se defender da acusação. Segundo Vale (2009, p. 276): O princípio da ampla defesa é uma forma de equilíbrio ante a força do poder estatal, representada pelos órgãos encarregados da persecução penal (Polícia Judiciária, Ministério Público).

A ampla defesa consiste no direito à autodefesa, à defesa técnica e o direito à prova. O direito à autodefesa abrange os direitos a estar presente na audiência, de ser ouvido, de participar de todos os processuais. Enquanto que o direito à defesa técnica inclui a defesa exercida pelo defensor constituído, como a exercida pelo defensor dativo e o defensor *ad hoc*. Já o contraditório abrange tanto o direito à informação como o direito à participação. O direito à informação no direito de ser cientificado, que por sua vez é respeitado por meio dos institutos da citação, intimação e notificação. Já o direito à participação consiste tanto no direito à prova como no direito à atividade de argumentação, de natureza eminentemente retórica, que busca seduzir pelo poder da palavra, oral ou escrita. (BECHARA, 2005, p. 4)

É necessário que a informação e a possibilidade de reação permitam um contraditório pleno e efetivo. Pleno porque se exige a observância do contraditório durante todo o desenrolar da causa, até seu encerramento. Efetivo porque não é suficiente dar à parte a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária, sendo imprescindível proporcioná-la os meios para que tenha reais condições de contrariá-las.

É válido assinalar que a ampla defesa e o contraditório podem sofrer certa limitação, como toda e qualquer liberdade pública, justamente em razão da necessidade de preservação de outros valores com igual índole constitucional que, porventura, possa confrontar, como, por exemplo, a proteção a vítimas e testemunhas. Caso o juiz verifique que a presença do réu pode causar humilhação, temor ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, ou ainda que estes estejam sob a proteção estatal, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor. (Art. 217 do CPP)

Percebe-se que o direito à ampla defesa e ao contraditório não foram retirados, até porque o réu possui tanto a defesa técnica, exercida por advogado, como a defesa à produção de provas. O que pode ter sido restringido é o direito à presença no ato processual, ao ser retirado da sala de audiências para que a testemunha ou a vítima preste seu depoimento. Vale ressaltar que essa mitigação é feita de forma proporcional com o escopo de assegurar a aplicação de outros direitos também constitucionais, como o direito à vida e à segurança da vítima e da testemunha.

4. Princípio da Igualdade / Paridade das Armas

Outro princípio singular na aplicação desta lei é o (princípio) da igualdade ou paridade das partes. Da norma prevista no artigo 5º, *caput*, da Lei Maior, infere-se o princípio da igualdade processual ou princípio da isonomia, que trata os iguais de forma igual e os desiguais na medida da sua desigualdade.

De acordo com Tourinho (2012, p. 32): “as partes, embora figurem em polos opostos, situam-se no mesmo plano com iguais direitos, ônus, obrigações e faculdades processuais.” Contudo, há casos excepcionais em que a vítima, por estar coagida ou exposta à ameaça, deve possuir uma maior proteção estatal, ser escoltada para a prestação de depoimentos. O Estado deve

proteger essas pessoas que arriscam suas vidas e sua segurança na busca de esclarecer o crime em questão, enfim, contribuindo com o Estado juiz na obtenção da verdade real.

5. Princípio da presunção de inocência

O princípio da presunção de inocência ou princípio da não culpabilidade, já que a Constituição Federal não presume a inocência, mas declara que ninguém será considerado culpado antes da sentença condenatória transitada em julgado, encontra-se no art. 5º, LVII da Constituição Federal.

O fundamento do princípio está na proibição do excesso, que significa a impossibilidade de antecipação dos efeitos da condenação antes do trânsito em julgado. (BECHARA, 2005, p. 2)

O Estado percebendo a frágil condição da testemunha ou da vítima coagida ou exposta a ameaças, decidiu protegê-la, aplicando medidas assecuratórias para a sua segurança, sua vida, sua integridade física e psicológica, sem ferir o direito do acusado de ser considerado inocente até a sentença transitada em julgado. Para exemplificar, tem-se a segurança na residência, a escolta e segurança nos deslocamentos da residência, inclusive para fins de trabalho ou para a prestação de depoimentos; em casos excepcionais, a alteração do nome completo. (Lei 9807/99, art. 7º, I e II; art. 9º, *caput*)

6. Princípio da Publicidade

Previsto no art. 93, IX, da CF, o Princípio da Publicidade nada mais é do que uma garantia para o indivíduo, decorrente do próprio princípio democrático, que visa dar transparência aos atos praticados durante a persecução penal, de modo a permitir o controle e a fiscalização, e evitar os abusos.

NUCCI (2013, p. 97) distingue a publicidade em geral e relativa: a primeira é o acesso aos atos processuais e aos autos do processo a qualquer pessoa. A segunda situação refere-se ao acesso restrito aos atos processuais e aos autos do processo das partes envolvidas, entendendo-se o representante do Ministério Público e o defensor. Portanto, o que se pode restringir é a publicidade geral, jamais a específica.

Mesmo o processo sendo, em regra, público, há situações excepcionais em que a publicidade geral é restringida, quando houver interesse social ou a intimidade o exigir. No caso da proteção a vítimas e a testemunhas, o juiz pode autorizar a alteração do nome dos protegidos com base na lei 9807/99, sendo permitido a ciência desta alteração apenas ao juiz, ao promotor e ao advogado do acusado. Ademais, o processo pode tramitar sob sigilo de justiça, ou seja, ser restrito às partes, impedindo que qualquer pessoa tenha acesso aos autos, como um amigo ou parente do acusado que possa extrair informações do processo a fim de ameaçar a vítima ou a testemunha.

7. Princípio da Proporcionalidade

O Princípio da Proporcionalidade tradicionalmente atua como critério solucionador dos conflitos entre valores constitucionais, mas constitui, na realidade, uma norma de sobredireito ou de conformação, que define a dimensão conceitual e o âmbito de aplicação de cada liberdade pública. (ARAÚJO, 2009, p. 237)

A proporcionalidade surge vinculada à concepção de limitação do poder estatal, tendo em vista a tutela dos interesses individuais. Ao Estado cabe proceder à limitação desses interesses

individuais, de modo a atender ao interesse público, e a proporcionalidade é a medida utilizada por ele. Dessa forma, o agir estatal há de ser proporcional, proporcionalidade esta que há de ser observada entre os meios a serem empregados e os fins a serem alcançados.

O Princípio da Proporcionalidade é composto por três subprincípios: adequação, necessidade, proporcionalidade em sentido estrito, e tem como objetivo conferir parâmetros com maior grau de objetividade à sua delimitação. É válido ressaltar que esses elementos não de ser aferidos na ordem lógica que foram apresentados.

O princípio da adequação incidirá na escolha do meio apto a alcançar o resultado pretendido, ou na utilização deste meio; se não ensejar o alcance do objetivo, que ao menos fomente a sua realização. Eleito esse meio, ele deverá ser o menos gravoso, dentre os disponíveis para a realização ou fomento do fim pretendido; é o chamado princípio da necessidade. Por fim, o terceiro elemento da proporcionalidade pressupõe a comparação entre os meios empregados e os fins colimados, de modo que os meios sejam os menos danosos possíveis, ou seja, o meio a ser utilizado não pode apresentar-se de forma desproporcional ao fim pretendido.

O princípio da proporcionalidade reflete-se em vários aspectos da lei 9807/99. O primeiro reflexo consiste nos destinatários desta proteção: as vítimas e as testemunhas que colaborarem com a investigação ou o processo criminal e que estejam ameaçadas ou expostas a grave ameaça. Logo, não são todas as vítimas e testemunhas que detêm tal proteção, e sim as que se encontram em situações excepcionais. Além disso, é razoável que o Estado leve em consideração, para o fornecimento da proteção, a relevância das declarações da vítima ou de qualquer testemunha para o conjunto probatório do processo criminal, conforme o art. 2º da lei 9807/99¹. Outra situação em que o Princípio da Proporcionalidade deve ser aplicado é quanto à necessidade dessa proteção concedida pelo programa e pelas medidas dela decorrentes, observando quais medidas são necessárias e se atenderão ao fim desejado e, por fim, se serão empregadas de forma cumulativa ou não. Essas medidas estão elencadas no artigo 7º da Lei 9807/99. Como exemplos, temos: a segurança na residência; preservação da identidade; imagem e dados; transferência de residência.

Pode-se observar também a aplicação desse princípio no que concerne ao tempo de duração da proteção, que será de dois anos, podendo ser prorrogado, em circunstâncias excepcionais, se perdurarem os motivos que autorizaram a admissão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após os estudos dos princípios processuais penais aplicados à lei nº 9.807/99, conclui-se que a proteção dada às vítimas e testemunhas coagidas ou sob grave ameaça não atinge os direitos fundamentais do acusado, pois os princípios processuais não são absolutos, podendo ser relativizados, em razão da necessidade de preservação de outros valores do mesmo plano que, eventualmente, possam confrontar.

Sendo assim, nada impede que para a proteção da vítima ou testemunha, outro direito seja mitigado. Nesta seara, a Lei 9.807/99 procura estabelecer programas que busquem a efetividade da proteção às partes e colaboradores do processo, mas sem ferir os aspectos principiológicos constitucionais.

¹ Art. 2º. A proteção concedida pelos programas e as medidas dela decorrentes levarão em conta a gravidade da coação ou da ameaça à integridade física ou psicológica, a dificuldade de preveni-las ou reprimi-las pelos meios convencionais e a sua importância para a produção da prova.

O desdobramento da pesquisa consistirá numa avaliação da efetivação da Lei 9.807/99 no que trata sobre o Programa de Proteção a Vítimas e Testemunhas. Será analisado o histórico da Lei 9.807/99, os requisitos de inclusão e de exclusão desses agentes no programa, bem como fazer uma comparação com as medidas concedidas a vítimas e testemunhas por outros Estados. A pesquisa se desdobrará para a análise de como é a aplicação do Programa de Proteção a Vítima e Testemunha e prosseguindo na pesquisa.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. **O princípio da proporcionalidade aplicado ao direito penal**: fundamentação constitucional da legitimidade e legitimação do poder de punir. Bahia: Revista Forense. vl. 405, 2009.
- BECHARA, Fábio Ramazzini e CAMPOS, Pedro Franco de. **Princípios Constitucionais do Processo Penal – Questões Polêmicas**. Santa Catarina: BuscaLegis, 2005.
- MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Trad. Alexandre Augusto Correia. São Paulo: Saraiva, 1960. v.1 e 2.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais comentadas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- _____. **Manual de processo penal e execução penal**. 7. ed. São Paulo: RT, 2011.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- VALE, Ionilton Pereira do. **Princípios constitucionais do processo penal na visão do Supremo Tribunal**. São Paulo: Forense, 2009.

A INCIDÊNCIA DA CLASSIFICAÇÃO INDICATIVA COMO GARANTIA DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS NAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS

Rodney Rodrigues de Souza

Aluno do Curso de Direito da FA7. Monitor da Disciplina de Direito Penal III.
rodney.rrs@gmail.com

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, ao instituir o Estado Democrático de Direito e todos os seus princípios basilares, outorga à União – em seu art. 21, XVI – o exercício da “classificação, para efeito indicativo, de diversões públicas e de programas de rádio e televisão” e, ao mesmo tempo, garante a absoluta prioridade aos direitos da criança e do adolescente: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária...” (Art. 277, CF).

Como norma constitucional processual, a classificação indicativa sustenta-se com base em dois princípios de grande valor social: o princípio da proteção integral à criança e ao adolescente e o princípio da liberdade de expressão. Isto posto, o presente trabalho objetiva relatar a análise parcial da pesquisa em desenvolvimento sobre a incidência garantista da classificação indicativa nas decisões do Judiciário brasileiro, pormenorizando os avanços da tutela jurisdicional na proteção da criança e do adolescente em face dos meios de comunicação, principalmente, a televisão.

1 ATUAÇÃO JUDICIAL E A CLASSIFICAÇÃO INDICATIVA

A Classificação Indicativa integra o **Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH)** e, conforme salienta o prof. Antonio Jorge Pereira Junior, ela “é meio de fornecer informação ao cidadão acerca do conteúdo dos programas vinculados na televisão, antes de ele tomar contato com o conteúdo que será transmitido. Para controle posterior do eventual abuso há a tutela administrativa – âmbito do Ministério das Comunicações – e há a tutela judicial.” (PEREIRA JÚNIOR, 2011, p. 270). A necessidade da tutela judicial vem crescendo nos últimos anos e tornando-se cada vez mais necessária para a proteção da criança e do adolescente. Cabe à sociedade garantir a proteção integral

desses indivíduos que estão em desenvolvimento físico, mental, espiritual e social (ECA, art. 3º), logo, o judiciário não poderia abster-se de, quando provocado, tutelar com absoluta prioridade os direitos especiais inerentes à criança e ao adolescente.

2 TUTELA JURISDICIONAL: AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Cumpre, agora, revelar como se deu a tutela jurisdicional em face das principais ações judiciais movidas contra emissoras de televisão por ofensas aos direitos e às garantias constitucionais da criança e do adolescente, sob a perspectiva da classificação indicativa como garantia da efetividade dos direitos humanos.

2.1 Ação Civil Pública contra a TV Globo (2000)

A ação civil pública movida pelo Ministério Público, no ano 2000, contra a TV Globo é uma das peças judiciais mais importantes e que inauguram, com excelência, a proteção ao público infantojuvenil.

A novela *Laços de Família*, em horário inapropriado, exibia conteúdo diverso do indicado pelo órgão de classificação do Ministério da Justiça. As cenas eram inapropriadas para menores de 14 anos, com restrição de exibição para após as 21 horas, no entanto a emissora iniciava a exibição às 20h30. Outro fato que se ponderou na decisão foi a existência de atores mirins que atuavam em cenas consideradas violentas.

Em 2004, o STJ proibiu que a novela *Laços de Família* fosse reprisada, às 14:30, pela emissora mesmo esta alegando que editaria as cenas e adaptaria ao horário da exibição. No processo do ano 2000, entendeu o Superior Tribunal que:

Embora os pais, no exercício do pátrio poder, devam orientar seus filhos quanto aos programas inadequados às suas faixas etárias, o aviso de classificação é OBRIGATÓRIO para que se faça a respectiva seleção do que é permitido para cada idade, até porque os genitores, no atual contexto da vida de uma cidade grande como o Rio de Janeiro, não estão em tempo integral em suas residências para efetuar tal controle. Inúmeras são as manifestações na área de psicologia infantil que apontam o excesso de violência e cenas de sexo na televisão como fatores influenciadores para a agressividade, desvio e abusos sexuais na infância e na juventude. (STJ, Medida Cautelar nº 3.339-RJ (2000/0132945-6), Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro).

2.2 Ação Civil Pública contra a Rede MTV (2002)

O Ministério Público de São Paulo, em 2002, ajuizou uma ação civil pública em face da MTV Brasil. Segundo a ação, a perícia técnica detectou “mensagens subliminares, consistentes em cenas de sadomasoquismo” veiculadas em um clipe da emissora que era exibido em horário inapropriado, mais especificamente, em horário com grande número de público juvenil. O caso não obteve decisão judicial final dado o acordo entre a emissora e o Ministério Público. A emissora comprometeu-se de, além de retirar do ar o clipe em questão, promover ativamente os direitos da criança e do adolescente em sua programação.

2.3 Ação Civil Pública contra o SBT (2002)

O SBT, emissora que exibe o programa *Domingo Legal* nas tardes de domingo, foi alvo de ação civil pública arguida pelo Ministério Público de São Paulo em setembro de 2002, pelo

fato de, por volta das 18 horas, ter veiculado sem classificação prévia e sem restrições, imagens de nudez em que mostravam genitais e cenas de insinuações sexuais, agravados pelos comentários inapropriados com conotação sexual do apresentador do programa.

2.4 Ação Civil Pública contra a Rede TV! (2005)

Entre os dias 12 de dezembro de 2005 e 20 de janeiro de 2006, a Rede TV!, após decisão da 2ª Vara Federal da Subseção Judiciária de São Paulo, foi obrigada a transmitir, em substituição ao programa *Tarde Quente*, do apresentador João Kleber, uma série de 30 programas educativos, destinados ao público infantojuvenil e de promoção dos direitos humanos. Conforme arguiu o Ministério Público e outras organizações da sociedade civil, o referido programa violava direitos fundamentais ao exibir cenas de humilhação de pessoas simples e instigava a violência contra determinados grupos sociais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após parcial análise, conclui-se que a tutela judicial, através da ação civil pública, tem eficácia na reparação dos danos causados aos interesses da criança e do adolescente. Resta analisarmos ainda como essas primeiras decisões dos tribunais interferiram e modificaram a conjuntura atual da mídia na proteção dos direitos infantojuvenis.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Bia. et al. Direitos de Resposta: a sociedade civil ocupa a TV!. In: **Classificação Indicativa no Brasil: Desafios e Perspectiva**. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, 2006. p. 263-277.

BRASIL. JUSTIÇA FEDERAL SUBSEÇÃO DE SÃO PAULO, Ação Civil Pública nº 2005.61.00.24137-3 – Rede TV – programa contrário aos direitos humanos e aos interesses da criança. Ano: 2005.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Medida Cautelar nº 3.339 – Rio de Janeiro (2000/0132945-6), Rel. Min. Antonio de Pádua Ribeiro – Os direitos da criança e do adolescente e a novela *Laços de Família*.

_____. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, Ação Civil Pública nº 02.201.689-9 – Rede MTV – propaganda subliminar de conteúdo sexual. Ano: 2002.

_____. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, Ação Civil Pública nº 000.02.902.665. Ano: 2002.

CASTRO, Daniel. **Em liminar, juiz proíbe a exibição de cenas de sexo e de genitálias no SBT**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/ilustrad/fq1110200239.htm>>. Acesso em: 8 Nov. 2014.

JUSBRASIL: **STJ** – Agravo regimental na medida cautelar: agrg na mc 11721 mt 2006/0135636-8. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9054628/agravo-regimental-na-medida-cautelar-agrg-na-mc-11721-mt-2006-0135636-8/inteiro-teor-14234024>>. Acesso em: 08 nov. 2014.

MINISTÉRIO PÚBLICO-RS: **Infração Administrativa**. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/infancia/jurisp/idt263.htm>>. Acesso em: 08 nov. 2014.

OBSERVATÓRIO DA IMPRENSA. **Laços de Família pode sair do ar**. Nov. 2000. Disponível em: <<http://observatoriodaimprensa.com.br/news/showNews/qtv201120007.htm>>. Acesso em: 8 nov. 2014.

PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge. **Direitos da criança e do adolescente em face da TV**. São Paulo: Saraiva, 2011.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. **Juiz manda MTV retirar clipe do ar e indenizar telespectadores**. Nov. 2002. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2002-nov-05/juiz_manda_emissora_retirar_clipe_institucional_ar>. Acesso em: 8 Nov. 2014.

ROMÃO, José Eduardo Elias. **A nova Classificação Indicativa**: construção democrática de um método. *Classificação Indicativa no Brasil: Desafios e Perspectiva*. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, 2006. p.17-48.

VALE, Ionilton Pereira do. **As Dimensões dos Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: ABC, 2006.

RAZÃO E EMOÇÃO:

Uma questão de equilíbrio também no ato de julgar

Ana Maria Moreira de Sousa Mendes Bezerra

Aluna do Curso de Direito da FA7. Relato sob a orientação do prof. Me. Danilo Fontenele (FA7).
aninhabezerra_@hotmail.com

INTRODUÇÃO

O juiz, comumente, é representado, supersticiosamente, como uma figura apática, firme e racional. É deixado de lado, muitas vezes, o fato de ele ser humano, como qualquer outro, apesar de parecer óbvio, trazendo em si uma carga emocional que pode influenciá-lo e, conseqüentemente, as suas decisões, de maneira considerável. É representado, então, como um ser circunstancial e, portanto, imprevisível.

O presente relato pretende ser o ponto de partida para uma pesquisa mais profunda a respeito da importância da emoção no comportamento humano, em especial, no do juiz, e as conseqüências disso.

Essa influência proveniente da emoção, que, vale ressaltar, não alcança apenas o juiz, mas todo e qualquer indivíduo, abre um leque de possíveis discussões, que podem ir desde Freud e o papel do inconsciente na mente humana até as críticas de Damásio a Descartes em sua obra *O Erro de Descartes* (1996). Nesse contexto, o paradoxo Razão/Emoção se faz muito presente na introdução ao assunto, assim como a ideia de separação do método utilizado pelas ciências naturais das ciências humanas, em especial, o Direito. Também, as teses epistemológicas merecem destaque na discussão em questão.

Partindo dessas abordagens pretendidas inicialmente, a pesquisa em questão propõe uma reflexão a respeito de como seria um juiz “ideal”, aquele que é verdadeiramente justo em suas decisões.

REFERENCIAL TEÓRICO

No que tange às discussões introdutórias e essenciais ao assunto em questão, Damásio (1996), criticando o método cartesiano e o racionalismo de Descartes, permite que a discussão sobre emoção seja iniciada. É importante salientar, também, a superação do pensamento comteano de que as ciências humanas caminham no mesmo sentido que as ciências naturais, tornando improváveis a previsibilidade e a elaboração de leis causais e de certezas quando se trata de humanos.

Nesse contexto, ainda, o Positivismo jurídico, que reflete as ideias iluministas do século XVIII, em que há uma crença exacerbada na razão, torna-se enfraquecido e não aplicável com sucesso às ciências humanas, inclusive ao Direito.

Depois de realizada uma breve análise histórica, lançar-se-á um olhar para o Juiz. Nesse sentido, todo e qualquer juiz deve ter, como objetivo, a justiça. Para isso, deve ser imparcial em uma primeira análise do caso concreto, sem se deixar influenciar por simpatias ou inimizades. Até que ponto, entretanto, o caso analisado não vai ter sua decisão comprometida por causa de pensamentos inconscientes, porém inevitáveis, de um determinado juiz? Nesse sentido, os ensinamentos de Freud sobre o inconsciente tornam-se muito importantes para a pesquisa.

Nota-se que não é possível atingir e controlar o inconsciente de um juiz, nem ele mesmo o consegue. O que se mostra possível prever, mesmo que de maneira não absoluta, é o potencial que uma pessoa tem para lidar com situações capazes de mexer com seus pensamentos e sentimentos, como em vários casos concretos analisados por um juiz, que deve manter um distanciamento crítico por mais impressionante que o caso seja para ele. Esse potencial deve ser analisado ainda na seleção para o cargo de juiz; é a análise de parte da Inteligência Emocional, muito discutida por Daniel Goleman (2012).

Faz-se necessária, então, uma avaliação que vá além da técnica formal, adentrando nos aspectos emocionais do indivíduo, quais sejam: como ele lida com pressões, ansiedades, medos e traumas. Assim, um indivíduo que saiba lidar com esses aspectos, normalmente porque apresenta, de certo modo, um autoconhecimento, seria um profissional mais adequado ao cargo de juiz, tendendo a conseguir ser imparcial, mesmo tendo seus preconceitos e ideais. Augusto Cury (2014, p. 19) reforça essa ideia ao defender que o “desenvolvimento de um Eu maduro, capaz de proteger a emoção, gerenciar pensamentos e trabalhar outras funções complexas da inteligência” é mais feliz em suas decisões e na própria vida, de maneira geral.

A autora Lídia Reis de Almeida Prado, em sua obra *O Juiz e a Emoção – Aspectos da Lógica da Decisão Judicial* (2005), contribui com esse tema de maneira extremamente relevante, aliando o Direito e a Psicologia, ao defender que a atual base da teoria do conhecimento é a interdisciplinaridade.

PROPOSTA DE SUMÁRIO

1. Queda do racionalismo exacerbado
 - 1.1. Ciências Humanas X Ciências Naturais
 - 1.2. Positivismo – do ápice ao enfraquecimento
2. A força da emoção
 - 2.1. Daniel Goleman e a falha do QI
 - 2.2. O poder influenciador do Inconsciente
3. Reflexos no ato de julgar
 - 3.1. Distanciamento crítico e aproximação afetiva – O Equilíbrio
 - 3.2. A Imparcialidade e o Justo – O ideal

RESULTADOS ALCANÇADOS E/OU ESPERADOS

Lídia Prado relaciona a postura do juiz com o quadro de Salvador Dalí, em que uma mulher, com toda sua sensibilidade e leveza, abraça um livro grande, rígido e pesado; ela compara essa postura com a que o juiz deve seguir: no ato de julgar, é necessário que seja sensível e cuidadoso ao “abraçar” as leis postas. Desse modo, ele estaria se aproximando de uma decisão justa.

Essa ideia retrata o ponto central que a presente pesquisa destinou-se a estabelecer: é desejado que haja uma busca constante do equilíbrio entre razão e emoção, tanto na vida comum, como no ramo jurídico, mais especificamente no ato de julgar. Então, não se pode ignorar o fato de que o juiz, na vida real, não é – e nem deve ser – apenas racional. Daí a relevância de avaliar a inteligência emocional de um concursando que visa a esse cargo; deve-se avaliar além da capacidade técnica de saber leis e códigos, analisando, também, a sua capacidade de controle emocional e sua vontade de ser verdadeiramente justo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo como base, principalmente, as obras dos autores citados, essa pesquisa pretende ir muito mais adiante, de modo que, no futuro, as ideias aqui lançadas sejam analisadas de modo mais detalhado e aprofundado, da maneira que o tema permite e, até mesmo, exige.

REFERÊNCIAS

CURY, Augusto. **Ansiedade**: como enfrentar o mal do século: a Síndrome do Pensamento Acelerado: como e por que a humanidade adoeceu coletivamente, das crianças aos adultos. São Paulo: Saraiva, 2014.

DAMASIO, Antônio R. **O erro de Descartes**: emoção, razão e o cérebro humano. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

GOLEMAN, Daniel. **Inteligência Emocional**: a teoria revolucionária que redefine o que é ser inteligente. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O Juiz e a Emoção**: aspectos da lógica judicial. 3. ed. Capinas, SP: Millenium, 2005.

ASPECTOS JURÍDICOS DA MODA: ANÁLISE CRÍTICA DO *FASHION LAW* NO BRASIL

Taís Tavares Vieira Pessoa

Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Christus (Unichristus). Bolsista de Iniciação Científica, sob a orientação da Profa. Ma. Camila Figueiredo Oliveira Gonçalves. Estagiária do TJ-CE na Comarca de Caucaia. taistavaresvp@gmail.com

Camila Figueiredo Oliveira Gonçalves

Mestra em Direito Constitucional nas Relações Privadas pela Universidade de Fortaleza. Coordenadora e Professora de Direito Civil do Unichristus. camilafogoncalves@gmail.com

INTRODUÇÃO

O Direito, enquanto ciência social, é (*rectius*, deve ser) um ramo do conhecimento dinâmico, devendo se modificar constantemente para atender satisfatoriamente as necessidades que emergem na sociedade. Em vista dessa não perenidade devido aos influxos sociais, novas áreas de estudo surgem a partir das demandas postas pelo homem no seu constante processo de evolução (PERLINGIERI, 2002). Assim, ramos como Biodireito, Direito do Mar, Direito Virtual se desenvolvem como vias de tutela da pessoa em suas várias facetas. Todavia, ainda há áreas que precisam de regulamentação própria, como a moda.

O estudo da moda é, muitas vezes, desprezado pelos pesquisadores científicos, por ser considerado um ramo superficial (GODART, 2010). Entretanto, é um fenômeno que vem acompanhando a sociedade e seus modelos econômicos, exercendo uma crescente influência em áreas do consumo (SVENDSEN, 2010).

A moda se faz presente nas relações industriais e sociais, e isso pode ser percebido em pesquisas feitas pelo IBOPE, as quais afirmam que, no ano de 2013, o consumo esperado *per capita* de roupas era de R\$ 786,39. Devido a esse crescimento constante, a moda passou a ser vista como fato social (GODART, 2010), pois, além de ser artística, econômica e política, é um fator de identidade pessoal.

Ao se classificar a moda como um fato social, pode-se afirmar que o Direito não deve ser alheio a esse fenômeno. Assim, faz-se mister a existência de uma regulamentação específica para as relações decorrentes da moda, o que justifica o aprofundamento dos estudos relacionados a elas.

Com a pesquisa em desenvolvimento, pretende-se estudar o emergente ramo do Direito da Moda e sua abordagem no Brasil, verificando quais as principais áreas atingidas e suas conexões. Isso será realizado mediante pesquisa documental e bibliográfica, bem como por pesquisa de campo, na qual serão feitas entrevistas com profissionais da moda e do Direito, para que possam expor suas opiniões, e o método da pesquisa será o dedutivo. O estudo será iniciado com uma análise histórica da moda, para, depois, responder-se à seguinte pergunta de partida: como tutelar direitos inerentes à pessoa, como os direitos da personalidade, no ramo da moda?

REFERENCIAL TEÓRICO

A palavra moda vem do latim *modus*, que significa, também, forma de conduzir. Foi no século XV que os franceses começaram a utilizar *mode* (modo), que fazia referência aos gostos e às preferências das pessoas, bem como à maneira que elas se vestiam (POLLINI, 2007).

Entretanto, foi na Renascença o momento em que a moda se destacou (GODART, 2010), pois, mesmo em vista da ruptura com as estruturas próprias do medievo, as pessoas passaram a ostentar a riqueza e, a partir disso, competir. Consequentemente, o Estado e a Igreja, desejando controlar essas atitudes, tomaram providências, como a criação das leis suntuárias. Essas leis reservavam o uso de certos trajes e acessórios a classes específicas, não podendo classes inferiores os adquirir, mesmo que possuíssem recursos. Porém, a proibição aparentemente tornava os objetos mais atraentes, e as leis eram violadas, o que demonstrava o papel das roupas como um importante termômetro do *status* social (SVEDSEN, 2010).

Com a chegada do século XIX, as classes baixas foram atraídas para o mundo da moda, devido à produção em massa. A partir disso, a moda passou a ser uma forma de afirmação da individualidade, visto que existia, também, uma alta produção de acessórios, permitindo que as pessoas demonstrassem sua personalidade (SVENDSEN, 2010).

Assim, é possível visualizar que a moda adquire um importante espaço tanto no mercado de consumo, como na formação da identidade pessoal, demarcando a individualidade do sujeito consigo e com a sociedade (SVEDSEN, 2010). Na contemporaneidade, a maioria das pessoas pode ter acesso à moda, independentemente da sua condição social, sexo ou etnia, mostrando que o conceito atual de moda foi reformulado enquanto fato social, tendo, portanto, repercussões jurídicas relevantes que merecem análise. Tanto assim o é que, segundo uma pesquisa do Pyxis-Consumo IBOPE, a perspectiva do consumo de roupas no ano de 2013 no Brasil era de R\$ 129 bilhões (IBOPE, 2013).

Devido a essa importância econômica com impactos jurídicos, a moda passou a ser mais estudada, existindo, por exemplo, nos Estados Unidos, uma área do Direito em crescimento intitulada *Fashion Law* (Direito da Moda) (JIMENEZ; KOLSUN, 2014), a qual começou a se estruturar no Brasil, visto que São Paulo é considerada a oitava capital mundial da moda¹.

Pode-se afirmar, então, que, com o decorrer do tempo, as relações advindas da moda vêm se complexificando, o que gera um aumento de conflitos (IBAIXE JR; SABÓIA, 2014). Sabendo disso, faz-se mister a existência de uma proteção adequada, objetivando a garantia dos direitos dos indivíduos neles envolvidos.

¹ Existe, em São Paulo, uma Comissão própria na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) intitulada Comissão de Estudos em Direito da Moda.

PROPOSTA DE DESDOBRAMENTOS DA PESQUISA

A pesquisa, em andamento, intitulada “Aspectos jurídicos da moda: análise crítica do *Fashion Law* no Brasil”, tem como objetivo principal analisar a proteção dos direitos, principalmente da personalidade, nesse novo ramo jurídico, investigando sua interação com a moda e a efetivação de sua garantia.

O seu desenvolvimento começará de uma análise histórica, abordando as origens da moda e sua etimologia, até a sua conceituação como fato social total. A partir disso, será estudada a sua interação com a sociedade, com o mercado e, conseqüentemente, com o Direito. Ao final, será abordado o Direito da Moda, investigando sua relação com outras áreas jurídicas, como Direito Empresarial, o Direito Penal e a Responsabilidade Civil, para analisar a possibilidade da moda como um ramo autônomo e como pode ser efetivada a proteção dos relacionamentos advindos dela.

RESULTADOS ESPERADOS

Ao final do trabalho, pretende-se entender melhor o desenvolvimento do *Fashion Law* no Brasil, sua interação com os Direitos da Personalidade e como a efetiva tutela deles pode ser realizada, uma vez que, devido a sua característica comunicativa, ninguém está imune à moda (POLLINI, 2007).

Almeja-se verificar a interação da moda nos Direitos da Personalidade, especialmente no Direito à Imagem (SCHREIBER, 2013), analisando as hipóteses de proteção desse, quais sejam (ABREU, 2014):

- Como manifestação do direito ao próprio corpo;
- Como expressão do direito à intimidade;
- Como objeto de proteção da honra;
- Como poder de autodeterminação individual;
- Como manifestação da individualidade.

Pretende-se, também, analisar a moda no Direito Empresarial enquanto Propriedade Industrial, que tutela o desenho industrial e a marca (BERTOLDI, 2014); e no Direito Penal, que possui um capítulo intitulado Dos Crimes contra a Propriedade Imaterial que visa à proteção da Propriedade Intelectual (BITENCOURT, 2014).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa que se pretende desenvolver com o projeto surge dos questionamentos abordados anteriormente e da necessidade de tutelar direitos inerentes ao indivíduo, visando garantir a dignidade da pessoa humana nas relações decorrentes do direito da moda.

REFERÊNCIAS

ABREU, Lígia Carvalho. **O direito à imagem como matéria fundamental do Direito da Moda**. Disponível em: <<http://revistas.ulusoфона.pt/index.php/rfdulp/article/view/4347>>. Acesso em: 09 nov. 2014.

BERTOLDI, Marcelo M., **Curso Avançado de Direito Comercial**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 3.

GODART, Frédéric. **Sociologia da Moda**. São Paulo: Senac, 2010.

IBAIXE JR, João; SABÓIA, Valquíria. Direito da Moda: um ramo jurídico em construção? In: **Migalhas**. São Paulo, 23 jun. 2014. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI203163,71043-Direito+da+Moda+um+ramo+juridico+em+construcao>>. Acesso em: 06 nov. 2014.

IBOPE. **O mercado de moda brasileiro**. 2013. Disponível em: <<http://www.ibope.com.br/pt-br/conhecimento/Infograficos/Paginas/Mercado-de-moda-brasileiro.aspx>>. Acesso em: 06 nov. 2014.

JIMENEZ, Guillermo C.; KOLSUN, Barbara. **Fashion Law: A guide for Designers, Fashion Executives and Attorneys**. New York: Fairchild Books, 2014.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

POLLINI, Denise. **Breve história da Moda**. São Paulo: 2007.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SVEDSEN, Lars. **Moda: uma filosofia**. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS E ONGs NO SISTEMA DE REDES DA SOCIEDADE GLOBAL COMPLEXA

Ingrid Nayara Nogueira Bastos dos Santos

Aluna do Curso de Direito da FA7. Relato sob a orientação
do prof. Me. Ramon Negócio (FA7)

ingridnbs@gmail.com

INTRODUÇÃO

O estudo ora exposto tem como principal objetivo compreender como se dão as relações de entrelaçamento e influência entre os atores da sociedade global complexa, mais especificamente organizações internacionais e ONGs, e como seus padrões técnicos podem ser decisivos para que suas deliberações tenham força vinculante, ou, pelo menos, fortemente persuasivas, para a tomada de decisões no âmbito jurídico e político dos Estados. A metodologia de pesquisa utilizada foi a de análise de produções acadêmicas sobre a matéria e a observação da dinâmica de relações de influência no cenário internacional.

1 TEORIA DOS SISTEMAS E COMPLEXIDADE

O referencial teórico adotado no presente trabalho colhe lastro nos estudos sociológicos de Niklas Luhmann, a partir do qual é possível ter uma compreensão acerca do que seria sociedade, composta por subsistemas e seus respectivos ambientes e, conseqüentemente, o que caracterizaria, nela, a complexidade. Referida análise guarda especial relevância para a pesquisa ora realizada em razão dos pressupostos que serão aqui adotados, quais sejam, noção de sociedade global e complexa.

Nesse contexto, a partir da utilização da noção de “mundo” como a mais alta referência possível, no sentido que abrange todos os sistemas e ambientes, sendo a unidade entre eles e funcionando como sede para tudo o que acontece ou é plausível de ocorrer, Luhmann propõe a complexidade como uma totalidade de acontecimentos e, no mínimo, duas circunstâncias possíveis, de modo que existiria uma pluralidade de como seria construída a realidade, que seria um produto de somas de ocorrências que acontecem de determinada maneira, mas que poderiam ter sido diferentes.

Dessa maneira, os subsistemas sociais seriam formados não apenas de seus respectivos elementos especializados de comunicação, mas também de conexões relacionais entre aludidos componentes comunicativos, tanto internamente como com outros subsistemas (ou seja, ocorre uma troca de informações, num fluxo contínuo e plurilateral, entre os componentes comunicativos do próprio subsistema e os constituintes comunicativos de seu ambiente, que abrange outros subsistemas).

Portanti tem-se que há um crescimento de relações, de interações e troca de informações entre os componetes de cada sistema, sendo esse aumento proporcional ao aumento de número do possibilidades da própria realidade, e, conseqüentemente, todo esse processo encadeado ensejará o aumento da própria complexidade, pois cada vez mais surgirão novas informações, dentro e fora do sistema, que se inter-relacionarão e gerarão mais informações, o que aumentará a complexidade do meio a partir do número crescente de possibilidades comunicativas e informacionais que podem se concretizar na realidade social. (BAETA NEVES; MONTEIRO NEVES, 2006)¹.

2 SOCIEDADE GLOBAL E REDES

A sociedade global hodierna, dotada de alta complexidade, nos termos anteriormente explicitados, está imersa também em estruturas de redes, no sentido de estruturas sociais abertas nas quais as informações fluem a partir de operações de tecnologia de comunicação. Essas redes são compostas por sistemas de nós interligados, que são o aspecto formal da linguagem, a partir dos quais a rede tem pontos de interseção, de modo que a evolução das redes se dá com o acréscimo ou remoção de nós, de acordo com as alterações que se fazem necessárias para que os programas consigam atingir os objetivos de performance desse trabalho em rede.

Aludidos programas, cuja elaboração social ocorre fora do âmbito das redes em si, funcionarão como diretrizes compulsórias para estas no momento em que forem inscritos na lógica dessas redes, que irão acrescentar, remover ou alterar nós até que sobrevenha um novo programa que modifique os códigos que regem esse sistema operacional.

Nesse diapasão, a área da comunicação é transformada, havendo a comunicação interpessoal, que é constituída no âmbito privado, por atores de interação, e a comunicação mediática, que são os relacionamentos entre instituições e organizações da sociedade e as pessoas que os formam, considerados não como indivíduos, mas como receptores coletivos de informação, sendo por essa razão que a comunicação é essencial na formação de consciência da coletividade e, conseqüentemente, na tomada das decisões políticas e jurídicas. Essa difusão da sociedade em rede, portanto, enseja a formação de inúmeras redes horizontais de comunicação, as quais, independentes da mídia e dos governos, configuram a denominada massa autocomandada (CASTELLS, 2005)².

3 ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS, ONGS E SUA INFLUÊNCIA NAS DECISÕES POLÍTICAS E JURÍDICAS

Nesse contexto de sociedade complexa composta de redes, tem-se que as organizações internacionais, como membros do direito internacional privado, funcionam como campo para a elaboração de tratados internacionais sobre diversas matérias, e produzem atos unilaterais de regulamentação internacional, que podem ser classificados como atos heteronormativos, visto que se dirigem a indivíduos independentes em relação à organização internacional.

Dessa maneira, tais organizações podem ser dotadas de um verdadeiro poder regulamentar externo, de modo que, além de seus atos unilaterais terem o potencial de influenciar na formação de um costume ou mesmo em uma decisão judicial, a partir do reconhecimento de um princípio geral do direito, ainda podem proferir disposições de efeito regulamentar ou decisões

1 BAETA NEVES, Eckert; MONTEIRO NEVES, Fabrício. O que há de complexo no mundo complexo? Niklas Luhmann e a Teoria dos Sistemas Sociais. CLARISSA. Sociologias, Porto Alegre, ano 8, nº 15, jan/jun 2006, p. 182-

2 CASTELLS, Manuel. A Sociedade em Rede: do Conhecimento à Política. Conferência Promovida pelo Presidente da República. 4 e 5 de março de 2005 | Centro Cultural de Belém. Organizado por Manuel Castells e Gustavo Cardoso. p. 16-29.

de alcance geral, que acabam se tornando obrigatórias (no sentido de que não há necessidade de incorporação, sendo os efeitos automáticos) para os Estados que as integram, mesmo havendo a possibilidade de rejeição total ou de reservas por parte destes, o que demonstra o mínimo de discricionariedade que lhes foi conservado.

Essa obrigatoriedade se dá, principalmente, em razão dos padrões técnicos adotados como paradigmas de segurança, por causa da especialidade científica com a qual são elaborados alguns desses atos unilaterais, de modo que, quanto maior o grau de cientificidade, teoricamente, do ato unilateral, maior seria sua força persuasiva e vinculante. O problema é quando são formadas verdadeiras indústrias científicas, como no caso da produção de medicamentos, em que a saúde, como direito, fica à mercê de deliberações no âmbito negocial e, em tese, científico, sendo que a ciência é construída a partir de divergências (VENTURA, 2013)³.

Por sua vez, as Organizações Não Governamentais, especificamente, foram criadas visando descrever e construir um relacionamento específico entre organizações civis e o processo intergovernamental. No entanto, o termo “ONG” tem sido usado para qualquer organização que não seja pública, que não tenha vínculo com o governo, quando seria melhor denominá-las de organizações da sociedade civil, podendo esta ser entendida como uma esfera de interação social entre grupos sociais e o Estado, caracterizada pela cooperação comunitária, estruturas de associação voluntária e trabalhos em rede (*networks*) de comunicação pública.

Essas organizações da sociedade civil, ou, como referidas de modo mais geral, as ONGs, trazem à pauta internacional problemas e discussões específicos relacionados aos grupos que representam, como o *International Rescue Committee*, que oferece assistência para refugiados de guerra e vítimas de catástrofes.

Na sociedade global moderna, as organizações da sociedade civil assumem um papel ainda mais importante na influência de agentes e de instituições determinantes no cenário global. O trabalho em rede (*network*) realizado por elas têm demonstrado efeitos significativos, principalmente na mobilização da mídia internacional, o que acaba por gerar ingerências nas decisões políticas e jurídicas tomadas pelos Estados (KRUT, 1997)⁴.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da pesquisa realizada, é possível depreender que, em um contexto de sociedade global, complexa em todos os seus aspectos, com pluralidades de atores e elementos de comunicação, está imbuída de estruturas de redes (*network*) dentro das quais existem pontos de “nós”, que são pontos de interseção dessa comunicação fluídica. Nesse diapasão, as organizações internacionais e as ONG’s atuam como agentes nessa comunicação horizontalizada, prescindindo de intermediadores midiáticos ou governamentais para que suas informações tenham força influenciadora determinante. Isso ocorreria, principalmente, em razão da sensação de segurança proporcionada pelos padrões técnicos adotados por tais entes, de modo que a ciência acabaria sendo vinculante quando da tomada de decisões políticas e jurídicas.

Ao final da pesquisa, espera-se entender acerca de como ocorrem essas relações de influências decisivas entre esses agentes do cenário internacional em um âmbito de redes, além de averiguar o potencial persuasivo e vinculativo dos padrões técnicos.

3 VENTURA, Deisy. Direito e saúde global – O caso da pandemia de gripe A (H1N1). São Paulo: Outras Expressões; Dobra Editorial, 2013. p. 137-142; 251-259.

4 KRUT, Riva. Globalization and Civil Society: NGO Influence in International Decision-Making. (United Nations Research Institute for Social Development Geneva 1997). p. 11, 49-50.



REVISTA JURÍDICA DA FA7

Normas para publicação

1. A REVISTA JURÍDICA DA FA7 propõe-se a publicar textos jurídicos, cujos originais serão avaliados por pares, no sistema de *double blind review*.
 - a) Os textos publicados expressam a opinião de seus autores e são de sua exclusiva responsabilidade.
 - b) Os textos deverão caracterizar-se pelo uso adequado do vernáculo, pela concisão, pela precisão e pela clareza.
 - c) Será aceita apenas uma versão do texto. O articulista deve realizar toda revisão que julgar necessária, inclusive metodológica, ortográfica e gramatical antes da submissão.
2. O editor informará aos autores se seus textos submetidos para publicação foram ou não aprovados.
 - a) Pequenas alterações no texto serão feitas pelo Conselho Editorial.
 - b) Alterações substanciais serão solicitadas pelo editor ao autor, que terá sete dias úteis, a contar da data do recebimento da solicitação, para fazê-las. Caso o autor não as faça, seu texto será desconsiderado para publicação.
 - c) Não serão aceitas modificações após o envio dos textos para a gráfica.
3. Os textos submetidos para publicação deverão ser enviados à coordenação do curso de Direito da FA7, diretamente para rjurfa7@fa7.edu.br, conforme abaixo:
 - I. em total obediência às normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) e do *Manual de Formatação de Monografia Jurídica*, do Curso de Direito da FA7, que se encontra disponível no sítio eletrônico da FA7;
 - II. gravados em MS Word (.doc) ou BrOffice (.odt), em papel tamanho A4, fonte Arial corpo 12 para texto principal, espaço 1,5 entre linhas e entre parágrafos, folhas numeradas;
 - III. nas citações diretas longas, em fonte Arial tamanho 11, espaçamento simples, recuo do texto de 4 cm;
 - IV. as notas de rodapé, em fonte Arial tamanho 11, devem ter caráter meramente explicativo;
 - V. citações diretas e/ou indiretas no **sistema autor-data**, no próprio corpo do texto. Exemplos:
Antes da citação: “De acordo com Francisco Rezek (2011, p. 72):...”;
Depois da citação: “... (BEVILÁQUA, 1912, p. 39).”
 - VI. referências em conformidade com a norma ABNT NBR 6023/2002.

4. Os textos submetidos para publicação deverão ser classificados conforme abaixo, obedecendo à respectiva extensão:
 - a) **Estudos teóricos/ensaios** – análises de temas e questões fundamentadas teoricamente, levando questionamentos de modos de pensar o Direito e a novas elaborações (extensão em torno de 6.000 palavras). Neste caso, é necessário conter estes elementos pré-textuais: título em português e inglês; nome e breve identificação do autor; sumário; resumo e *abstract* (destacando finalidades, metodologia, resultados e conclusões do documento, com extensão de 100 a 250 palavras cada, mais três a cinco palavras-chave, e respectivas *keywords*). A parte textual deverá ser dividida em: introdução, desenvolvimento (podendo ser subdividido) e conclusão. Como elementos pós-textuais: referências e, se houver, apêndices e/ou anexos.
 - b) **Relatos de pesquisa** – investigações baseadas em dados empíricos, recorrendo a metodologia quantitativa e/ou qualitativa. Neste caso, é necessário conter, no mínimo, introdução, metodologia, resultados e discussão (extensão em torno 4.000 palavras);
 - c) **Comunicações** – relatos breves de pesquisas ou trabalhos apresentados em reuniões científicas/eventos culturais (extensão em torno de 3.000 palavras);
 - d) **Ressonâncias** – resenhas, comentários complementares e réplicas a textos publicados (extensão em torno de 3.000 palavras);
 - e) **Resumos** – de tese, dissertação ou monografia devidamente aprovada e recomendada unanimemente por banca examinadora de instituição de ensino superior, com identificação do professor orientador (extensão: 200 a 600 palavras).
5. Os textos enviados deverão ser acompanhados de termo de declaração preenchido e firmado pelo autor, cedendo gratuitamente seus direitos autorais para publicação e confirmando que já foi submetido a revisor qualificado. O referido termo encontra-se no sítio eletrônico da FA7.
6. Permite-se a reprodução de textos publicados na revista, desde que seja citada a fonte.

Fortaleza, abril de 2013
O editor.