



REVISTA DA
AGU

ANO X nº 33 - Brasília-DF, jul./set. 2012





Revista da AGU

Escola da Advocacia-Geral da União
Ministro Victor Nunes Leal

SIG - Setor de Indústrias Gráficas, Quadra 6, lote 800 - Térreo -
CEP 70610-460 - Brasília - DF Telefones (61) 2026-7368 e 2026-7370
e-mail: escoladaagu@agu.gov.br

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
Ministro Luís Inácio Lucena Adams

DIREÇÃO GERAL DA AGU

Fernando Luiz Albuquerque Faria	Substituto do Advogado-Geral da União
Marcelo de Siqueira Freitas	Procurador-Geral Federal
Hélia Maria de Oliveira Bettero	Procuradora-Geral da União
Adriana Queiroz de Carvalho	Procuradora-Geral da Fazenda Nacional
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy	Consultor-Geral da União
Ademar Passos Veiga	Corregedor-Geral da AGU
Grace Maria Fernandes Mendonça	Secretaria-Geral de Contencioso

ESCOLA DA AGU

Juliana Sahione Mayrink Neiva	Diretora
Filipo Bruno Silva Amorim	Vice-Diretor
Nelida Maria de Brito Araújo	Coordenadora-Geral

EDITOR RESPONSÁVEL

Juliana Sahione Mayrink Neiva

COORDENADOR DA REVISTA DA AGU

Filipo Bruno Silva Amorim

CONSELHO EDITORIAL

Membros Executivos: Antônio de Moura Borges; Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy; Arnaldo Wald; Clarissa Sampaio Silva; Claudia Aparecida de Souza Trindade; Clóvis Juarez Kemmerich; Denise Lucena Cavalcante; Eugênio Battesini; Fabiano André de Souza Mendonça; Fábio Campelo Conrado de Holanda; Fernando Netto Boiteux; Francisco Humberto Cunha Filho; Jefferson Carús Guedes; José Tadeu Neves Xavier; Luís Carlos Martins Alves Jr.; Maria Rosa Guimarães Loula; Natalia Camba Martins; Omar Bradley Oliveira de Sousa; Otávio Luiz Rodrigues Junior; Regina Linden Ruaro; Robson Renaut Godinho; Sérgio Augusto Zampol Pavani.

Membros Eletivos: Adriana de Oliveira Rocha; Adriana Pereira Franco; Alexandre Bernardino Costa; Aluisio de Sousa Martins; Anésio Fernandes Lopes; André Lopes de Sousa; Andrea Dantas Echeverria; Carlos José de Souza Guimarães; Cássio Andrade Cavalcante; Daniela Ferreira Marques; Eliana Gonçalves Silveira; Eliana Pires Rocha; Ewerton Marcus de Oliveira Gois; Fábio Guimarães Bensoussan; Fábio Victor da Fonte Monnerat; Felipe Camillo Dall'Alba; Guilherme Beux Nassif Azem; Humberto Cunha Santos; Ivana Roberta Couto Reis de Souza; Karla Margarida Martins Santos; Marcelo Kokke Gomes; Maria de Fátima Knaippe Dibe; Nilma de Castro Aze; Rosa Maria Pelegrini Baptista Dias; Rui Magalhães Piscitelli; Samuel Alves Andreoli; Sueli Valentin Moro Miguel; Valério Rodrigues Dias.

ABNT_(ADAPTAÇÃO)/Diagramação Niuza Lima /Gláucia Pereira
Capa Fabiana Marangoni Costa do Amaral

Os conceitos, as informações, as indicações de legislações e as opiniões expressas nos artigos publicados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Revista da AGU - Advocacia-Geral da União
Ano XI - Número 33 - Brasília-DF, jul./set. 2012
Periodicidade: Trimestral - ISSN 1981-2035
1 - Direito Público - Brasil - periódico. Advocacia-Geral da União

CDD 341.05
CDU 342(05)



SUMÁRIO

Editorial..... 5

INSTITUCIONAL

Breves Considerações sobre o Sistema Jurídico Processual Americano e a Necessidade de Aperfeiçoamento do Modelo Atual Brasileiro como Exigência da Sociedade Contemporânea
Claudio André Raposo Machado Costa..... 7

ARTIGOS

A Inflação Legislativa no Contexto Brasileiro
Clayton Ribeiro de Souza.....37

A Convenção 189 da OIT e a Ampliação dos Direitos dos Trabalhadores Domésticos no Brasil
The Convention 189 of OIT and the Extension of Domestic Workers' Rights in Brazil
Clemilton da Silva Barros.....65

Autorização para a Transferência de Controle Societário na Saúde Suplementar
Authorization to Transfer of Corporate Control in Supplemental Health
Dalton Robert Tibúrcio.....87

Regime Jurídico da Fungibilidade das Demandas Previdenciárias
Legal Regime of Social Security Fungibility of Demand
Fabio Alessandro Fressato Lessnau.....123

Da Inaplicabilidade da Coisa Julgada *Secundum Eventum Probationis* nas Ações Individuais Previdenciárias como Condição para um Processo Justo
The Inapplicability of Res Judicata Secundum Eventum Probationis In Individual Social Security Actions as a Condition of Due Process
Felipe Simor de Freitas151

O Neoprocessualismo, o Formalismo-Valorativo e suas Influências no Novo CPC
The influences of the Neoconstitutionality at the new CPC
Haroldo Lourenço.....201

Precedente Judicial como Fonte do Direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC
Judicial Previous Decisions As Source Of Law: some considerations by the new CPC
Haroldo Lourenço241

Delegação do Poder de Sanção a Associação Privada com Viés Público: o caso da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica
Delegation Of Police Power To Private Association Vested with Public Interest: the case of the brazilian chamber of Electrical Energy Commercialization
Luiz Eduardo Diniz Araujo273

Lineamentos do Princípio da Boa-Fé Objetiva no Direito Contratual Contemporâneo -Uma Releitura na Perspectiva Civil-Constitucional
Boundaries of the Principle of the Objective Good-Faith in the Contemporary Contract Law . A New Reading Under the Civil-Constitutional Perspective
Michael César Silva
Vanessa Santiago Fernandes de Matos307

PARECER 2011/DECOR/CGU/AGU

Avaliação de Desempenho de Advogado da União submetido a Estágio Probatório
João Gustavo de Almeida Seixas343

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

ADI N. 3510 – A atuação da AGU na Defesa das Pesquisas com Células-Tronco
Filipo Bruno Silva Amorim361

Normas Editoriais 385



EDITORIAL

A Revista da AGU, em sua 33ª edição, tem a satisfação de apresentar à comunidade jurídica uma seleção diversificada de artigos jurídicos que estimularão a curiosidade de todos os seus leitores.

Como tema institucional, o artigo aborda a necessidade de aperfeiçoamento do modelo processual brasileiro tendo como paradigma da análise ao sistema jurídico Norte Americano. Na seção Jurisprudência Comentada, o artigo apresentado promove uma análise descritiva da atuação da AGU no julgamento da ADI 3510. Também são levantados os principais fundamentos deduzidos pelo Acórdão do Supremo Tribunal Federal, a fim de se verificar se a atuação da AGU foi, ou não, decisiva no caso. Na seção Parecer, discute-se a interessante temática da avaliação de desempenho do membro da AGU ainda submetido ao estágio probatório.

Ademais, há diversos artigos versando sobre a temática processual, tais como a fungibilidade das demandas previdenciárias, a inaplicabilidade da coisa julgada *secundum eventum probationis* em ações previdenciárias individuais. Ainda se aborda a temática do neoprocessualismo e suas influências novo CPC e, por fim, o precedente judicial como fonte do direito sob a ótica do novo CPC.

Além de temas processuais, a revista trata da ampliação dos direitos dos trabalhadores domésticos no Brasil sob a perspectiva da Convenção n. 189 da OIT, aborda a inflação legislativa no cenário brasileiro, a autorização para transferência de controle societário na saúde complementar, bem como estuda o caso da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica no que concerne à delegação do poder sancionador a associação privada de viés público. Finalmente, adentra no estudo do princípio da boa-fé objetiva no direito contratual contemporâneo.

Vê-se, deste modo, que este número da Revista da AGU tem o potencial de agradar aos mais variados e exigentes leitores, não somente aqueles com maior inclinação à matéria processual, mas a todos os que têm interesse em se manter atualizados com as novidades do nosso mundo jurídico.

Deste modo, a Escola da AGU se congratula com os autores da 33ª edição da Revista e convida a comunidade jurídica a degustar este excelente material de estudo e pesquisa na certeza de que dúvidas serão sanadas e conhecimentos serão adquiridos por meio do material que ora é disponibilizado.

Juliana Sahione Mayrink Neiva
Diretora da Escola da AGU





**BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O
SISTEMA JURÍDICO PROCESSUAL
AMERICANO E A NECESSIDADE DE
APERFEIÇOAMENTO DO MODELO ATUAL
BRASILEIRO COMO EXIGÊNCIA DA
SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA**

Claudio André Raposo Machado Costa

Advogado da União lotado na Procuradoria da União - Mato Grosso do Sul/MS

Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília (UnB)

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Importância do Papel Desempenhado pelo Advogado e pelo Juiz no Sistema Jurídico Norte-Americano; 2 O Sistema Adversarial e o Julgamento pelo Júri; 3 As Fontes do Direito na *Common Law* e o Processo de Aplicação do Precedente Judicial e da Legislação Promulgada; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo tem como finalidade identificar os problemas e apontar caminhos plausíveis, de modo a permitir que o modelo jurídico processual brasileiro possa atender plenamente às exigências e expectativas da sociedade contemporânea. Apresentam-se alguns aspectos presentes no cotidiano jurídico-processual norte-americano, capazes de nortear possíveis alterações no direito brasileiro ou, até mesmo, de modo a intensificar as mudanças já deflagradas. Através de uma breve análise do sistema norte-americano, faz-se incursão, entre outros pontos, nos meios alternativos de solução da controvérsia, com enfoque no acordo, bem como no papel dos Advogados e Juízes desempenhado no Processo. Descreve-se e procura-se compreender o sistema adversarial, bem como as fontes jurídicas a que os operadores do direito costumeiro recorrem durante o processo de aplicação da lei em sentido amplo e do precedente judicial. Pretende-se com este trabalho, identificar alguns elementos e diretrizes contidos no direito anglo-saxão, mais especificamente naquele adotado pelos Estados Unidos da América, que possam justificar de forma crível o aperfeiçoamento do modelo brasileiro vigente.

PALAVRAS-CHAVE: Modelo Jurídico. EUA. Análise. Processo. Sistema Adversarial. Julgamento pelo Júri. Meios Alternativos de Solução de Controvérsia. Enfoque. Acordo. Fontes do Direito. Sistema da *Common Law*. Aplicação da Lei. Aplicação do Precedente Judicial. Tipos. Efeitos. Modelo Brasileiro. Necessidade de Aperfeiçoamento. Exigências. Expectativas. Sociedade Contemporânea.

ABSTRACT: The purpose of this article is to identify problems and present plausible ways that may permit that the Brazilian Procedure Legal System meet requirements and expectations of contemporary society. The paper cites several aspects existent in the daily North American legal procedure which are capable of providing guidance to possible alterations to Brazilian law and even identifying changes that have already been initiated. By way of short analysis of the North American system, this paper offers alternative solutions to controversies with emphasis on settlements, and also, the role of lawyers and judges in the lawsuit. It also intends to provide an understanding of the adversary system and the legal sources that operators of the common law utilize while in the process of applying enacted law and case law. In short, this article attempts to identify some elements and directives contained in Anglo Saxon law, more specifically those adopted in the United States of America that may credibly justify the improvement of the current Brazilian model.

KEYWORDS: Legal Model. United States of America. Analysis. Procedure. Adversary System. Jury Trial. Alternate ways to solve controversies. Focus. Settlement. Sources of Law. Common Law System. Application of Statute. Application of Caselaw. Types. Effects. Brazilian Model. Necessity of Improvement. Requirements. Expectations. Contemporary Society.

INTRODUÇÃO

O direito tem como objetivo primordial o controle social, cabendo ao Estado desempenhar papel relevante, qual seja exercer a função pacificadora.

Nesse contexto, apresenta-se o sistema processual desempenhando papel fundamental, disciplinando a jurisdição e seu exercício, de modo a assegurar uma ordem jurídica justa.

De outra banda, surge o processo como instrumento viabilizador da consecução de tal função estatal. Mais do que isso, o processo não é um fim em si mesmo, mas sim um conjunto de atos praticados no sentido de viabilizar uma solução jurídica ao caso sob exame, que atenda tanto ao requisito da segurança jurídica quanto ao da justiça.

Sobre essa ótica, valiosa a opinião de Luiz Guilherme Marinoni (2006), emérito professor de Direito Processual Civil, no sentido de que “*o processo não pode ser alheio ao seu produto, isto é, à legitimidade decisão. O processo deve produzir decisões legítimas, ou seja, decisões adequadas aos direitos fundamentais.*”

Hodiernamente, como se vê, o processo, embora instrumental, deve atender plenamente às exigências e expectativas da sociedade contemporânea, que ora se apresenta plural e complexa.

Vale registrar, que sendo a Sociedade, como referido, hipercomplexa, os paradigmas reinantes estão sempre vulneráveis a crises. Para tanto, basta citar o Estado Democrático de Direito consagrado em na Constituição de 1988, cujo surgimento se deu, entre outros motivos, do questionamento oriundo dos movimentos sociais e de defesa dos direitos das minorias, além da inadequação do modelo estatal anterior.

De outro norte, exigências por parte do mundo sabidamente globalizado, não permitem mais a continuidade de culturas, inclusive a jurídica, fechadas e estanques, ou melhor, não há que se falar mais em sistemas obtusos, infensos a interferências alienígenas.

Abandona-se a visão exclusivamente “doméstica” do ordenamento jurídico, já ultrapassada, para agregar ao procedimento de análise e compreensão do sistema processual brasileiro uma visão acerca dos demais sistemas instituídos, fonte de direito comparado. Despido de preconceito, este método se apresenta como um dos melhores meios de se conhecer o próprio ordenamento, o que permite ao Estado Brasileiro construir soluções adequadas às demandas da Sociedade, prestigiando o paradigma anteriormente mencionado.

A mudança de foco é substancial, contribuindo decisivamente para a dinâmica apontada dos paradigmas.

No presente estudo será abordado o universo do sistema jurídico americano, não só pela grande influência política e econômica dos Estados Unidos da América, ao redor do mundo, que ainda persiste inegavelmente nos dias atuais, provocando naturalmente maior interação entre os diversos atores dos dois países, nas mais diversas áreas, mas também pelo desafio de se analisar sistemas diversos, cada qual com sua peculiaridade.

Apresentam-se, então, alguns aspectos presentes no cotidiano jurídico-processual americano, capazes de nortear possíveis alterações no direito brasileiro ou, até mesmo, de modo a intensificar as mudanças já deflagradas. Através de uma breve análise do sistema norte-americano, faz-se incursão, entre outros pontos, acerca dos meios alternativos de solução da controvérsia, com enfoque na transação, bem como do papel desempenhado pelos Advogados e Juízes no Processo. Descreve-se e procura-se, ainda, compreender o sistema adversarial, bem como as fontes jurídicas a que os operadores do direito costumeiro recorrem durante o processo de aplicação da lei em sentido amplo e do precedente judicial.

Merece destaque, por fim, que não se tem a pretensão de se traçar um modelo ideal, mas tão-somente indicar caminhos que possam contribuir para este processo contínuo de aperfeiçoamento do sistema processual brasileiro.

1 A IMPORTÂNCIA DO PAPEL DESEMPENHADO PELO ADVOGADO E PELO JUIZ NO SISTEMA NORTE-AMERICANO

O ordenamento jurídico norte-americano adota o sistema adversarial (*adversary system*), aquele calcado no contraditório do processo, em que se delega à parte a formação e produção da prova. Ao revés, o sistema inquisitorial, adotado no Brasil, onde o princípio dispositivo

encontra-se mitigado, propicia ao Juiz uma participação mais efetiva na formação e produção da prova.

Nessa esteira, observa-se, de imediato, que os advogados participam ativamente na produção da prova, na fase processual chamada de *pretrial*¹, inclusive, presidindo a formação da prova que eventualmente será aceita no julgamento (*trial*).

Não menos relevante, é a atuação do advogado (*attorney*), no que se refere à solução das demandas através de acordo, já que o advogado ao propor a demanda, suporta os custos do seu processamento. Aliás, segundo a “Armerican Rule”², sequer a parte vencedora terá direito aos honorários advocatícios³ (*attorney fees*).

O fato de o advogado financiar a causa, pagando não só as custas processuais⁴, mas também as despesas da dilação probatória, se revela, assim, um fator inibidor de demandas, já que fomenta a realização de acordo.

Nessa esteira, o papel do advogado no sistema norte-americano revela-se fundamental já que cabe a ele filtrar as demandas que serão ajuizadas, inclusive, celebrando acordos, bem como a traçar estratégias no que se refere à produção da prova sem a intervenção do magistrado. Não que no Brasil não o seja⁵, mas, nesse aspecto, a composição entre as partes, como meio de solução de controvérsia, não faz parte, como deveria, do nosso cotidiano jurídico.

Reconhece-se, por outro lado, especialmente no que se refere à fase probatória (*discovery stage*), que aquele que detém mais recursos pode se sobrepor a outra parte, o que é um problema de difícil solução no modelo americano.

1 O processo americano historicamente foi construído em sistema bifásico, dividido em *pretrial* e *trial*.

2 Essa regra é adotada pelo sistema legal americano, sendo assim chamada para distingui-la da chamada “English Rule”, oriunda do direito inglês, em que se permite a parte vencedora seja reembolsada das despesas com honorários advocatícios.

3 Em alguns Estados americanos e no âmbito federal, diplomas legais alteraram essa regra de forma a permitir a parte vencedora o direito aos honorários advocatícios a serem fixados pela Corte. Portanto, a previsão legal é uma exceção a regra geral prevalente.

4 Em geral, no sistema legal americano, se permite no julgamento a fixação de algumas despesas, como, por exemplo, as realizadas com as testemunhas (*witness fees*), que podem ser reembolsadas pela parte vencedora.

5 A Constituição da República de 1988 prevê no Art. 133 que “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

Outrossim, nos Estados Unidos, a exemplo da Inglaterra, a pesquisa e o estudo sobre os precedentes se apresentam de forma vital para o exercício da advocacia, de modo a permitir uma solução adequada ao caso concreto. Mais do isso, estando a parte devidamente representada em Juízo, equilibram-se as forças no processo e pavimenta-se, de maneira apropriada, o caminho para o devido acesso à Justiça, com a edição de um provimento final adequado.

E nesse aspecto, convém salientar, que nos EUA, segundo o teor da sexta emenda à Constituição⁶, a parte só tem direito a um advogado no âmbito criminal, seja através de um defensor público, seja através de um causídico nomeado pela Corte.

Em se tratando de questões cíveis, de modo a preservar um valor fundamental americano, que se encontra materializado no princípio da igualdade de acesso à justiça (*equal access to justice*), as pessoas de baixa renda e as minorias podem ser representadas por advogados, fornecidos por instituições não-governamentais (*legal service organizations*), sem fins lucrativos, que dependem da arrecadação de recursos privados e públicos⁷, bem como do exercício, por parte de alguns advogados, da advocacia *pro bono*.

No direito brasileiro, sem dúvida, em razão das severas desigualdades sociais e da necessidade de se assegurar a igualdade processual em nome da dialeticidade do processo, ao tema, foi dispensado tratamento adequado a nossa realidade, já que a Constituição de 1988 prevê, no seu art. 5º, inc. LXXIV, que o “Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”, cuja função precípua cabe a Defensoria Pública⁸.

Percebe-se, então, que no direito norte-americano o advogado contribui de forma decisiva para uma solução de controvérsia, que se

6 *Amendment VI: In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence.* (grifos não são originais)

7 Notícia veiculada no sítio eletrônico do *Legal Services Corporation - LSC*, organização sem fins lucrativos, criada em 1974, com a finalidade de administrar diversos programas de assistência jurídica gratuita nos EUA, revela que o Congresso americano efetuou, no corrente ano fiscal, cortes significativos, aproximadamente no valor de 15.8 milhões de dólares, nos recursos destinados ao *LSC*, impactando imediatamente em centenas de programas até então desenvolvidos.

8 Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.

apresente em conformidade com algum padrão de justiça. Não é por outra razão, que nos EUA, apresentam-se três fontes de regulação da conduta profissional do advogado: a auto regulação através de entidade de classe equivalente a OAB (*American Bar Association*), o Poder Judiciário e ações ajuizadas (*malpractice suits*) por exemplo, em razão de atos de desídia e incompetência grosseira do advogado⁹.

O aconselhamento e a defesa dos interesses de seu cliente devem ser exercidos de acordo com a ética¹⁰, atuando sempre em favor das posições e interesses daqueles que ele representa.

No que se refere à função exercida pelo Juiz, no sistema norte-americano, esta não se apresenta menos importante, sendo a independência, imparcialidade, vitaliciedade e a exigência de uma atuação segundo padrões éticos, requisitos obrigatórios para se alcançar uma ordem jurídica justa.

No âmbito federal, os Juízes nos EUA não são eleitos¹¹ e sim nomeados (*appointments*) pelo Presidente, de forma vitalícia, após muitos anos de prática, como advogados privados, promotores ou defensores públicos.

Por isso, novos juízes tendem a ser mais velhos do que os nomeados no Brasil. Aliás, no processo seletivo americano não só a prática jurídica é importante, mas também a experiência de vida é essencial para um bom julgamento, pois este, afinal de contas, tem o poder de “criar” a norma (*lawmaking powers*).

E isto é muito importante, uma vez que todos os Juízes e as Cortes têm o poder de proceder à revisão judicial (*judicial review*), analisando no caso concreto, se alguma lei ou ato governamental esta em sintonia com a Constituição.

9 Algumas entidades de classe da advocacia (*Bar organizations*) mantêm seguros (*cliente security funds*), de modo a garantir, no mínimo, o ressarcimento parcial dos prejuízos causados aos clientes, em decorrência de má atuação do causídico.

10 Nos EUA existe a possibilidade da pessoa ser responsabilizada pela utilização indevida do processo, se restar comprovada que sua conduta configura *malicious prosecution* (âmbito criminal) ou *wrongful institution of civil procedures* (no âmbito do processo civil), em decorrência da ausência de justa causa ou de fundamento para o ajuizamento da ação. Existe, ainda, o *abuse of process*, quando num processo criminal ou cível, cujo ajuizamento é permitido, a parte litiga de maneira imprópria durante a sua tramitação (*improbis litigator*).

11 Devido à autonomia dos Estados americanos foram adotados, em nível estadual, diferentes sistemas de escolha dos juízes, tais como a nomeação pelo Governador (*Executive Appointment Systems*) ou através de eleição pela população em geral (*Electorat Systems for Judicial Selection*).

A opção pela nomeação e não pela eleição, segundo a concepção americana, objetiva garantir a independência dos Juízes em relação ao poder político. Isto, aliás, não é recente, já que na época Declaração de Independência, os colonos já se queixavam da dependência dos juízes em relação ao Rei.

Nas Cortes Inferiores os juízes são nomeados pelo Presidente com a aprovação do Senado. Por causa disso, certos costumes e práticas têm surgido nesse processo de nomeação, já que os Senadores do mesmo partido do Presidente têm grande poder de sugerir nomes para as *district courts*, situadas em seus Estados. Mesmo nas Cortes de Apelação (*courts of appeal*), onde a jurisdição é mais ampla e abarca mais de um Estado, o que supõe menos interferência política, ainda assim existe algum tipo ingerência no processo de indicação e nomeação do juiz.

Na Suprema Corte Americana (*United States Supreme Court*) a situação não é diferente, haja vista que se tem nomeado candidatos, com a aprovação do Senado, alinhados com a posição ideológica¹² do partido do Presidente. Isto não quer dizer que os candidatos sejam desqualificados já que o mérito é requisito e há responsabilidade política daqueles que o indicaram.

No Brasil, ao que parece, o poder constituinte pretendeu afastar qualquer ingerência política no processo seletivo de Juízes, fixando como meio de provimento originário do cargo, usualmente, o concurso de provas e títulos¹³.

De qualquer forma, na esfera federal, em que pese a vitaliciedade, o Juiz norte-americano pode ser exonerado de seu cargo, através de impeachment¹⁴, procedimento este a ser conduzido pelo Congresso, por motivo de traição, suborno ou qualquer outro crime relevante, ou

12 Na história da Suprema Corte norte-americana, alguns juízes adotaram, talvez motivados pela vitaliciedade do cargo, posturas contrárias à ideologia do partido político do Presidente que o indicou. A título de ilustração, cita-se o caso do *Chief Justice Earl Warren*, que adotou um entendimento liberal em matéria de direitos civis, embora tenham sido indicado pelo Partido Republicano, cuja posição ideológica é sabidamente conservadora.

13 Constituição de 1988. Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:
I - ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

14 O Congresso americano já removeu alguns juízes federais, a exemplo do Juiz Alcee Hastings do Estado da Flórida, que foi considerado culpado da acusação de suborno.

até mesmo estar sujeito a uma sanção menor, tal como a aplicação da pena de censura.

O procedimento em foco se justifica, uma vez que o Juiz não só aplica a lei ou precedente ao caso concreto, ato mais solene do processo, mas também em razão de seu valioso papel na condução do processo.

De outro lado, para exercer tal mister, contra atos de “desacato” ou “desobediência”, o Juiz pode se valer, segundo sua discricionariedade, de importante instrumento, denominado de *contempt of court*, como, por exemplo, impondo à parte recalcitrante multa ou até mesmo determinando a sua prisão.

Neste particular, assevera Márcio Louzada Carpena, que,

Sem dúvida, a abertura do sistema permite que o juiz aja da maneira que lhe parecer mais correto não somente para atingir o fim último do processo (satisfazer aquele que tem razão), mas também para permitir que ele se desenvolva corretamente. No que se refere à discricionariedade do juiz no Direito norte-americano, Antonio Gidi bem frisou: “Em face da extrema flexibilidade dos poderes discricionários do juiz, diversas medidas podem ser tomadas visando à superação de dificuldades. O limite é apenas o da criatividade das partes e do juiz.”

Enfatiza-se, por fim, ainda segundo as lições do referido autor, que a figura do *contempt of court* representa, sem dúvida, uma norma geral em branco autorizando sanções e punições por atos de desacato à força do juiz, se empregando a todos aqueles que de alguma forma causam embaraço ou resistem o cumprimento das decisões judiciais.

Em vista disso, estas foram algumas considerações sobre o papel do juiz e do advogado, sujeitos do processo que exercem “funções essenciais à justiça”, de modo que o litígio, caso seja necessário, chegue ao seu final de maneira célere, com a solução adequada ao caso concreto.

2 O SISTEMA ADVERSARIAL E O JULGAMENTO PELO JÚRI

Como já descrito, o ordenamento jurídico americano adota o sistema adversarial (*adversary system*), aquele calcado no contraditório do processo, ao contrário do sistema inquisitorial adotado no Brasil, onde o princípio dispositivo encontra-se mitigado, propiciando ao Juiz uma participação mais efetiva na formação e produção da prova.

Não obstante, no modelo anglo-saxão, o que prevalece não é o modelo tradicional, em que Juiz apresenta-se com árbitro passivo, completamente neutro e desinformado, que tinha a única função de auxiliar o livre encontro das partes, mas sua função essencial é a condução do “jogo” e não a escolha e formação da prova.

De qualquer forma, não se pode omitir que todos os sistemas jurídicos lutam pela tomada de decisões por um julgador imparcial e plenamente informado (*strive for decision-making that is impartial and fully-informed*), mas o sistema norte-americano, nesse aspecto, parecer ser mais célere e objetivo.

Nesse contexto, ao contrário do previsto no sistema brasileiro, onde o Juiz é o *dominus processus*, competindo-lhe, de forma exclusiva, a suprema condução do processo, os advogados participam, no sistema norte-americano, como já dito, ativamente na produção da prova, na fase processual chamada de *discovery*¹⁵, *inclusive, presidindo a formação da prova que eventualmente será aceita e apresentada no julgamento (trial)*, a ser realizado pelo Júri (*jury trial*) ou pelo próprio Juiz, também chamando de *bench trial (court trial ou non-jury trial)*. Ao Juiz, de maneira geral, resta a função “passiva” de considerar a evidência produzida, orientando a sua apresentação perante o Júri, ou, se for o caso, decidir a demanda (*bench trial*), não podendo, em qualquer situação, indicar ou solicitar a sua produção.

Evita-se, segundo essa concepção, a quebra da imparcialidade, a qual supostamente poderia ser maculada, quando ao juiz coubesse a reunião das provas.

Em se tratando de fase probatória (*discovery stage*), pode-se dizer que após a resolução de preliminares argüidas pelas partes, inicia-se uma fase de investigação dos fatos alegados, tendo as partes amplos poderes, tal como requisitar a presença, comumente no escritório do advogado de uma das partes, de qualquer um que tenha conhecimento relevante sobre o caso, para que esclareça, sob juramento, o que sabe a respeito dos fatos. Embora este depoimento possa ser por escrito, em geral ele é oral e gravado, para poder ser usado durante a *final pretrial conference*¹⁶ e no *julgamento*.

15 O *discovery stage* pertence à fase *pretrial* e está regulado no âmbito federal, através dos artigos 26 a 37 da *Federal Rules of Civil Procedure - FRCP*.

16 Uma conferência realizada antes do julgamento para estabelecer as evidências que serão levadas ou não ao Júri bem como as questões controvertidas a serem apreciadas, assegurando maior celeridade ao julgamento.

As partes têm direito, ainda, de proceder ao interrogatório por escrito da parte contrária (interrogatories), para que informe o que sabe a respeito da matéria fática. Juntamente com o depoimento, o interrogatório é muito utilizado pelas partes, como meio de reunir as evidências necessárias.

Outro meio de revelar evidências é o pedido de produção de documentos e coisas (*requests to produce documents and things*), sendo que os primeiros dizem respeito a documentos que estejam na posse da parte contrária. Caso seja necessária a obtenção de documentos junto a terceiros, necessita-se, no caso, de uma intimação (*subpoena*) da Corte.

Logicamente, em se tratando de produção de prova, objeções podem ser feitas pela parte interessada, a exemplo de fatos abrangidos pelo sigilo profissional entre médico e paciente.

De outro modo, sendo a prova formada e apresentada pelas próprias partes, pessoas devidamente interessadas na comprovação dos fatos e que detém igual oportunidade (*equal opportunities*) para tanto no processo, o que, de certa maneira, conduz à aparência de justiça (*appearance of fairness*), presume-se que o julgador ou o Júri tenha mais elementos para formar o seu convencimento. Até porque, é natural que as partes procurem explorar ao máximo o valor e o peso das evidências coletadas.

Algumas críticas têm sido realizadas ao sistema adversarial, como o excesso de controle das partes sobre a prova, no *discovery stage*, pertencente à fase *pretrial*, já que as testemunhas podem ser orientadas, bem como que a diferença de poder econômico entre autor (*plaintiff*) e réu (*defendant*) poderia influenciar na qualidade da prova a ser apresentada.

Por outro lado, tal como posto, o sistema adversarial permite que as partes, devidamente informadas e aconselhadas por seus advogados, quando ao provável resultado do julgamento, possam efetuar uma composição amigável.

Se adicionarmos a este argumento, o contínuo incremento do custo do processo, não é por menos, que a maioria das ações movidas nos EUA são resolvidas antes do julgamento, por meio de acordos negociados, por arbitragem, etc. Nesse particular, vale a pena citar o último levantamento realizado pelo Departamento de Justiça americano¹⁷, referente ao ano de

17 Fonte: *Bench and Jury Trials in State Courts, 2005, Bureau of Judicial Statistics, U.S Department of Justice* (endereço eletrônico nas referências)

2005, onde foi constatado que foram distribuídos 7.4 milhões de ações cíveis em toda jurisdição unificada (*unified jurisdiction*¹⁸) e geral (*general jurisdiction*), sendo que apenas 3% de todos os processos, envolvendo responsabilidade por ato ilícito (*tort*), contrato (*contract*) e propriedade (*real property*), decididos na jurisdição geral, foram a julgamento através do Juiz ou do Júri (*bench and jury Trial*). Não só isso, nos 75 mais populosos “counties” (equivalente aos municípios) dos EUA, o número de processos que foram decididos pelo júri ou pelo juiz diminuiu cerca 50% desde 1992 até 2005.

A parte pode alcançar a negociação em qualquer fase do processo, inclusive durante o julgamento ou na fase recursal.

A lei assegura à parte, *verbi gratia*, o direito de oferecer um acordo para julgamento em termos específicos (*offer of judgment*¹⁹), *arcando a parte contrária com os custos decorrentes da indevida recusa*²⁰, *bem como, o direito de solucionar a controvérsia, de forma voluntária, através do meio alternativo de resolução da lide, que melhor se adequa as suas necessidades e objetivos.*

*Em razão do custo anteriormente mencionado, do aumento incessante do número de processos e do próprio impacto negativo, do ponto de vista psicológico e emocional, que o litígio causa às partes, diversas Cortes têm patrocinado e desenvolvido diversos programas, objetivando a resolução alternativa da disputa (alternative dispute of resolution – ADR), tais como*²¹ *a arbitragem e a mediação.*

Nesses casos, a condução por parte da Corte pressupõe a obrigatoriedade da participação das partes, o que não significa estarem submetidas compulsoriamente ao desfecho do caso encontrado pelo árbitro.

-
- 18 A jurisdição será limitada (*limited*), quando só determinadas causas possam ser apreciadas pela Corte. Ao revés, se for permitida à Corte a apreciação de todas as matérias, estar-se-á diante de uma jurisdição geral (*general jurisdiction*). Outrossim, será unificada, se a jurisdição das Cortes que compõe o Poder Judiciário de determinado ente político, for unicamente de caráter geral, ou seja, não for dividida em limitada e geral. Caso contrário, será não unificada (*nonunified*).
- 19 Artigo 68 do FRCP: (a) *Making an Offer; Judgment on an Accepted Offer.*
More than 10 days before the trial begins, a party defending against a claim may serve on an opposing party an offer to allow judgment on specified terms, with the costs then accrued. If, within 10 days after being served, the opposing party serves written notice accepting the offer, either party may then file the offer and notice of acceptance, plus proof of service. The clerk must then enter judgment.
- 20 Se o julgamento obtido ao final for menos favorável que a oferta, a parte que recusou será responsabilizada pelas custas do processo, a partir de então.
- 21 Nos EUA existem muitas outras formas de solução alternativa da disputa, como, por exemplo, *case evaluation, conciliation, settlement conferences, fact finding, mini-trials e summary jury trials.*

O direito a um julgamento, conforme o caso, por um Juiz ou através do Júri não lhe é negado. Entrementes, e isto é importante, os custos do processo e dos honorários do árbitro também, neste caso, poderão ser imputados à parte recalcitrante se o resultado do julgamento for menos favorável do que a solução alternativa posta anteriormente²².

A tentativa de “composição”, no sistema alienígena, também pode se dar por meio de iniciativa das partes, da legislação ou por disposição contratual.

No Brasil, em que pese os esparsos esforços do legislador, a solução da lide, seja mediante meio alternativo de solução de controvérsia, seja através de uma composição no processo, não tem recebido o devido tratamento jurídico.

Não só isso, alteração legislativa recente, abordando o tema, infelizmente foi acimada de revelar inconstitucionalidade material, como restou decidido pela Seção Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, o qual considerou que a ausência da tentativa de conciliação, no âmbito da Comissão de Conciliação Prévia, instituída pela art. 625-D, da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, introduzido pelo art. 1º da Lei nº 9.958, de 12.1.2000, não constitui ausência de pressuposto processual ou condição de agir. Entendeu-se que a submissão à Comissão é na verdade facultativa.

O Supremo Tribunal Federal²³ também já enfrentou essa questão, deferindo parcialmente medida cautelar, para dar interpretação conforme a Constituição, relativamente ao referido dispositivo legal, no sentido de desobrigar o trabalhador de submeter-se à Comissão de Conciliação Prévia, sob pena de violação do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto no inciso XXXV, do art. 5º, da Constituição de 1988.

O que se observa, até o momento, é que as iniciativas do legislador ainda são incipientes, não se introduzindo em nosso ordenamento, de maneira clara, qualquer reprimenda ou forma de “coaço”, para que os litígios sejam resolvidos precocemente, ao invés de se eternizarem nos

²² *Using Mediation and Arbitration to Resolve Legal Disputes*. Fonte: FINDLAW (endereço eletrônico nas referências).

²³ Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.139-MC – Medida Cautelar em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, cujo relator para o acórdão foi o Ministro Marco Aurélio. Decisão proferida pelo Plenário em 13.05.2009

gabinetes de Juízes e Desembargadores, assoberbados de trabalho. Isso porque, a entrega da prestação jurisdicional importaria na concessão de objeto, muitas vezes, semelhante ao que foi ofertado numa conciliação ou foi decidido pelo árbitro, no processo de arbitragem.

Questão também importante, considerando que a legislação processual civil nos EUA visa na prática assegurar um procedimento justo, célere e econômico²⁴, é saber se o Júri civil, instituto estranho ao direito brasileiro, hodiernamente, é um instrumento útil para a afirmação desses princípios. Mais do que isso, se a decisão do Júri detém maior grau de legitimidade.

Conforme o que dispõe a 6ª emenda à Constituição americana, já transcrita, o julgamento pelo Júri é garantido no âmbito criminal. Já no civil (âmbito federal), o direito ao julgamento pelo Júri é assegurado nos processos em que é aplicada a *common law* (diferentemente da “equity”), pelo teor da 7ª emenda à Constituição²⁵.

Todavia, ao contrário do que ocorre no ambiente criminal, em que a parte deve renunciar expressamente ao julgamento pelo Júri, no civil, segundo a dicção do artigo 38 do *Federal Rules of Civil Procedure - FRCP*²⁶, o direito ao julgamento pelo Júri depende de provocação da parte.

Observando a dimensão histórica, a Magna Carta de 1215, do Rei João Sem Terra, já previa “o direito de um homem livre ser julgado por seus pares”.

Abordando a tema, exclusivamente por esse aspecto, encontrar-se-á uma justiça “perfeita”, legitimada pela participação da população²⁷ no processo decisório, já que *feita pelo povo para o povo*.

24 Este raciocínio deflui do teor do artigo 1 do FRCP: These rules govern the procedure in all civil actions and proceedings in the United States district courts, except as stated in *Rule 81*. They should be construed and administered to secure the just, speedy, and inexpensive determination of every action and proceeding. (grifo nosso)

25 *Amendment VII: In Suits at common law*, where the value in controversy shall exceed twenty dollars, the right of trial by jury shall be preserved, and no fact tried by a jury, shall be otherwise re-examined in any Court of the United States, than according to the rules of the common law. (grifo nosso)

26 *On any issue triable of right by a jury, a party may demand a jury trial by:*
(1) serving the other parties with a written demand — which may be included in a pleading — no later than 14 days after the last pleading directed to the issue is served; and
(2) filing the demand in accordance with *Rule 5(d)*.

27 No Brasil, a legitimidade da decisão judicial sempre se encontra no procedimento e não na sua origem, uma vez que o agente político em comento não foi eleito, através do voto popular.

Todavia, o reconhecimento desse aspecto democrático não basta, já que a realização do júri civil agrega custos, muitas vezes exorbitantes, optando as partes, por essa razão, preferencialmente pela transação. De igual modo, os jurados são basicamente leigos, o que significa que suas decisões não necessariamente conduzem à melhor solução ou a mais justa para o caso analisado.

De mais a mais, nos dias atuais, devido à imigração, constata-se um ambiente de diversidade cultural, preferindo o causídico americano, dependendo do objeto jurídico em discussão, não arriscar sua tese perante o júri.

Devido aos fatores já descritos, a sua opção é exercida de forma criteriosa, sendo que o interesse no julgamento pelo Júri está, a par deste ser visto como uma garantia constitucional, correlacionado precipuamente à tentativa de alguns advogados de alcançar indenizações vultosas no campo da responsabilidade civil.

Constata-se, então, que o julgamento de causas cíveis pelo Júri, a par da legitimidade de suas decisões, na maioria das vezes, não atende às modernas diretrizes que devem nortear os atos praticados no processo, onde deve imperar a celeridade e economicidade, sem abnegar, no entanto, de provimento final dotado de certo grau de justiça.

Por essas razões, a introdução do Júri civil no ordenamento jurídico nacional²⁸ não se revela de grande utilidade, o que não impende, dependendo da importância do bem jurídico tutelado e da repercussão do caso perante a Sociedade, que a decisão possa ser tomada pelos jurados, a exemplo das ações coletivas (*class action*).

²⁸ Em caso mais complexo, em se discutia a homologação de sentença estrangeira, proferida pelo Júri, no âmbito cível, o Excelso Pretório já firmou entendimento, em sede de Sentença Estrangeira Contestada – SEC nº 4.415, cuja relatoria coube ao ex-Ministro Francisco Rezek (decisão proferida em 11.12.96 e publicada em 03.04.98), no sentido de que *o sistema do júri civil, adotado pela lei americana, não fere o princípio de ordem pública no Brasil*, uma vez que a sentença foi devidamente fundamentada com invocação da legislação norte-americana respectiva, do veredicto do júri, bem como das provas produzidas. A decisão em comento foi além, restando esclarecido que as bases principiológicas, a exemplo do princípio do devido processo legal (*due process of law*), que sustentam os dois arcabouços jurídicos, brasileiro e norte-americano, são semelhantes.

3 AS FONTES DO DIREITO NA *COMMON LAW* E O PROCESSO DE APLICAÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL E DA LEGISLAÇÃO PROMULGADA

Os Estados Unidos da América adota o sistema jurídico da *Common Law*²⁹, baseado na doutrina do *stare decisis*, com ênfase no precedente judicial.

O sistema tradicional da *Common Law* foi trazido pelos colonos ingleses, tendo sua origem em 1066, época em que os Conselheiros do Rei viajavam por toda a Inglaterra, resolvendo disputas baseadas em regras locais, mediante decisões que viriam a ser adotadas nas disputas similares posteriores.

Da mesma forma, as disputas em que havia interesse nacional eram decididas em Westminster, através de Cortes constituídas pelo Rei, impondo-se uma lei comum (*common law*) a toda Inglaterra, suplantando-se os direitos costumeiros e particulares de cada tribo dos primitivos povos.

Ao contrário do que ocorre no sistema romano-germânico (*civil law*), inclusive no Brasil, os precedentes têm papel fundamental, sendo que a base e a evolução do direito seria feito pelo próprio Juiz em suas decisões (*judge made law*).

De outra banda, as fontes do direito são modos de formação e revelação de regras jurídicas, sendo que a lei *lato sensu* e a jurisprudência são fontes estatais. Entretanto, no direito brasileiro, a lei se caracteriza como fonte primária ou direta, pois tem força suficiente para dizer o direito, enquanto a jurisprudência se caracteriza como fonte secundária, já que de per si não tem a força da primeira, embora esclareça o espírito do aplicador da lei.

Tal posicionamento adotado no Brasil ainda prevalece, em razão de se acreditar que a segurança jurídica só possa ser encontrada na abstratividade do texto legal. Mais do que isso, a aceitação por parte do modelo brasileiro da regra *judge made Law* encontra obstáculo na doutrina da separação de poderes, que se apresenta como o mecanismo de organização das funções estatais (legislativa, executiva e judicatura), cuja criação do direito cabe precipuamente ao Poder Legislativo.

²⁹ Todos os Estados americanos, a exceção do Estado da Louisiana que adotou o sistema da *civil law*, filiaram-se a corrente da *common law*.

Já no direito norte-americano, ampliando a abordagem sobre o assunto, segundo a doutrina do *stare decisis*, expressão decorrente do brocardo latino *stare decisis et quieta non movere* (que as coisas permaneçam firmes e imodificadas, em razão de suas decisões), o precedente judicial deve ser seguido por questões de uniformidade, justiça e previsibilidade (*consistency, fairness and predictability*).

Por sua vez, nem todos os precedentes judiciais possuem efeito vinculante (*binding effect*). Ao revés, eles podem ser dotados de efeito persuasivo (*persuasive effect*), sem qualquer obrigatoriedade ou vinculação.

O efeito vinculante deve observar a jurisdição da Corte que emite a decisão, a exemplo, no âmbito federal (*Federal Court System*), das decisões das Cortes de Apelação (*Federal Courts of Appeals*) que devem ser seguidas pelas Cortes inferiores³⁰ (*District Courts*) da sua Região (*circuit*). Da mesma forma, em se tratando de Suprema Corte norte-americana (*U.S. Supreme Court*), todas as outras Cortes do país, incluídas as estaduais, devem seguir os princípios estabelecidos na decisão sobre o caso concreto envolvendo legislação federal. Todavia, decisões de Cortes de Apelação de outras regiões são meramente persuasivas em relação às Cortes das demais, bem como as decisões das Cortes estaduais (*Trial Courts, Appellate Courts* e, caso exista no sistema jurídico de determinado Estado da Federação, a *State Supreme Court*) de determinado ente federativo não vinculam as Cortes dos demais.

Outrossim, diversas técnicas são utilizadas para confirmar ou não um precedente, bem como para se chegar à conclusão de que não é o caso de segui-lo, tendo em vista a inexistência de identidade de *ratio decidendi*³¹.

A utilização da técnica da revogação do precedente (*overruling*) pressupõe o uso, de forma prévia, da técnica do *distinguishing*, verificando, de forma cuidadosa, se há identidade entre os fatos fundamentais e determinantes, referidos no precedente anterior, e aqueles apresentados no caso que se pretende julgar, tudo de modo a detectar se é caso de superar ou não o precedente vinculante.

Até mesmo quando constatada a identidade acima mencionada, se houver a devida fundamentação, os precedentes podem ser anulados

30 Trata-se de um precedente vertical já que deve ser obedecido em razão da hierarquia.

31 Alguns denominam de “holding”, que pode ser definido como a regra ou princípio aplicado aos fatos específicos do caso concreto.

(*overruling prior decisions*), ou seja, se for detectado que não se justificam mais os motivos que embasaram o entendimento anterior, ou se a aplicação da decisão anterior puder causar consequências nefastas às partes. Assim, se for verificada, diante do caso concreto, que a decisão anterior é manifestamente absurda ou injusta, o Juiz deve superá-la.

Oportuno lembrar, que um precedente meramente persuasivo, por exemplo, oriundo de uma Corte distinta, que naturalmente fixou entendimento diverso, pode subsidiar o raciocínio utilizado para a revogação do pensamento jurídico externado por meio do precedente vinculante.

Nos EUA, os Juízes podem aplicar, conforme o caso, além do precedente judicial³², a legislação promulgada (*enacted law*), tais como a Constituição, que devido a sua supremacia (*the supremacy clause*) faz dela a lei que deve ser seguida em todo o país (*the supreme law of land*); os Estatutos (*Legislative codes/ Statutes*), que são as leis promulgadas pelo legislativo federal, estadual e local; os Tratados firmados com nações estrangeiras, através do Presidente e ratificados pelo Senado, com a mesma hierarquia da legislação federal; as regras da Corte (*Court Rules*), que estabelecem os procedimentos a serem seguidos nas Cortes Federais ou Estaduais, a exemplo, no âmbito federal, do Código de Processo Civil (*Federal Rules of Civil Procedure*) e do Código que trata das evidências que serão introduzidas como provas no processo, tanto civil como criminal, para fins de julgamento do caso concreto (*Federal Rules of Evidence*), ambos com a mesma hierarquia da lei; os Código Administrativos (*Administrative Agency Rules and Decisions*) contendo regras editadas pelas Agências (*Administrative codes*) e decisões adotadas nos julgamentos administrativos (*Administrative decisions*).

Portanto, o precedente judicial (*case law*), ao lado da legislação promulgada (*enacted law*), é fonte primária (*primary authority*) do direito e em regra devem ser seguidos (*mandatory authority*) e tem efeito legal no futuro, como visto, em razão do princípio do *stare decisis*, devendo o Juiz analisar detidamente se o ponto ou questão sob análise, deve ser esclarecido segundo a ótica da *common law* ou observada a *enacted law*, residindo, neste ponto, uma das grandes diferenças do modelo brasileiro, já que o *modus operandi* utilizado pelo Juiz para resolver uma disputa judicial é diverso.

32 Existem duas espécies de precedente judicial. O *common law caselaw*, que se aplica às controvérsias regidas pelo direito costumeiro (*common law*) e o precedente que interpreta a legislação promulgada (*caselaw interpreting enacted law*).

No sistema jurídico brasileiro, a decisão judicial, proferida no caso concreto, via de regra³³, não é vinculante, devendo o julgador, ater-se aos ditames da lei em sentido amplo, segundo a hierarquia da fonte do direito.

Vale lembrar, que o precedente judicial, como nível hierárquico inferior, entre as fontes obrigatórias de direito anglo-saxão, pode ser revogado ou modificado pela lei (*statute*) editada pelo Poder Legislativo, como lhe aprouver. Nesse aspecto, o princípio da supremacia legislativa (*principle of legislative supremacy*) prevalece.

De mais a mais, segundo a ótica da hierarquia, o precedente judicial também pode ser afastado por dispositivos constitucionais ou por uma regra administrativa editada pelas agências, dentro de sua competência.

Igualmente ao precedente judicial (*common law caselaw*), o precedente que interpreta a legislação promulgada (*caselaw interpreting enacted law*), também deve seguir a regra do *stare decisis*, revelando-se fonte do direito para os demais casos, em situação fática semelhante. Porém, essa espécie de *caselaw* tem a mesma hierarquia da legislação que é interpretada, devendo o legislador estar atento a esse fato, quando da tentativa de revogar ou alterar o precedente, ou seja, o precedente judicial interpretando a Constituição prevalece sobre a lei conflitante e só pode ser revogado ou alterado pelo Poder Legislativo através de procedimento legislativo específico, mais especificamente por meio de emenda constitucional. Da mesma forma, o precedente interpretando a lei em sentido estrito prevalece sobre a *common law* e assim por diante.

Outrossim, a décima emenda³⁴ à Constituição Americana, refletindo o pensamento prevalente à época, neste particular, nitidamente estadista e não federalista, durante o processo criativo do Estado Federal, conferiu

³³ No Brasil há uma tendência da abstrativização do controle difuso, de certa forma, ainda incipiente, sem a necessidade de atuação do Senado Federal (art. 52, inc. X, da Constituição da República de 1988) ou a edição de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal (art. 103 – A, *caput* da CR/88), como citado pelo doutrinador Fredie Didier Júnior, em sua festejada obra “Transformações do Recurso Extraordinário. In: Processo e Constituição. Estudos em homenagem a professor José Carlos Barbosa Moreira”, ao fazer abordagem sobre as transformações sofridas pelo Recurso Extraordinário. Essa tendência de abstrativização dos efeitos do controle concreto de constitucionalidade pode ser vista em alguns julgados do Excelso Pretório, a exemplo do julgamento ocorrido na Reclamação 4335/AC, cuja relatoria coube ao Ministro Gilmar Mendes.

³⁴ Amendment X: *The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people.*

aos entes da federação (Estados) os poderes não delegados à União pela Lei Fundamental, nem por ela negados aos Estados-Membros. Por outro lado, em homenagem à autonomia dos Estados, coube à União, tão-somente, os poderes expressos.

Com efeito, diante da limitação legislativa da União e de outros fatores decorrentes do federalismo, a *common law*, no âmbito estadual, aplica-se a várias áreas do direito de um determinado Estado da Federação, tais como ao direito (*tort law*) que trata da responsabilidade civil extracontratual, em razão de ato ilícito (*non-contractual civil wrongs*), do contrato (*contract law*) e da propriedade (*property law*). De outro norte, o domínio da *common law* federal é mais restrito, necessitando, inclusive, em determinados casos, que sejam claros, fortes e exclusivos os interesses federais que precisam ser protegidos, a exemplo de disputas entre dois Estados.

Entretanto, isso não quer dizer que uma área, amplamente regida pelo *common law*, não possa ser regulamentada por outras fontes do direito, em especial a *enacted law*.

Na *tort law*, por exemplo, embora as cortes tenham o poder de determinar os contornos ou até modificar os elementos básicos da responsabilidade civil e suas excludentes (*defenses*), inclusive, criando novos atos ilícitos, a legislação promulgada também se ocupa dessa função, como uma resposta a necessidade de reforma do sistema, porém limita-se geralmente à questões processuais e ao valor e tipos de indenizações³⁵.

Da mesma maneira, como ocorre no *common law caselaw*, o precedente interpretando a legislação promulgada também pode ser revogado pela alteração da lei ou Constituição posterior, conforme o caso, já que, como dito, o *caselaw interpreting enacted law* tem a mesma natureza do ato normativo interpretado.

Importante lembrar, que apesar das considerações expostas até o momento, não há como afirmar que o sistema norte-americano, hodiernamente, seja basicamente vinculado a *common law*. Ao contrário, a partir de 1930, inaugurou-se o período chamado de “Age of Statutes”,

³⁵ Em alguns estados americanos, por exemplo, a legislação disciplinou que os *punitive damages* (indenização punitiva), que objetivam a prevenção de danos futuros e são estabelecidos quando o dano é marcado por grave negligência, malícia ou opressão, não podem exceder três vezes o valor dos *compensatory damages* (indenização compensatória), cuja função é meramente reparar o prejuízo sofrido.

no qual o direito previsto em lei (*statutory law*) expandiu-se entre os cinquenta estados americanos, seja para substituir o direito costumeiro, seja para criar novas áreas do direito.

Em que pese esse processo, a abordagem das leis no sistema do *civil law*, referência no Brasil e onde foi negado ao Poder Judiciário a função de “legislar” ou de “criar” o direito, continua diversa da abordagem na *common law*, já que o preenchimento das lacunas no direito escrito deve ser realizado, conforme a função precípua do Poder Legislativo, através dos princípios gerais decorrentes da própria legislação. Até porque, embora sujeitas a se tornarem obsoletas, o espírito é de que as leis sejam duradouras, necessitando, por isso, de uma “interpretação” flexível da norma escrita, com a utilização, de diversos meios de interpretação e integração.

Já no sistema da *common law*, os juízes vêem as leis como contendo regras específicas que serão aplicadas de forma justa de acordo com seus termos, mas não além. Logo, qualquer aspecto fora da lei, deve ser regido pela *common law*, ambiente jurídico onde devem ser encontrados os princípios gerais. Embasa-se também o presente raciocínio, no fato de que se o sistema da *common law* se desenvolveu anteriormente nos EUA, pressupõe-se que eventuais lacunas já foram preenchidas pela *common law*.

Nesse contexto, apresentam-se alguns métodos de interpretação da legislação (*statutory interpretation methods*), sendo que geralmente as cortes acreditam que a interpretação das palavras contidas na lei deve ser de tal forma que se possa dar cumprimento aos propósitos estabelecidos pelo legislador.

Dentre as regras existentes, que tem como propósito determinar o alcance e o sentido do preceito, cita-se exemplificativamente a interpretação com base na “Plain Meaning Rule”, regra essa que valoriza a interpretação literal, não havendo necessidade de analisar a dimensão histórica da norma ou a sua história legislativa (*legislative history*). Ao que parece, tal método parte da errônea premissa que as palavras têm um único significado e que o sentido da lei encontra-se tão-somente nas palavras contidas na lei aprovada. Mais do que isso, não há como negar, por exemplo, que os relatórios das comissões (*committee reports*), emitidos pelas duas Casas do Congresso Americano³⁶, durante a tramitação do projeto de lei, são de grande valia ao intérprete.

³⁶ O Congresso americano é bicameral. *Senate* (equivalente ao Senado brasileiro) e da *House of Representatives* (equivalente à Câmara dos Deputados).

Podemos citar, ainda, sem a pretensão de esgotar o tema, a “Social Purpose Rule”, cuja abordagem diz respeito à finalidade social da norma, o que conflita, inevitavelmente, com a aplicação da “plain meaning rule”.

No que se refere ao controle de constitucionalidade, o modelo americano apenas adota, ao contrário do brasileiro³⁷, o sistema difuso, o qual permite que qualquer Corte, em qualquer nível de jurisdição, possa examinar arguição de inconstitucionalidade de lei ou ato governamental realizada pela parte interessada, num caso concreto (*judicial review*).

Embora o sistema adotado seja descentralizado, impõe-se dizer que a última palavra em questões correlatas à declaração de incompatibilidade da lei com a Constituição é da Suprema Corte Americana (*The U.S. Supreme Court*), sendo tal fato tão relevante, que reflete na própria atuação dos advogados e juízes, que consideram importante até mesmo aqueles comentários ou declarações incidentais (*obiter dictum* ou *dictum*), de caráter meramente persuasivo e não vinculante, que não fazem parte das razões essenciais³⁸ (*ratio decidendi*), contidas nas decisões constitucionais. Cabe, então, às demais Cortes, ao analisar a controvérsia suscitada pela parte, proceder de maneira prévia um exame rigoroso quanto à plausibilidade da inconstitucionalidade alegada, de modo a “preservar” sempre que possível a autoridade da Suprema Corte.

Cumprir registrar, por oportuno, que a interpretação das disposições constitucionais é diversa do método utilizado pelas Cortes em geral, no que se refere às leis.

O enfoque a ser dado pelo intérprete depende do grau de clareza do texto constitucional, sendo que, ao contrário da abordagem utilizada no precedente quando da interpretação da lei em sentido estrito (*case law interpreting statute*), utiliza-se um método interpretativo flexível no processo de se determinar qual princípio constitucional foi violado.

Essa flexibilidade permite ao Juiz um amplo espaço para introduzir em seu raciocínio argumentos políticos, econômicos e sociais, o que

37 A Constituição de 1988 prevê ambos os sistemas difuso e concentrado.

38 Ao contrário do *dictum*, a razão de decidir tem eficácia vinculante, o que a torna peça chave nesse processo de definir que parte da decisão tem o condão de vincular as decisões posteriores. É na concepção de Professor Arthur L. Goodhart tão-somente aqueles fatos tidos como fundamentais para o juiz (*material facts*) e também a sua conclusão que deve ser fundamentada nesses mesmos fatos fundamentais. GOODHART, Arthur L. *Determining the ratio decidendi of a case*. The Yale Law Journal, Vol. XL, N. 2 dec. 1930.

provoca, de fato, uma enorme discussão quanto ao papel das Cortes, em especial da Suprema Corte dos EUA, que ao invés de “aplicarem” simplesmente a lei, engajam-se num ativismo político. Aliás, não é de se estranhar a existência de tal controvérsia, considerado o processo de nomeação dos juízes federais americanos (escolha pelo Presidente com a aprovação do Senado americano), em especial da Suprema Corte³⁹.

Logicamente, que os termos gerais contidos na Constituição norte-americana, tais como liberdade (*liberty*), devido processo (*due process*) e igual proteção das leis (*equal protection of the laws*⁴⁰), favorecem o aparecimento do ativismo político, já que o espectro das palavras utilizadas depende de determinada visão política do julgador.

Na verdade, os direitos individuais previstos e protegidos na Constituição dos EUA são diversos, o que se revela como uma grande barreira para a edição de leis ou atos governamentais inconstitucionais naquele país. A título exemplificativo, no que se refere à aplicação da cláusula do *equal protection of the laws*, a Suprema Corte decidiu, mais especificamente no ano de 1954, ainda hoje considerada uma das mais importantes decisões proferidas, que o tratamento diferenciado, baseado na raça, constituiria uma forma de discriminação racial (*racial discrimination*). Assim, através da célebre decisão proferida no caso *Brown v. Board of Education*, aplicado por analogia a todos outros atos governamentais de segregação racial⁴¹, coibiu-se, ainda que tardiamente, a discriminação de pessoas negras nas escolas públicas, apartadas das demais escolas frequentadas pelos alunos brancos, mesmo em caso de estruturas semelhantes.

Nessa mesma trajetória, mais tarde, muitas leis federais estenderam essa proteção contra a discriminação, aos atos praticados no âmbito privado, com a edição do *Civil Rights Act de 1964*.

Pelo que foi dito até o momento e a par das vinculações a que o julgador se submete, em decorrência da aplicação do precedente judicial e da lei, não se pode dizer, como descrito, que o intérprete norte-americano não tenha a sua disposição instrumentos para trabalhar, de acordo com a realidade, a complexidade da tensão produtiva existente

39 A Suprema Corte dos Estados Unidos da América é composta de nove Juízes, um presidente (*Chief of Justice*) e oito *associate justices*. Fonte: sítio eletrônico *United States Courts*.

40 A cláusula da igual proteção da lei contida na 14ª emenda à Constituição americana prevê que nenhum Estado deve negar a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição tal direito.

41 Banheiros públicos eram divididos em “Homem”, “Mulher” e “Pessoas de cor”. *Public restrooms were divided into “Men”, “Women” and “Colored”*.

entre texto e sentidos normativos, em outros termos, entre segurança jurídica (*fairness*) e justiça (*justice*).

Do mesmo modo, o intérprete brasileiro não permanece insensível ao que acontece ao seu redor, já que deve prevalecer a unidade da Constituição, cujo postulado “*obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existente entre as normas constitucionais a concretizar.*”⁴²

Portanto, embora se possam utilizar técnicas diferentes para se assegurar uma ordem jurídica justa, a similitude de bases principiológicas de ambos os sistemas jurídicos abre caminho para uma maior interação entre os dois modelos.

4 CONCLUSÃO

Com base nessas considerações, pode-se extrair que o método de formação e produção da prova, cuja titularidade cabe às partes, nos moldes do sistema adversarial, é passível de incorporação ao direito brasileiro, em situações específicas, ou seja, desde que o processo de coleta da prova não comprometa a igualdade processual.

Quanto aos sujeitos do processo, pode-se dizer, mediante uma análise crítica do sistema jurídico brasileiro, que o juiz necessita de mais instrumentos de “coerção” para alcançar a composição das partes, cabendo ao advogado se preparar corretamente para o exercício da atividade conciliatória, pontuando junto a seu cliente, os aspectos positivos de tal procedimento.

Importante destacar, nesse contexto, que o deferimento da gratuidade de justiça pelo Juiz brasileiro, deve ser precedido de uma análise rigorosa quanto à situação patrimonial do requerente, sob pena de se atravancar o próprio Judiciário. Mais do que isso, a utilização indevida do instituto da gratuidade tem efeito negativo e imediato sobre a possibilidade de acordo, propiciando, ainda, o ajuizamento de ações infundadas.

Por outro lado, no sistema norte-americano, o fato de o advogado financiar a causa, pagando não só as custas processuais, mas também as despesas relativas à dilação probatória, revela-se como um fator inibidor de demandas e fomentador de acordo.

⁴² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992. p. 232.

Sob a ótica norte-americana, não há que se falar em rápida solução do litígio, se não houver a efetiva participação das partes nas tentativas de composição, através de meios alternativos de resolução de uma disputa. A atitude desinteressada das partes compromete a rápida solução do litígio, devendo as mesmas arcar com o custo de suas posições, como, por exemplo, não aceitar uma oferta razoável da parte contrária, não aderir a uma solução justa, construída com a ajuda do mediador, ou não aprovar uma decisão adequada ao caso concreto, proveniente de árbitro indicado pelos litigantes.

Isso porque, a entrega da prestação jurisdicional importaria na concessão de objeto, muitas vezes, semelhante ao que foi ofertado numa conciliação ou foi decidido pelo árbitro designado no processo de arbitragem.

Nesse contexto, cabe ao legislador brasileiro a reformulação da lei, criando instrumentos mais eficazes, que propiciem um ambiente favorável a celebração de acordos entre as partes.

No tocante ao critério de nomeação dos Juízes, observa-se que o processo seletivo brasileiro dá maior ênfase ao conhecimento da lei, e não a experiência de vida e profissional do candidato, valores essenciais a um bom julgamento por parte do magistrado.

Já a introdução do Júri civil no ordenamento jurídico nacional, como regra geral, não se revela de grande utilidade, o que não impede, dependendo da importância do bem jurídico tutelado e da repercussão social, que a decisão possa ser tomada pelos jurados, em situações pontuais a serem definidas pelo legislador pátrio.

Quanto ao precedente judicial vinculante, adotado no sistema jurídico da *Common Law*, baseado na doutrina do *stare decisis*, o mesmo se notabiliza pela devoção ao instituto da segurança jurídica.

No Brasil, a par da discussão constitucional quanto à validade e o cabimento de qualquer alteração dessa natureza, pode-se dizer que a concentração excessiva de poderes nas mãos dos juízes, ainda mais, se for considerado a natureza do processo de nomeação ao cargo, atrelada à interpretação corrente do princípio da separação dos poderes, são óbices consistentes à introdução do precedente judicial vinculante, nos moldes concebidos nos EUA, em nosso ordenamento jurídico.

Acredita-se que a tendência de abstrativização do controle difuso, reconhecida em outra oportunidade pelo Excelso Pretório, sem a necessidade de atuação do Senado Federal ou a edição de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, supre de algum modo a necessidade de se alcançar segurança jurídica.

Por outro ângulo, identifica-se a similitude de bases principiológicas de ambos os sistemas jurídicos, que não só facilita a “importação” de institutos jurídicos do sistema norte-americano, como ocorreu com controle difuso de constitucionalidade, mas também abre caminho para uma maior interação entre os dois modelos, inclusive, para fins de interpretação da norma.

Por fim, foi observado que tanto o intérprete norte-americano, quanto o brasileiro, tem a sua disposição instrumentos para trabalhar, de acordo com a realidade, a complexidade da tensão produtiva existente entre texto e sentidos normativos.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimação democrática*. *Atualidades Jurídicas*, Brasília, n. 4, p. 6, 2009. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 02 out. 2011.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

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

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.139-MC*. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio - CNTC. Requerido: Presidente da República. Congresso Nacional. Relator p/ Acórdão: Ministro Marco Aurélio, 13 mai. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=604547>>. Acesso em: 9 out. 2011

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação *n.4.335/AC*. Reclamante: Defensoria Pública da União. Reclamado: Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco/AC. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 21 ago. 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/>>

jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+4335%2ENUME%2E%29&base=basePresidencia>. Acesso em: 9 out. 2011

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Sentença Estrangeira Contestada – SEC N° 4.415*, Requerente: MINPECO S/A. Requerido: Naji Robert Nahas. Relator: Ministro Francisco RezekS, 11.12.96. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=265699>>. Acesso em: 9 out. 2011.

BURNHAM, William. *Introduction to the Law and Legal System of the United States*. Fourth Edition. St Paul: Thomson/West.2006.

CARPENA, Márcio Louzada Carpena. *Os Poderes do Juiz no Common Law*. Revista de Processo nº 180, ano 35, fev. 2010. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Os%20Poderes%20do%20juiz%20na%20Common%20Law%20%20pronto.pdf>>. Acesso em: 22 out 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992, p. 232.

DIDIER JR., Fredie. Transformações do Recurso Extraordinário. In: *Processo e Constituição*. Estudos em homenagem a professor José Carlos Barbosa Moreira. Luiz Fux, Nelson Nery Júnior, Teresa Arruda Alvim Wambier (coordenadores). São Paulo: RT, 2006.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GODOY. Arnaldo Sampaio de Moraes. *Processo Civil dos EUA buscou excepcionalismo*. 16 mar 2011. Consultor Jurídico. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2011-mar-16/tudo-eua-construcao-processo-civil-buscou-excepcionalismo>> Acesso em 25 out 2011.

_____. *A cada 7 mil ações, Suprema Corte dos EUA julga cem*. 07 mar 2011. Consultor Jurídico. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2011-mar-07/mil-recursos-ajuizados-ano-suprema-corte-eua-julga-cem>> Acesso em 25 out 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme, *Curso de Processo Civil. v.lume 1: Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

McEWEN, Scott W. *Texto-base: Alternative Dispute Resolution – ADR*. San Diego, CA: Thomas Jefferson School of Law, 2011. Texto didático do curso *Fundamentals of the U.S. Legal Systems*.

REINHART, Susan M. *Strategies for Legal Case Reading & Vocabulary Development*. Michigan: EAPP, 2007

SOUZA, Michel Roberto Oliveira de. *A Relação entre o Precedente Judicial e Súmula Vinculante*. 2009. Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá. Disponível em: < http://usp-br.academia.edu/MichelRobertoSouza/Papers/361871/Relacao_entre_precedente_judicial_e_sumula_vinculante> Acesso em: 20 set 2011.

EUA. The U.S. National Archives & Records Administration. *The Constitution of the United States (1787)*. Disponível em: < http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_transcript.html>. Acesso em: 9 set. 2011.

EUA. The U.S. National Archives & Records Administration. *Bill of Rights*. ratified by three-fourths of the States in 1791. Disponível em: < http://www.archives.gov/exhibits/charters/bill_of_rights_transcript.html >. Acesso em: 9 set. 2011.

EUA. The U.S. National Archives & Records Administration. *The Constitution: Amendments 11-27*. Disponível em: < http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_amendments_11-27.html>. Acesso em: 9 set. 2011.

EUA. Legal Services Corporation. LSC. Updates. *LSC Funding for Fiscal Year 2011 Cut by \$ 15.8 Million*. Tuesday, April, 22, 2011. Disponível em: < <http://www.lsc.gov/media/newsletters/2011/lsc-updates-april-22-2011>>. Acesso em: 12 out. 2011.

EUA. U.S Department of Justice. Bureau of Justice Statistics. Special Report. *Bench and Jury Trials in State Courts*, 2005. Disponível em: < <http://bjs.ojp.usdoj.gov/content/pub/pdf/cbjtsc05.pdf> >. Acesso em: 9 set. 2011.

EUA. *Using Mediation and Arbitration to Resolve Legal Disputes*. Fonte: FINDLAW, Disponível em: < <http://public.findlaw.com/adr/using-mediation-and-adr.html>>. Acesso em: 10 out. 2011.

EUA. Legal Information Institute. Cornell University Law School. *Federal Rules of Evidente*. Disponível em: < <http://www.law.cornell.edu/rules/fre/>>. Acesso em: 9 set. 2011.

EUA. Legal Information Institute. Cornell University Law School. *Federal Rules of Civil Procedure*. Disponível em: < <http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/>>. Acesso em: 9 set. 2011.

EUA. United States Courts. *Understanding the Federal Courts*. Disponível em: < <http://www.uscourts.gov/FederalCourts/UnderstandingtheFederalCourts/FederalCourtsInAmericanGovernment.aspx>>. Acesso em: 12 out. 2011.



A INFLAÇÃO LEGISLATIVA NO CONTEXTO BRASILEIRO

LEGISLATIVE INFLATION IN THE BRAZILIAN CONTEXT

Clayton Ribeiro de Souza

Pós-graduado em Direito Público pela UnB

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Inflação Legislativa; 2 O papel da Lei em face das Concepções de Estado; 3 A Inflação Legislativa e o Sistema Jurídico no Brasil; 4 Fatores que aceleram a Produção Legislativa e suas Consequências; 5 Formas de Amenizar os efeitos Negativos da Inflação Legislativa; 6 Conclusão. Referências.

RESUMO: A inflação legislativa no âmbito brasileiro é fenômeno com algumas décadas de existência. Em que pese isso, a produção legislativa parece ainda se encontrar em expansão acelerada, conforme se depreende da comparação dos dados estatísticos colhidos na década de 1960 com os obtidos na atualidade (2007). É possível que a compreensão do fenômeno passe necessariamente pela conscientização de que, antes de ser causa (a expansão de cursos de direito no Brasil tem na inflação legislativa uma das possíveis causas), a inflação legislativa é consequência (por exemplo, o uso sem critério de medidas provisórias). A fim de contribuir com o debate sobre a inflação legislativa, o presente artigo discute o fenômeno sob suas diversas facetas, apontando alguns fatores e consequências envolvidos nesta temática, que permitem uma melhor apreensão da sua consideração pelos cidadãos brasileiros.

PALAVRAS-CHAVE: Inflação Legislativa; Estado Democrático de Direito. Positivismo. Processo Legislativo; Ordenamento Jurídico; Legislador; Poder Executivo.

ABSTRACT: Legislative inflation in Brazil is a phenomenon with a few decades of existence. In spite of this, the legislative production seems still booming, as it can be seen from the comparison of statistics collected in the 1960 with those obtained at the present time (2007). It is possible that the understanding of the phenomenon passes necessarily by the awareness that, before being involved (the expansion of law courses in Brazil has on legislative inflation one of possible causes), legislative inflation is a result (for example, using no criterion of provisional measures). In order to contribute to the debate on the legislative inflation, this article discusses the phenomenon in its various facets, pointing a few factors and consequences involved in this subject, which allow a better apprehension of their consideration by the Brazilians.

KEYWORDS: Legislative Inflation. Democratic State of law. Positivism. Legislative process. The legal system. Legislator. Executive Power

INTRODUÇÃO

O presente trabalho discutirá o fenômeno da inflação legislativa na realidade jurídica brasileira. A partir de uma analogia ao processo inflacionário que persistiu na economia brasileira durante muitas décadas, é possível que os cidadãos brasileiros tenham uma idéia básica do que seja a inflação legislativa. No entanto, tal senso comum pode inviabilizar um debate mais profícuo sobre o tema, contribuindo, dessa maneira, para a perpetuação da inflação legislativa enquanto um problema de difícil solução.

Analisa-se, num primeiro momento, a partir de alguns dados estatísticos que serão mencionados neste trabalho, a escalada da produção legislativa brasileira, que se encontra em franca aceleração. Ressaltar-se-á, em seguida, que a questão não é recente, pois já é perceptível há algumas décadas.

Na seqüência, investigam-se possíveis causas da inflação legislativa. Para tanto, será necessário discutir a lei em face das alterações pelas quais o Estado passou e ainda vem passando, sobretudo no que tange aos seus aspectos políticos e jurídicos. Investigam-se, ainda, questões como o aumento da complexidade social, a incapacidade do Poder Legislativo para criar leis de forma célere e precisa, e o crescimento das atribuições legislativas do Poder Executivo. Busca-se, por fim, esclarecer em que medidas tais fatores demandariam a elaboração de leis em quantidades cada vez maiores.

Outrossim, serão destacadas algumas conseqüências negativas que se originam de uma produção legislativa sem controle, tais como: o aumento do número de cursos de Direito e o descumprimento das normas editadas.

Por fim, serão apresentados alguns fatores responsáveis pela mitigação dos efeitos negativos da inflação legislativa. Destarte, busca-se desmistificar o fenômeno em questão, para ressaltar que, pelo menos em certa medida, a inflação legislativa decorre das próprias necessidades da sociedade contemporânea por novas leis que regulem as demandas sociais, que surgem e se modificam em ritmo cada vez mais rápido.

1 A INFLAÇÃO LEGISLATIVA

O crescimento acelerado de leis editadas é uma realidade conhecida há décadas, tanto que a doutrina há muito cunhou expressões

para denominar o fenômeno. Juary C. Silva¹ aponta Carnelutti como o primeiro a utilizar a expressão *inflação legislativa* para se referir à produção em massa de leis, também chamada por ele de “hipertrofia da lei”². Biondi concebia a produção desenfreada de leis como uma patologia, denominada por ele de “elefantíase legislativa”³.

Segundo Carnelutti, a inflação legislativa parece decorrer de um certo fascínio que a sociedade moderna tem pelas leis⁴, não percebendo que à medida que “cresce o número das leis jurídicas, diminui a possibilidade de sua formação cuidadosa e equilibrada”⁵.

Victor Nunes Leal⁶, em artigo publicado em 1960, afirmava que o Brasil passou a ter lugar de destaque entre os países mais férteis na elaboração de leis. Tal fato não seria uma surpresa, pois “o Brasil não poderia ficar impérvio a essa tendência universal”⁷. Reforçando sua opinião, Juary C. Silva cita estudo realizado em 1961 pelo Professor Alcino Salazar, enquanto membro do Conselho Federal da OAB. Ao fazer levantamento estatístico da legislação brasileira até dezembro de 1960, Salazar apontou a “cifra aproximada de 100.000 (cem mil) leis, decretos-leis e decretos, sem contar a legislação do tempo do Império e os decretos legislativos.”⁸ Essa massa legislativa, segundo Salazar, distribuía-se da seguinte forma:

a) decretos de 1931 a 1934	5.000
b) leis de 1935 a 1937	583
c) decretos-leis de 1937 a 1946	10.000
d) leis de 1946 a 1960	3.865
e) decretos de 1935 a 1960	50.000
f) leis anteriores a 1930	6.000

1 SILVA, Juary C. Considerações em torno da inflação legislativa. p. 77. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado da Guanabara*, Rio de Janeiro, p. 76-92, 1968.

2 CARNELUTTI, Francesco. *A Morte do direito*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003. p. 9.

3 BIONDI, Biondo. *Arte y ciência Del derecho*, Madrid: Ariel, 1953, p. 139 e 177, *apud* SILVA, Juary C. Considerações em torno da inflação legislativa. p. 77. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado da Guanabara*, Rio de Janeiro, 1968, p. 76-92.

4 CARNELUTTI, op. cit. p.10.

5 *Ibidem*, p. 11.

6 LEAL, Victor Nunes. Técnica legislativa. p. 8. In: *Problemas de Direito Público e Outros Problemas*, Brasília, v. I, p. 7-32, 1997.

7 SILVA, Juary C. op. cit. p.77.

8 Diário da justiça, 13 de maio de 1961, p. 6037-6040 *apud* SILVA, Juary C. op. cit. p. 77.

g) decretos anteriores a 1930 2.000⁹

Passadas quase cinco décadas do referido estudo, a situação pouco se alterou em termos de uma solução adequada ao problema. Na realidade, pode-se afirmar que a inflação legislativa intensificou-se, e isso se deu de tal forma que os números acima apontados parecem relativamente tímidos ante a atual produção legislativa brasileira.

De acordo com estudo realizado por Gilberto Luiz do Amaral, João Eloi Olenike, Fernando Steinbruch e Letícia M. F do Amaral Viggiano, denominado *Quantidade de normas Editadas no Brasil - 19 anos da Constituição Federal*, entre a data da promulgação da Constituição da República de 1988 e o dia 05 de outubro de 2007, ou seja, exatos 19 anos, “foram editadas 3.628.013 (três milhões, seiscentos e vinte e oito mil e treze) normas jurídicas”¹⁰ aplicáveis em todos os campos da sociedade brasileira. Ainda de acordo com os autores, “são 523 (quinhentos e vinte e três) normas por dia”.¹¹

Conclui-se que os números da produção legislativa entre o final do século XX e o início deste século XXI superaram em muito aqueles apontados por Alcino Salazar, ou seja, o fenômeno da inflação legislativa não está estabilizado, mas em acelerada expansão.

Talvez por isso a discussão sobre o tema tenha atravessado a fronteira da discussão estritamente jurídica para repercutir em amplos debates sociais. O jornal O Estado de São Paulo, em editorial publicado em 20 de abril de 2002, teceu diversas considerações sobre o fenômeno, inclusive apontando outro levantamento sobre o quantitativo de normas existentes e concluindo, ao final, pela impossibilidade das leis serem conhecidas em sua totalidade, até mesmo por aqueles que têm nelas uma de suas ferramentas de trabalho:

Matéria de nossa edição de domingo passado - de autoria de Lourival Sant'Anna -, com base em dados do Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário e em depoimentos de juristas, nos fornece a precisa e espantosa dimensão dessa hipertrofia do

9 Diário da justiça, 13 de maio de 1961, pp. 6037-6040 *apud* SILVA, Juary C. Considerações em torno da inflação legislativa. p. 77. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado da Guanabara*, Rio de Janeiro, 1968, p. 76-92.

10 AMARAL, Gilberto Luiz do; OLENIKE, João Elói; STEINBRUCH, Fernando; et al. *Quantidade de normas editadas no brasil - 19 anos da constituição federal*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário, 2007. Disponível em: <http://www.ibpt.com.br/arquivos/estudos/QUANTIDADE_DE_NORMAS_-_19_ANOS_DA_CF_1988.pdf>. Acesso em: 27 de out. 2007.

11 *Idem*.

ordenamento jurídico brasileiro, para a qual pode concorrer um complexo de causas, que vão do patrimonialismo colonial ao corporativismo, da inadequação das leis ao momento histórico em que são criadas ao puro efeito da demagogia populista, do rigor nominal das sanções e penas à plena sensação de impunidade. Para se ter uma idéia de nossa produção alucinada de regras legais, tomemos por base apenas o período iniciado com a promulgação da Constituição, em 5 de outubro de 1988. Temos então, na legislação federal: 41 emendas constitucionais (por coincidência, 41 é o número médio diário das normas legais criadas no País), 55 leis complementares, 2.738 leis ordinárias, 6.144 Medidas Provisórias, 7.181 decretos e 78.422 normas complementares (que compreendem portarias, instruções, atos normativos, ordens de serviços, pareceres normativos, etc.). Na legislação estadual temos 1.727 leis ordinárias, 3.148 decretos e 102.365 normas complementares. E nas municipais temos 77.336 leis ordinárias, 116.004 decretos e 1.392.048 normas complementares. Indaguemos agora: Como é possível, no Brasil, adotar-se o princípio jurídico, segundo o qual a falta de conhecimento da lei não desobriga ao seu cumprimento? A resposta dá o jurista e filósofo Miguel Reale, quando afirma: "É uma ficção jurídica dizer que não se pode alegar inocência por desconhecimento da lei." E acrescenta: "O mais grave é que não é de conhecimento nem dos que deveriam conhecê-la, como os governantes e os governados mais esclarecidos, incluindo os juízes e advogados¹²."

Ante tão elevado número de dispositivos legais existentes, parece difícil precisar exatamente quantas e quais são as leis que de fato vigoram atualmente no Brasil. Não bastasse isto, há também o caso de normas que sob o aspecto formal não passam de diplomas infralegais, mas cujos conteúdos materiais são próprios de leis, *verbi gratia*, a Instrução Normativa STN nº 01/97 (que regula o instituto do convênio no âmbito da Administração Federal). De igual maneira, há diplomas normativos que formalmente são leis, mas que em relação aos conteúdos materiais são atos administrativos de efeitos concretos. Sobre esta questão, Juary C. Silva defende que:

[...] a preocupação fundamental de quem se dispusesse a recensear a legislação brasileira deveria ser a de não computar senão os atos propriamente normativos, com exclusão das leis e decretos que se cingem a determinar situações jurídicas individuais ou a

12 A FÚRIA legiferante. *Estado de São Paulo*, 20 abr. 2002. p. A3.

dar providências de caráter material, sem implicar em qualquer modificação do ordenamento jurídico.¹³

Entrementes, a inflação legislativa não tem origem apenas no descontrole do Poder Legislativo ao elaborar leis. A culpa por tal situação também pode ser repartida entre o Poder Judiciário (em menor extensão) e o Poder Executivo.

Aliás, ante os diversos exemplos de governantes que recorreram à produção sistemática de leis como elemento importante em suas administrações, é provável que o Poder Executivo seja o principal responsável por essa situação. No caso brasileiro, atualmente, a medida provisória se constitui no principal mecanismo de criação legislativa, assumindo papel que já coube aos decretos-leis no passado.

Neste contexto, constitui importante estímulo à elaboração de leis o fato de que muitos destes diplomas normativos são editados para assumirem verdadeira *função simbólica*¹⁴, onde o caráter político-ideológico prevalece em relação ao normativo-jurídico.

Assim, segundo Marcelo Neves, o legislador passa a elaborar cada vez mais diplomas legais com o objetivo de satisfazer as expectativas dos cidadãos, prevalecendo os anseios políticos em detrimento das exigências e limitações jurídicas. Destarte, em muitos casos, tais leis são elaboradas sem possuírem a mínima condição de efetividade¹⁵, o que leva à necessidade de serem editados outros diplomas legais. A consequência óbvia disso é a aceleração da inflação legislativa.

2 O PAPEL DA LEI ANTE A CONSTITUIÇÃO E O DESENVOLVIMENTO DO ESTADO BRASILEIRO

Para melhor compreender o porquê da inflação legislativa e quais os motivos que levam a sua aceleração, faz-se necessário analisar não só a lei em face da constituição vigente, como também a influência exercida pelas alterações pelo qual o estado brasileiro passa.

Para Gustavo Cunha dos Prazeres as leis caracterizam-se, sob a perspectiva positivista, por refutarem a inserção de questões de natureza

¹³ SILVA, op. cit. p. 78.

¹⁴ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 23.

¹⁵ Ibidem. p. 37.

moral, filosófica e epistemológica no discurso jurídico propriamente dito. Assim, a decisão acerca do “conteúdo das leis, por exemplo, não poderia ser controlada, senão sob uma perspectiva meramente formal ou instrumental”¹⁶.

Por conta disso, entende o referido doutrinador que o modelo positivista peca exatamente pelo relativismo com que trata as questões axiológicas, sobretudo “quando do procedimento legiferante”¹⁷. Desse modo, a ausência de parâmetros e paradigmas mais precisos abre a possibilidade para que as leis se validem tão-somente pela adequação formal em relação ao ordenamento jurídico. Assim, no que pertine ao conteúdo material, este somente é legitimado se a lei for formalmente adequada.

Esse tipo de perspectiva, inclusive, permitiu a criação de um Estado Nazista na Alemanha, que por se adequar à concepção de um Estado de Direito apenas reduzido ao formalismo legal, acabou por afastar maiores questionamentos sobre o conteúdo legal dos atos praticados. Nas palavras de Carl Schmidt, ao caracterizar tal modelo:

Um Estado legiferante é um Estado regido por normatizações com conteúdo mensurável e determinável, caracterizadas como impessoais e, por esse motivo, gerais, bem como predeterminadas e, conseqüentemente, concebidas, visando a uma duração permanente. Em tal Estado, a lei e aplicação da lei, legislador e aplicação da lei existem separados entre si. São as ‘leis que regem’, e não os indivíduos, as autoridades ou as instâncias superiores. Dito de uma maneira mais clara: as leis não regem, elas vigem apenas como normas [...]. Quem exerce poder e domínio, age ‘com base em uma lei’ ou ‘em nome da lei’. Apenas faz valer, com legitimidade, uma norma vigente.

[...] O Estado é a lei, a lei é o Estado. Deve-se obediência exclusivamente à lei, apenas perante ela [...] Existe apenas legalidade, e não autoridade ou ordem de cima para baixo.¹⁸

16 PRAZERES, Gustavo Cunha. *Teoria da legislação no pensamento de Habermas*. Ragusa: Diritto & Diritti - il Portale Giuridico italiano, p. 4. Disponível em: <<http://www.diritto.it/archivio/1/25375.pdf>>. Acesso em: 16.jul. 2008.

17 Ibidem

18 SCHMITT, Carl. *Legalidade e legitimidade*. Tradução de Tito Lívio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 2-19.

Assim, as leis, a despeito do seu caráter geral¹⁹ e abstrato, e ao seu próprio conteúdo inicialmente indeterminado, regulariam a sociedade de maneira homogênea, sem consideração das peculiaridades e diversidade dos casos concretos vivenciados. Já o legislador²⁰, quase como um senhor absoluto, não encontraria obstáculos que não fossem os estabelecidos por si mesmo ou por outras leis. Por conseguinte, o direito vigente não passaria de um sistema de enunciados jurídicos sem lacunas, de maneira que não haveria possibilidade para surgirem questões jurídicas que o texto da lei não trouxesse solução pronta e expressa.

Tal concepção jurídica há muito perdeu sua prevalência. Entrementes, ainda hoje é perceptível a influência positivista na sociedade. A tal ponto que, de acordo com Müller, para parcela da população a idéia de que “a norma e o texto da norma são uma só coisa ainda está amplamente difundida”²¹.

Em que pese o resquício acima apontado por Müller, a verdade é que no Estado contemporâneo a idéia que se tem sobre as leis alterou-se substancialmente, de modo que é bem diferente daquela existente no Estado sob o signo do positivismo legal. A lei passa a ser vista como um plano de ação cujo escopo é a modificação da ordem social existente e/ou também para resolver problemas concretos. Nesse contexto, ensina Dobrowolski, a lei “exprime uma vontade construtiva, adequada à razão instrumental do nosso tempo, que busca os meios para resolver problemas específicos”²².

Para Habermas²³, a concepção positivista da lei cumpriu a contento seu papel enquanto se exigia do Estado uma atuação mais limitada. Porém, com o surgimento do Estado Social e a necessidade de realização de tarefas de estruturação e de regulação política amplas, a lei, em sua forma clássica, tornou-se insuficiente para regular as atividades sociais e desempenhadas pelos Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo.

19 RANGEL, Paulo Castro. *Estado fraco, tribunais fortes: de novo as questões de legitimidade e função*. p. 88. *Revista Julgar*, Lisboa, n. 3, p. 87-95, set-dez 2007.

20 MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 24.

21 *Ibidem*. p. 26.

22 DOBROWOLSKI, Sílvio. A inflação legislativa e a jurisdição constitucional. p. 253. *Revista da ESMESC*, Santa Catarina, ano 5, v. 6, p. 253-267, maio 1999.

23 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 174.

Com o Estado Social, ainda de acordo com Habermas, o elenco de formas do “direito foi ampliado através de leis relativas a medidas, leis experimentais de caráter temporário e leis de regulação, de prognóstico inseguro”²⁴. Outrossim, verificou-se a inserção de cláusulas gerais, referências em branco e “conceitos jurídicos indeterminados”²⁵.

No entanto, de fato, é com o Estado Democrático de Direito, fundado no respeito aos direitos humanos positivados sob a forma de direitos fundamentais²⁶, que se tem superado a visão clássica da lei como “expressão da vontade ilimitada dos cidadãos reunidos”²⁷. Ante tal realidade, ao intérprete não basta apenas entender qual o comando transcrito na lei, é necessário que se extraia dele a interpretação que melhor se compatibilize com a Constituição.

Depreende-se dos comentários acima que o advento e desenvolvimento do Estado Democrático de Direito demanda a mudança da compreensão que se tinha sobre o papel da Lei, da Constituição, da Sociedade e do próprio Estado. A lei deixou de ser vista como algo pronto e acabado, cuja aplicação se dava sem grandes discussões ou adaptações, num raciocínio exclusivamente silogístico, passando a dever ser entendida para além da sua literalidade. Enfim, não há necessariamente identidade²⁸ entre o texto da lei e a norma em si.

Nesse contexto, a Constituição, como lei fundamental, sob a qual é estabelecido o ordenamento político e jurídico do Estado, fixa não apenas os procedimentos necessários à elaboração das leis, mas também os conteúdos e limites que servirão de parâmetros para o processo legislativo. Assim, não basta apenas o respeito à forma para legitimar um diploma legal, é imprescindível que ele seja compatível em todos os aspectos com o que a constituição do Estado define como necessário e aceitável para a sociedade que regula. Portanto, a constitucionalidade de uma lei é verificada não apenas formalmente, mas sob o aspecto material. Forma e conteúdo se mostram como questões complementares para o Direito.

²⁴ HABERMAS, op. cit.

²⁵ Ibidem. p. 174

²⁶ Ibidem. p. 153

²⁷ HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Tradução de Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 153.

²⁸ MÜLLER, op. cit., p. 38.

Insta salientar que o caráter democrático de um Estado não se caracteriza tão-somente pela mera obediência às normas presentes na Constituição. Para que um Estado seja verdadeiramente democrático, outros fatores são igualmente importantes como, por exemplo: a participação efetiva da sociedade na elaboração e alteração da Constituição e das leis, mesmo que de maneira indireta.

Uma lei elaborada com participação efetiva da população pode refletir com maior precisão o desejo coletivo, o que conferiria ao referido diploma normativo maior legitimidade, assim como possibilitaria uma maior estabilidade ao ordenamento jurídico.

Na Constituição de 1988, no que se refere às leis, a participação popular está presente, entre outras: (a) na iniciativa popular com a apresentação de projetos de leis (art. 61, § 2º); (b) na cobrança judicial para a edição de leis, de maneira a tornar viável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais, e as prerrogativas inerentes à soberania, à cidadania e à nacionalidade (art. 5º, inciso LXXI); (c) plebiscitos e referendos (art. 14, incisos I e II) sobre leis. Os exemplos listados se constituem em hipóteses de participação do cidadão na elaboração, modificação e extinção de leis, mas não há como negar que no Brasil, assim como em outros países, a soberania popular ainda é exercida, primordialmente, por intermédio da eleição de representantes indiretos no Poder Legislativo.

No entanto, no Estado Democrático de Direito, a idéia de participação popular vai além do ato de votar em alguém. Por isso, muitas vezes a mera representação indireta não é suficiente para atender os anseios da sociedade, sendo necessário que se garantam mecanismos de efetiva participação popular na discussão dos destinos do Estado. A iniciativa popular relativa à apresentação de projetos de leis é um exemplo desses mecanismos.

Ante o quadro apresentado até o presente momento, destaca-se que as leis, em tese, por representarem anseios da sociedade, constituem-se em um importante esteio para a existência do próprio Estado Democrático de Direito. Neste, a lei, diversamente do que ocorria quando a influência positivista ainda era predominante, vai muito além da mera homenagem à forma; passa, necessariamente, a consideração do conteúdo democrático atualmente disposto na Constituição²⁹.

29 MOREIRA, João Batista. A Nova concepção do princípio da legalidade no controle da administração pública, p. 85. *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 5, n. 21, p. 81-89, set-out. 2003.

Assim, na esteira do que pensa Hely Lopes Meirelles, obedecer “simplesmente a lei na frieza de seu texto não é o mesmo que atendê-la na sua letra e no seu espírito”³⁰. Chega-se, portanto, à compreensão de que o texto legal seria apenas a ponta do iceberg³¹ a partir do qual se busca alcançar, por intermédio de processo concretizador, a essência da norma³².

Essa compreensão da Lei e de seu papel pode trazer benefícios à sociedade, sobretudo ao possibilitar que a Lei seja interpretada, discutida e concretizada caso a caso, o que possivelmente garante maior efetividade quando da aplicação de seu conteúdo normativo. Nessa tarefa, não só conhecer, mas também saber interpretar os princípios é de enorme importância, pois eles “condicionam a leitura das regras, suas contextualizações e interrelações”³³. Além disso, tornam o próprio ordenamento jurídico mais maleável e adaptável às inúmeras situações concretas.

Não por outro, ensina Menelick de Carvalho Netto, os princípios, diferentemente das regras, podem ser contrários sem ser contraditórios. De tal forma que “há no ordenamento princípios contrários que estão sempre em concorrência entre si para reger uma determinada situação”³⁴, o que demandará a interpretação deles em face do caso concreto para se saber qual é o aplicável.

Percebe-se, portanto, que as alterações pelo qual vem passando o Estado resultam na ampliação do papel da lei. Diante de tal realidade, não é de se admirar que o processo legislativo esteja em franca aceleração, tanto no que se refere ao número, quanto em relação à variedade de diplomas legais.

3 A INFLAÇÃO LEGISLATIVA E O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

A atual compreensão da lei e de seu papel na sociedade pode estimular a expansão do fenômeno da inflação legislativa. Isso pode ser percebido nos casos onde são criadas leis específicas para disciplinarem situações concretas. Assim, ausentes o caráter geral e o abstrato, deverão

30 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 88.

31 MÜLLER, op. cit., p. 45

32 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 461-462.

33 MENELICK de Carvalho Netto. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do estado democrático de direito, p. 39. *Revista Notícia do Direito Brasileiro*, Brasília, v. 6, p. 25-44, jul.-dez. 1998.

34 MENELICK, op. cit.

ser criadas tantas leis quanto forem as situações concretas a serem reguladas.

Na atualidade, em face da velocidade com que as alterações sociais ocorrem, estatutos jurídicos como o código civil e o código penal passam a ser menos desejados ou estimulados, preferindo-se os denominados micros-sistemas legais³⁵, tais como o Código de Defesa do Consumidor ou o Estatuto do Desarmamento. Sobre o tema, Gustavo Binjenbojm ensina:

[...] com a crise do Estado liberal-burguês e advento do Welfare State, assistiu-se a um vertiginoso processo de “inflação legislativa”. O Estado que antes se ausentava do cenário das relações econômicas e privadas, foi convocado a intervir nesta seara, e assim o fez, dentre outras formas, pela edição de normas jurídicas com frequência cada vez maior. Uma das conseqüências desta volúpia legiferante foi exatamente a desvalorização da lei. Ademais, a multiplicação das normas jurídicas, que passavam a constituir novos microsistemas normativos, nutridos por valores e objetivos por vezes dissonantes daqueles, de inspiração liberal, acolhidos pelo Código Civil, importou em movimento de “descodificação” do Direito. Com isso, o Código foi perdendo progressivamente a posição de centralidade que até então desfrutava na ordem jurídica.³⁶

Diante de tal realidade, é possível que uma lei, antes mesmo de atingir sua eficácia plena, precise ser alterada ou substituída por outra. Isso não é problemático quando ocorre num ritmo moderado, no entanto, quando a frequência é acelerada pode se chegar ao ponto de que as leis não consigam mais envelhecer e amadurecer. Em tal situação o papel do intérprete é diminuído, preferindo-se que as soluções venham diretamente do legislador.

Neste contexto, “à medida que cresce o número das leis jurídicas, diminui mais a possibilidade de sua formação cuidadosa e equilibrada”³⁷.

Se não há como negar que as alterações podem possibilitar mais agilidade ao legislador, sobretudo no que tange à regulação mais

35 GOMES, Orlando. A Caminho dos Micro-sistemas, p. 47. In: *Novos Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, p. 40-50, 1983.

36 BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 62.

37 CARNELUTTI, op. cit., p. 11.

eficiente e precisa das situações concretas, também não há como negar que isso pode gerar certa instabilidade no ordenamento jurídico nacional e, conseqüentemente, insegurança social.

Assim, as leis nem bem são assimiladas e compreendidas, e já necessitam ser substituídas por outras, de forma que algumas vezes fica difícil precisar se determinado diploma normativo ainda vigora ou não. Enfim, apreende-se que a instabilidade legislativa é mal dos mais graves, porquanto gera a insegurança das partes, a dúvidas dos advogados, a perplexidade dos juízes e o desconhecimento dos cidadãos. Nesse sentido:

Na verdade, o tempo das leis ainda é diferente do tempo das pessoas. No mundo atual, conhecido pela extrema rapidez de comunicação e por uma certa cultura do descartável, também as leis tendem a acompanhar essa tendência. A lei tende a ser algo dinâmico, em constante evolução. Convém, no entanto, não esquecer que alguma estabilidade da lei é fonte de segurança e de igualdade. Esses princípios devem, pois, nortear a preocupação do legislador na sua atuação constante de avaliação, feitura, monitoração e nova avaliação das leis que vai produzindo.³⁸

Nelson Hungria se preocupava com a questão desde 1950 e tinha opinião bastante dura a respeito do fenômeno. Segundo ele:

[...] o prurido legiferante no Brasil é coceira de urticária. Muda-se de lei como se muda de camisas, reforma-se periodicamente as leis sem que nem para que, ou pelo só capricho de as reformar e quase sempre para pior.³⁹

Não espanta, ante o quadro fático retratado, que a inflação legislativa se mostre um fenômeno tão duradouro. Por isso mesmo, o legislador precisa ser cauteloso ao elaborar uma lei, evitando o surgimento de diplomas legais que possam ser relegados à nefasta categoria das “normas que não pegam”. Segundo Hélio Luiz Fonseca Moreira a “existência de leis que não pegam e leis que se resumem à letra morta gera o descrédito do sistema normativo”⁴⁰.

38 CRISTAS, Assunção. Legística ou arte de fazer leis, p. 81. *Revista CEJ*, Brasília, n. 33, p. 78-82, abr.-jun. 2006.

39 HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. v. VI, 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 279.

40 MOREIRA, Hélio Luiz Fonseca. Violência e antidireito nos caminhos da administração da justiça criminal, p. 200. *Ágora*, Natal, n. 02, p. 199-220, 2006.

Em verdade, a situação apontada acima é até mais nefasta que o mero desconhecimento da existência da lei, pois traz o risco de se incutir no inconsciente da sociedade a idéia de que há leis que são de primeira e de segunda categoria; diplomas legais que são criados para serem cumpridos, enquanto outros surgem com a chancela de que não trarão nenhuma consequência maior se não forem observados.

O próprio processo de elaboração dos diplomas legais apresenta algumas falhas perceptíveis. Não raro se observa a existência de imprecisões terminológicas, textos com partes incompatíveis entre si e até erros crassos de português nas redações.

Outra falha bastante comum é a elaboração de textos legais que cuidam dos mais diversos assuntos, mesmo que sejam completamente diferentes e incompatíveis entre si. Muitas vezes isso ocorre com o claro objetivo de dissimular a verdadeira intenção do legislador que, sabendo do caráter polêmico de certa norma, busca escondê-la em meio a dispositivos de outras normas sobre as quais há menor discussão. O problema é que, comumente, essas normas não guardam qualquer relação semântica ou temática entre si, o que pode levar a “prejuízos” para o diploma legal que “hospeda” a norma parasitária⁴¹, intrusa⁴² ou fugitiva⁴³.

É importante frisar que o fenômeno em debate não é recente. No campo do direito financeiro e tributário, por exemplo, ganhou a denominação de “cauda orçamentária” a prática, adotada no Brasil durante algum tempo, de incluir em leis orçamentárias matérias pertencentes a outros campos jurídicos. A bem da verdade, de acordo com Eber Zoehler Santa Helena, a prática não é exclusiva do Brasil, de maneira que a nossa “cauda orçamentária” é semelhante aos *tackings* para os ingleses, os *riders* para os norte-americanos, ou os *Bepckung* para os alemães, ou ainda os *cavaliers budgetaires* dos franceses⁴⁴.

Montesquieu já parecia estar ciente da importância das leis bem formuladas. Ao escrever a obra *O Espírito das Leis*, fez questão

41 CHENNEMANN, Alex. O problema das normas parasitárias: uma análise luso-brasileira, p. 8, In: *Direito Público*. Porto Alegre, v. 5, n. 18, p. 5-30, out.-dez. 2007.

42 MORAIS, Carlos Blanco de. Algumas reflexões sobre o valor jurídico de normas parasitárias presentes em leis reforçadas pelo procedimento. In: *Nos 25 anos da Constituição da República Portuguesa de 1976*, Lisboa, 2001. p. 406.

43 Ibidem

44 SANTA HELENA, Eber Zoehler. Caudas, rabilongos e o princípio da pureza ou exclusividade da lei orçamentária, p. 39. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 159, p-37-45, - jul.-set. 2003.

de dedicar todo o livro vigésimo nono à maneira mais adequada de compô-las. Para o autor, há leis que o “legislador conheceu tão pouco que são contrárias ao próprio objetivo que ele se propôs”⁴⁵. Desse modo, concluiu o autor que a existência de “leis inúteis enfraquecem as leis necessárias, as que podem ser eludidas enfraquecem a legislação”⁴⁶.

Para Victor Nunes Leal, o processo de elaboração das leis precisa ser visto como atividade cujo cuidado deve ser extremo, sob risco de se causar prejuízos irreparáveis até mesmo ao próprio legislador, pois:

Tal é o poder da lei que a sua elaboração reclama precauções severíssimas. Quem faz a lei é como se estivesse acondicionando materiais explosivos. As conseqüências da imprevisão e da imperícia não serão tão espetaculares, e quase sempre só de modo indireto atingirão o manipulador, mas podem causar danos irreparáveis.⁴⁷

Além do cuidado com a elaboração formal da lei, é essencial que sua criação se dê em compatibilidade com o ordenamento jurídico, sob pena de serem criadas leis inconstitucionais. Em tal hipótese, ao apresentar conteúdo contrário ao pactuado pela sociedade ou além da capacidade de absorção desta, o referido diploma normativo possivelmente será expurgado do ordenamento jurídico. É por isso que Gilmar Ferreira Mendes⁴⁸ recomenda que o legislador redija as leis em compatibilidade com o ordenamento jurídico, de maneira que elas possam guardar coerência e harmonia em relação às leis existentes e, sobretudo, com a Constituição.

4 FATORES QUE ACELERAM A PRODUÇÃO LEGISLATIVA E SUAS CONSEQUÊNCIAS

A inflação legislativa não é fenômeno de apenas uma causa. Ao contrário, múltiplos são os fatores que levam ao seu surgimento e expansão. Como já visto no decorrer do presente trabalho, a própria mudança pela qual passou e ainda passa o Estado, assim como o processo

45 MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *O Espírito das leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: UnB. 1995. p. 432.

46 *Ibidem*, p. 439.

47 LEAL, op. cit., p. 8.

48 MENDES, Gilmar Ferreira. Questões Fundamentais de Técnica Legislativa. p. 45. *Revista de Doutrina e Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 37, p. 41-68, set.-dez. 1991.

histórico inerente a cada sociedade explicam, ao menos em parte, a necessidade de se produzir novos textos legais.

Ressalte-se que o Estado Democrático de Direito tem entre suas características o fato das leis serem vistas como verdadeiros programas abertos à contínua concretização. Tal fato serve de estímulo para que os interessados e afetados pelas normas concretamente extraídas do texto legal participem mais efetivamente do processo de elaboração das leis.

A lei, ao assumir a condição de possível resposta para as demandas mais diversas, abandona seus contornos clássicos e passa a regular maior número de casos concretos e determinados. Neste momento, em face da mudança contínua pela qual passa a sociedade contemporânea, onde os problemas são cada vez mais técnicos e complexos, legislar se converte, em muitos casos, em assunto de especialistas. Estes, em tese, em face de seus conhecimentos, tornam-se os mais capacitados para entenderem e solucionar certos problemas que são atribuídos ao Estado.

No entanto, o simples fato de recorrer aos conhecimentos de um técnico quando da elaboração de uma lei não significa desprestígio aos cidadãos. Em absoluto, o controle sobre o conteúdo das leis é feito não somente pelos tribunais ou por outros órgãos competentes especializados, mas principalmente pela sociedade sob a qual se dará os efeitos da lei.

De maneira paradigmática, ocorreu recentemente um debate que exemplifica bem a questão. O Supremo Tribunal Federal foi chamado a decidir sobre a possibilidade de serem realizadas pesquisas genéticas com a utilização de células-troncos. No entanto, a discussão sobre a constitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005) não se limitou apenas ao referido Tribunal, envolvendo os outros dois Poderes da República, além de diversos atores sociais, tais como: as ONGs, a Igreja Católica e a sociedade civil em geral. Percebe-se, então, que mesmo aquelas questões de ampla complexidade são passíveis de controle, participação e influência pelos demais integrantes da sociedade, o que não apenas legitima eventual lei que venha tratar de questão de grande complexidade técnica, como atende a idéia de democracia participativa.

No entanto, entre os Poderes da República, provavelmente quem mais se ressentir por esse aumento da complexidade técnica dos conteúdos das leis seja o Legislativo, até porque a existência de tal poder está umbilicalmente ligada à produção legislativa. De maneira oposta,

atualmente, o Executivo parece melhor adaptado a tal situação. Com isso, há um natural declínio da capacidade legislativa dos parlamentos, ante a maior agilidade e capacidade técnica do Executivo. De acordo com Dobrowolski, entre as possíveis causas de deficiência do Legislativo, encontram-se:

- a) o caráter técnico dos textos, cuja apreciação os membros do Legislativo são incompetentes;
- b) a incapacidade da corporação legisladora em responder de pronto, com normas imperiosamente exigidas em face de alterações da conjuntura, porque deliberar exige tempo;
- c) a inconveniência do método da discussão pública, quanto a certas matérias, como a defesa do país, a política monetária e cambial.⁴⁹

Destarte, ainda conforme o autor em questão, “o centro do poder político desloca-se do Legislativo para o Executivo”⁵⁰. Na mesma linha, Raquel Melo Urbano de Carvalho entende que:

Reforça este quadro o fato de o processo legislativo afigurar-se moroso diante da dinâmica administrativa contemporânea, pelo que o Direito Administrativo viu as competências regulamentar e regulatória consagrarem-se como alternativa à fadiga das Câmaras dos Vereadores, Assembléias Legislativas e do Congresso Nacional.⁵¹

Diferentemente das características que são próprias ao Poder Legislativo - em especial a maior diversidade de interesses representados no parlamento e a divisão de poderes entre lideranças, o que sem dúvida torna o processo legislativo mais lento, no entanto, mais legítimo -, o Executivo passa a expedir diplomas legais sem maiores discussões entre os possíveis interessados. Nesse contexto, fica difícil negar que o deslocamento da produção legislativa do parlamento para o Executivo acaba por se constituir em um dos principais fatores de estímulo à inflação legislativa.

49 DOBROWOLSKI, op. cit., p. 254.

50 Ibidem

51 CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de direito administrativo: parte geral, intervenção do estado e estrutura da administração*, Salvador: Podivm. 2008. p. 295.

Segundo José Eduardo Campos de Oliveira Faria, há diferença substancial entre *inflação legislativa* e *expansão legislativa*. Em que pese ambos os fenômenos terem como pano de fundo o aumento do número de leis editadas, na inflação legislativa o processo de certa maneira é caótico, sem balizamentos eficientes. Já no caso da expansão legislativa, as leis são criadas de maneira mais lenta, ordenada e racional, de modo a apenas acompanhar as novas demandas sociais que surgem. Nas palavras do autor supracitado:

A inflação jurídica é um processo qualitativamente diferente do fenômeno da expansão legislativa, que é o resultado natural da crescente complexidade social; ela se traduz pelo crescimento desenfreado do número de regras jurídicas; a acumulação excessiva dessas regras torna sua aplicação efetiva praticamente impossível, ocasionando, por consequência, a crescente "desvalorização" do direito positivo e o impedindo de exercer satisfatoriamente suas funções controladoras e reguladoras.⁵²

Posto isso, é correto imaginar que o crescimento desenfreado da legislação pode levar ao aumento progressivo do seu descumprimento e, conseqüentemente, à fragilização do próprio ordenamento jurídico brasileiro. Ante tal situação, é possível que tanto o cidadão bem intencionado e respeitador de suas obrigações, quanto quem pouco valor dá às regras vigentes, descumpram igualmente as leis. Seja por puro desconhecimento da existência da lei, seja por não acreditar em sua eficácia, respectivamente.

Atualmente, pode-se dizer que a inflação legislativa se eleva a uma das principais causas da insegurança jurídica, o que não é desejável, sobretudo, porque o fenômeno pode ser fonte de prejuízos para o país, ao desestimular investimentos de estrangeiros ou até mesmo dos próprios brasileiros. Neste contexto, é possível que a inflação legislativa seja uma das causas mais importantes para o aumento do chamado "custo Brasil", conforme aponta Arnold Wald, ao afirmar que:

[ã] inflação legislativa é tão perniciosa quanto a inflação monetária e podemos afirmar que, no Brasil, tivemos até uma inflação de

⁵² FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. A inflação legislativa e a crise do estado no brasil. p. 58. In: *Revista Direito, Estado e Sociedade do Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-RIO*, Rio de Janeiro, v. 5, p. 49-60. 1994.

inconstitucionalidades, ao verificar que foram cerca de 2000 as ADINs propostas perante o Supremo Tribunal Federal.⁵³

Ainda de acordo com Arnold Wald, o Brasil vive um caos legislativo tão notório e público que o “Banco Mundial, em seu Relatório, refere-se à incerteza jurídica existente no país como um *‘emaranhado de leis’*”.⁵⁴

Por fim, há quem afirme que há uma ligação direta entre a “inflação legislativa” e a “inflação dos cursos de Direito”. Em que pese as quatro décadas que separam os ensinamentos formulados por Juary C. Silva, estes foi bastante preciso ao discutir a questão:

A inflação legislativa tem ainda em relação ao ensino jurídico outro efeito peculiar: ela inflaciona as Faculdades de Direito, aumento o número destas e o de seus alunos. Quanto mais a legislação se expande, maior é o número dos que acreditam que o diploma de bacharel em Direito propicia melhor desempenho de qualquer profissão ou atividade, sendo levados, via de consequência, a matricularem-se nas Faculdades de Direito.⁵⁵

Nada mais natural. Numa sociedade em que a lei é vista como solução para quase tudo, é normal e esperado que mais e mais pessoas vejam o diploma de bacharel em direito como a oportunidade de maiores e melhores chances de realização pessoal, profissional e financeira.

5 FORMAS DE AMENIZAR OS EFEITOS NEGATIVOS DA INFLAÇÃO LEGISLATIVA

Entre os malefícios decorrentes da inflação legislativa destaca-se o desconhecimento da população sobre quais são as leis vigentes no ordenamento jurídico brasileiro. Aliás, mesmo entre aqueles que lidam com as leis como ferramentas de seus trabalhos, o desconhecimento é enorme. Juary C. Silva conclui que a hipertrofia legislativa acarreta uma série de consequências, entre as quais se destaca a dificuldade cada vez maior, mesmo para os juristas, de conhecer, entender e aplicar o Direito positivo⁵⁶.

53 WALD, Arnold. *A Estabilidade do direito e o custo Brasil*. p. 121. In: *Revista da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 8, p. 118-128. 2000.

54 WALD, op. cit., p. 121.

55 SILVA, Juary, op. cit., p. 90.

56 SILVA, op. cit., p. 87.

Não obstante, importa ressaltar que muitas leis são criadas para disciplinarem grupos e “nichos” específicos da sociedade (tais como servidores públicos, exportadores e outros), de modo que tais normas não precisam ser necessariamente conhecidas pelo restante da sociedade. Daí porque não é necessário que alguém tenha ciência de todos os diplomas legais vigentes no país, para exercer seus direitos como cidadão.

Talvez o melhor exemplo dessa situação se encontre entre os advogados e demais profissionais da área jurídica. Sem dúvida, é imprescindível para tais profissionais o conhecimento razoável sobre as leis que disciplinam a área em que atuam, até porque seria virtualmente impossível que conhecessem todas as normas vigentes no sistema jurídico do Brasil. Por exemplo, o juiz trabalhista, assim como o advogado trabalhista, precisa conhecer, ou melhor, compreender a maioria das leis que regulam as relações de trabalho, o que não significa que deverá decorá-las integralmente.

Em muitos casos, a norma é extraída de outras fontes diversas da lei, tais como os princípios gerais de direito e as decisões judiciais. Exemplifica essa situação a Resolução nº 21.702, de 2 de abril de 2004, na qual o Tribunal Superior Eleitoral fixou o número de vereadores de cada município brasileiro, ante a ausência de lei específica sobre o assunto, que só foi editada bem depois.

Outrossim, não é raro se discutir no Brasil a utilização de processos de consolidação de leis, sendo, provavelmente, a Consolidação das Leis Trabalhistas o exemplo maior. Arnold Wald reconhece isso ao comentar que o Executivo e, mais recentemente, o Congresso Nacional tomaram providências “no sentido de consolidar e racionalizar o direito vigente e de acelerar o processo legislativo”⁵⁷. Se tal mecanismo não pode ser tido como solução adequada, ao menos pode se constituir em opção bastante interessante e eficaz para mitigar o problema.

Assim, “quando o número incontrolável de leis e seu caráter fragmentário [...] passa a representar ameaça à própria segurança jurídica, recorre-se à consolidação”⁵⁸. Talvez pela experiência brasileira no assunto, o constituinte de 1988 tenha disposto no parágrafo único do artigo 59 da Constituição Federal a possibilidade de se recorrer ao mecanismo da

57 WARD, op. cit., p. 123

58 FREIRE, Natália de Miranda. A Consolidação como objeto da técnica legislativa. p. 83. *A Consolidação e o Aperfeiçoamento da Democracia das Leis*. Belo Horizonte: Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais. p. 81-102, 2002.

consolidação para amenizar o fenômeno da inflação legislativa, devendo, no entanto, ser editada lei complementar sobre o tema.

De igual maneira, o maior apuro técnico na elaboração das leis pode mitigar a necessidade de novas leis, sobretudo em relação àquelas editadas para corrigir ou substituir leis com alguma falha ou defeito.

O legislador deve uniformizar a sua linguagem, dando preferência a termos técnico-jurídicos de utilização mais corrente e com menor pluralidade de significados. Afinal, a lei, em regra, é feita para ser compreendida pelo maior número de pessoas, muitas delas sem formação esmerada, de maneira que qualidades como a concisão, clareza e precisão são imprescindíveis. A lei deve ser redigida dentro de um “espírito de sistema, tendo em vista não só a harmonia interna de suas disposições, mas também sua colocação harmônica no conjunto das leis vigentes.”⁵⁹ E o mais importante de tudo, deve ser coerente com a ordem constitucional vigente, sem a qual não encontra respaldo para existir e produzir efeitos válidos.

O Brasil poderá aproveitar, ainda, a experiência de outros países, em especial Portugal, sobre a Legística. Esta pode ser conceituada como a área do conhecimento que cuida da elaboração das leis de maneira metódica e sistemática, buscando harmonizar a norma editada ao restante do ordenamento jurídico. Em suma, a Legística pretende fixar regras para a boa elaboração das leis, deixando claro quais os limites inerentes a tal processo. Outrossim, a Legística não é refratária às questões multidisciplinares. Ao contrário, privilegia tal abordagem, sobretudo quando relacionada à economia e à sociologia.⁶⁰ No Brasil, tal campo de conhecimento ainda não apresenta muitos estudos doutrinários de relevo. Não obstante, a Universidade Federal de Minas Gerais tem discutido e analisado de forma crescente a questão no Brasil.

Além dos cuidados acima descritos, o legislador, na opinião de Victor Nunes Leal, deve dar à lei um grau de fixidez que garanta maior segurança às relações jurídicas desenvolvidas no âmbito da sociedade⁶¹. Não obstante isso, sempre que a situação exigir, o legislador necessita ter a prudência de atenuar as “normas legais com princípios que impeçam a sua petrificação e

⁵⁹ LEAL, op. cit., p. 18-19.

⁶⁰ CRISTAS, op. cit., p. 78.

⁶¹ LEAL, op. cit., p. 30.

ermitam ao juiz uma dose relativa de arbítrio⁶², de modo que possa adequar as leis às circunstâncias não previstas.

Segundo o doutrinador português Paulo Castro Rangel, a atividade judicial se constitui em outro importante mecanismo para se reduzir os malefícios da produção desenfreada de leis. Nesse caso, um sistema jurídico aberto no qual o número de leis cresce em ritmo acelerado, como é o caso brasileiro, apresenta “uma dispersão e complexidade que não é muito diversa da dispersão e complexidade dos sistemas de *Common Law*”⁶³. Talvez, por isso, não é de se estranhar “que aos juízes seja atribuído, a cada instante que passa, um papel mais preponderante e decisivo”⁶⁴.

Por fim, cumpre destacar o uso da informática como um dos mecanismos mais eficientes para amenizar os efeitos da inflação legislativa, pois, em tese, pode facilitar e simplificar o conhecimento e a aplicação das leis. Corrobora tal entendimento, a conclusão exarada por Pinto Ferreira ao asseverar que há de fato uma “inflação legislativa, excesso de leis, que tem aconselhado inclusive o uso da cibernética jurídica”⁶⁵.

Já na década de 60 do século passado, Juary C. Silva tinha chegado à mesma conclusão. De acordo com o autor em comento, a coleção e classificação de textos normativos é quase impossível sem o auxílio de computadores, por isso, é bastante provável que toda tentativa neste sentido será fadada ao insucesso, afinal, no decorrer do trabalho de “compilação novos textos estarão sendo aditados aos existentes [...] de maneira que o resultado final já nascerá desatualizado.”⁶⁶

Ante tais fatos, “somente uma catalogação eletrônica, mercê de sua rapidez, poderá pôr e manter em dia um repertório completo da legislação brasileira.”⁶⁷

Neste ponto, é importante informar que a Presidência da República, em seu portal eletrônico na Rede Mundial de Computadores, disponibiliza para qualquer interessado a possibilidade de pesquisar as leis federais

62 Ibidem.

63 RANGEL, op. cit., 92.

64 Ibidem. p. 92.

65 FERREIRA, Pinto. Técnica legislativa como a arte de redigir leis. p. 170. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 23, n. 89, p. 169-198, jan.-mar. 1986.

66 SILVA, op. cit., p. 80.

67 Ibidem.

vigentes no Brasil. Além disso, recentemente, passou a disponibilizar para qualquer pessoa a inscrição num sistema *push* (semelhante aos dos tribunais), de modo que qualquer alteração na legislação federal é imediatamente informada por correio eletrônico ao interessado inscrito.

Juary parece ter acertado em cheio, pois a informática de fato minorou os efeitos perniciosos da “avalanche” de leis, sobretudo ao permitir uma melhor e mais eficiente organização das leis editadas, maior rapidez nas pesquisas legislativas e uma maior publicização sobre a existência e vigência dos diplomas legais existentes.

6 CONCLUSÃO

A inflação legislativa é caracterizada pelo crescimento desordenado do número de leis. E em analogia à inflação no campo econômico (que fragiliza a moeda), pode resultar em problemas para o ordenamento jurídico, tais como: o desconhecimento das leis vigentes, o descumprimento das normas e a participação exagerada do Poder Executivo na edição de diplomas legais.

Entre as características observadas na sociedade contemporânea, chama atenção o ritmo acelerado em que as alterações das demandas sociais e das descobertas tecnológicas ocorrem, que parecem não encontrar paralelo nas sociedades de épocas passadas. Dessa maneira, a realidade torna-se mais complexa, exigindo, por vezes, sua regulação por leis mais atuais e adaptadas, que devem ser editadas em tempo cada vez menor e em maior quantidade.

Neste contexto, é possível que, realizados os debates e discussões necessárias sobre dada matéria e superadas as etapas inerentes ao processo legislativo, a lei ao ser editada tenha perdido total, ou parcialmente, seu sentido. Isso ocorre quando o problema ou demanda não são mais compatíveis com o regramento proposto. Em tais casos, a lei deverá ser revogada ou reformada, o que provavelmente exigirá a elaboração de uma nova lei.

Assim, de acordo com Juary, a produção legislativa parece aumentar a cada momento e com ela a criação legislativa do direito, o que culmina na moderna produção em massa de leis. Essa mudança de paradigma, na visão do autor supracitado, “foi, por conseguinte, a *occasio*,

ou seja, a oportunidade para que surgisse a inflação legislativa, ainda que [...] não tenha propriamente causado.”⁶⁸

Neste processo de criação do direito por intermédio da edição de leis, ganha destaque o fato de que Executivo parece legislar cada vez mais e em maior velocidade, assumindo um papel que, a partir da concepção de tripartição dos poderes, não seria seu (ao menos não da forma e na proporção como vem ocorrendo).

Como visto no correr do presente trabalho, alguns entendem que o Poder Executivo estaria mais adaptado para enfrentar as demandas sociais atuais, sobretudo quanto a maior agilidade e a melhor capacitação técnica para superar as exigências das complexidades imposta pela atual sociedade.

Esse entendimento, contudo, não parece adequado, pois do contrário não haveria a necessidade de serem editadas tantas leis, muitas delas para substituírem outras que foram elaboradas com falhas ou sem a necessária discussão entre os interessados. Além do mais, entendida a inflação legislativa como um problema e, sabendo-se que o Executivo contribui de modo expressivo para o fenômeno, é possível concluir que ele não é necessariamente tão cuidadoso e capacitado para editar tais diplomas normativos. Frágil, portanto, a alegação de que o Executivo encontra-se melhor capacitado para legislar que o Poder Legislativo.

Muitos são os problemas que podem resultar da produção legislativa acelerada e sem maior controle. Dentre eles, pode-se destacar: (a) a dificuldade de se conhecer as leis que estão em vigor e aquelas que foram revogadas; (b) a qualidade dos textos legais, muitos deles com gravíssimos erros de português; (c) o crescimento vertiginoso do número de faculdades de direito, que se registra ano após ano.

O fenômeno da inflação legislativa certamente não tem solução fácil. Por isso, o presente trabalho sugere algumas maneiras de amenizar seus efeitos. Uma delas é o uso de meios eletrônicos para arquivar e sistematizar as leis, possibilitando maior publicidade e melhor acesso aos cidadãos interessados, sobretudo aqueles que não habitam os grandes centros urbanos.

Outra forma de mitigar o problema é o estímulo ao estudo da Legística, que se constitui disciplina dedicada a elaboração de leis melhor formuladas e mais adequadas tecnicamente ao ordenamento jurídico. Apreende-se,

⁶⁸ SILVA, op. cit., p. 87.

contudo, que a Legística apenas se inicia no Brasil, mas tem na Universidade Federal de Minas Gerais um centro de pesquisa de referência no país.

Percebe-se, então, que a inflação legislativa não é questão limitada tão-somente à produção acelerada de leis. Neste caso, é possível que o problema em debate não seja causa, mas efeito de outros desajustes verificados na própria Sociedade.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Gilberto Luiz do [et alii]. *Quantidade de normas editadas no Brasil - 19 anos da constituição federal*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário, 2007. Disponível em: <http://www.ibpt.com.br/arquivos/estudos/QUANTIDADE_DE_NORMAS_-_19_ANOS_DA_CF_1988.pdf>. Acesso em: 27 out. 2007.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BONAVIDES Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CARNELUTTI, Francesco. *A Morte do direito*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira, Belo Horizonte: Líder, 2003.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de direito administrativo: parte geral, intervenção do estado e estrutura da administração*, Salvador: Podivm, 2008.

CRISTAS, Assunção. Legística ou arte de fazer leis. *Revista CEJ*, Brasília, n. 33, p. 78-82, abr.-jun. 2006.

DOBROWOLSKI, Sílvio. A inflação legislativa e a jurisdição constitucional. *Revista da ESMESC*, Santa Catarina, ano 5, v. 6, p. 253-267, maio. 1999.

FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. A inflação legislativa e a crise do estado no Brasil. *Revista Direito, Estado e Sociedade do Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-RIO*, Rio de Janeiro, v. 5, p. 49-60. 1994.

FERREIRA, Pinto. Técnica legislativa como a arte de redigir leis. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 23, n. 89, p. 169-198, jan.-mar. 1986.

FREIRE, Natália de Miranda. A Consolidação como objeto da técnica legislativa. In: *A Consolidação e o Aperfeiçoamento da Democracia das Leis*. Belo Horizonte: Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais. p. 81-102, 2002.

GOMES, Orlando. A Caminho dos Micro-sistemas. In: *Novos Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 40-50.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. II. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. Jürgen. *Era das transições*. Tradução de Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HENNEMANN, Alex. O problema das normas parasitárias: uma análise luso-brasileira. In: *Direito Público*. Porto Alegre, v. 5, n. 18, p. 5-30, out.-dez. 2007.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. v. VI, 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

LEAL, Victor Nunes. Técnica legislativa. In: *Problemas de Direito Público e Outros Problemas*, Brasília, vol. I, p. 7-32, 1997.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. Questões fundamentais de técnica legislativa. *Revista de Doutrina e Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 37, p. 41-68, set/dez 1991.

MENELICK de Carvalho Netto. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do estado democrático de direito. *Revista Notícia do Direito Brasileiro*, Brasília, v. 6, p. 25-44, jul-dez. 1998.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *O Espírito das leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: UnB. 1995.

MORAIS, Carlos Blanco de. Algumas reflexões sobre o valor jurídico de normas parasitárias presentes em leis reforçadas pelo procedimento. In: *Nos 25 anos da Constituição da República Portuguesa de 1976*, Lisboa, 2001.

MOREIRA, João Batista. A Nova concepção do princípio da legalidade no controle da administração pública. *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte, vol. 5, n. 21, p. 81-89, set-out. 2003.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3. ed. Tradução de Peter Naumann, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. *O Novo paradigma do direito*: introdução à teoria e metódica estruturante do direito. Tradução Dimitri Dimoulis, Gilberto Bercovici, Peter Naumann et all, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

PRAZERES, Gustavo Cunha. *Teoria da legislação no pensamento de Habermas*. Ragusa: Diritto & Diritti - il Portale Giuridico italiano. Disponível em: <<http://www.diritto.it/archivio/1/25375.pdf>>. Acesso em: 16 jul. 2008.

RANGEL, Paulo Castro. Estado fraco, tribunais fortes: de novo as questões de legitimidade e função. *Revista Julgar*, Lisboa, n. 3, p. 87-95, set-dez 2007.

SANTA HELENA, Eber Zoehler. Caudas, rabilongos e o princípio da pureza ou exclusividade da lei orçamentária. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 159, p-37-45, jul.-set. 2003.

SCHMITT, Carl. *Legalidade e legitimidade*. Tradução de Tito Lívio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

A FÚRIA legiferante. *Estado de São Paulo*, 20 abr. 2002, p. A3.

SILVA, Juary C. Considerações em torno da inflação legislativa. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado da Guanabara*, Rio de Janeiro, p. 76-92, 1968.

FRANÇA, Júnia Lessa; VASCONCELLOS, Ana Cristina de. *Manual para normalização de publicações técnicos-científicas*. 8. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2007.

WALD, Arnoldo. A Estabilidade do direito e o custo Brasil. *Revista da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 8, p. 118-128. 2000.

A CONVENÇÃO 189 DA OIT E A AMPLIAÇÃO DOS DIREITOS DOS TRABALHADORES DOMÉSTICOS NO BRASIL

*THE CONVENTION 189 OF OIT AND THE EXTENSION OF
DOMESTIC WORKERS' RIGHTS IN BRAZIL*

Clemilton da Silva Barros

*Advogado da União. Mestre em Direito e Políticas Públicas. Especialista em
Direito do Trabalho, em Direito Processual do Trabalho e em Direito Processual
Civil. Professor de Direito Previdenciário, de Processo Civil e de Direito e
Processo do Trabalho. Autor literário e jurídico.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Proteção Social Dos Trabalhadores Domésticos no Ordenamento Jurídico Brasileiro; 2 Ampliação dos Direitos Mínimos dos Domésticos; 3 A Dimensão Normativa do Artigo 7º da Constituição de 1988; 3.1 Corrente Hermenêutica Extensiva; 3.2 Corrente Hermenêutica Restritiva; 4 Tese Acolhida no Presente Estudo; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: A Constituição Federal de 1988, art. 7º, parágrafo único, elenca os direitos mínimos dos trabalhadores domésticos. A discussão em torno da ampliação de tais direitos ganhou força com a recente aprovação da Convenção nº 189 - OIT, que igualou os domésticos aos empregados comuns. A questão é saber se o legislador ordinário poderá estender aos domésticos os direitos discriminados nos incisos do art. 7º da Constituição, ou se isto só poderá ser procedido mediante reforma da Constituição, considerando-se a disposição do parágrafo único, que especifica quais daqueles direitos são devidos aos domésticos.

PALAVRAS-CHAVES: Direito Constitucional. Reforma à Constituição. Trabalhadores domésticos.

ABSTRACT: The Federal Constitution of 1988, art. 7º, only paragraph, lists the domestic workers' minimum rights. The discussion about the expansion of such rights got power with the new approval of Convention 189 - OIT, which equaled the domestic workers to the common employees. The question is know if the ordinary legislator can extend to the domestic workers the rights discriminated on items of art. 7 from Constitution, or if this can just be carried through reform of the Constitution, considering the disposal of the only paragraph, that specifies which rights are owed to the domestic workers.

KEYWORDS: Constitutional Law. Reform the Constitution. Domestic Workers.

INTRODUÇÃO

Nos últimos tempos, mormente nesses primeiros anos do novo milênio, tem havido muito debate, em todos os ciclos e instâncias da sociedade brasileira e mundial, especialmente nos âmbitos político e jurídico, envolvendo o tratamento diferenciado dos trabalhadores domésticos, quando comparados às demais espécies de trabalhadores, tratamento esse que alcança tanto os direitos eminentemente trabalhistas quanto os de natureza previdenciária.

Poucas soluções, porém, foram efetivamente aplicadas no sentido de estabelecer a inclusão social dos trabalhadores domésticos, algumas se mostrando de caráter meramente dissimulatório, tal como é o caso da Lei nº 10.208, de 23 de março de 2001, que acrescentou dispositivos à Lei nº 5.859, de 11 de dezembro de 1972, para facultar à categoria dos empregados domésticos o acesso ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS e ao seguro-desemprego.

Os questionamentos agora ganham força em face da aprovação da Convenção nº 189, pela Organização Internacional do Trabalho – OIT¹, que equipara os trabalhadores domésticos aos demais trabalhadores, apressando-se, tanto o Poder Executivo Federal quanto o próprio Congresso Nacional, em dar uma resposta à sociedade brasileira, com a criação de instrumentos normativos capazes de estabelecer a isonomia em termos de proteção social.

Ocorre que, tendo em vista o fato de o *caput* do art. 7º da Constituição Federal fazer referência aos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, tratando dos domésticos apenas no seu parágrafo único, para estender a estes alguns dos direitos elencados nos incisos do referido art. 7º, a questão é saber se o legislador ordinário poderia ampliar a proteção dos domésticos com aqueles direitos descritos nos incisos do art. 7º, ou tal ampliação necessitaria de Emenda Constitucional. Tal questionamento, aliás, constitui o núcleo do estudo que ora se busca empreender.

1 Trata-se a OIT de uma agência multilateral ligada à Organização das Nações Unidas (ONU), especializada na promoção da justiça social, sobretudo em relação às questões do trabalho. Foi criada em 1919 pela Conferência de Paz após a Primeira Guerra Mundial, convertendo-se a sua Constituição na Parte XIII do Tratado de Versalhes. Tem representação paritária de governos dos 182 Estados-Membros e de organizações de empregadores e de trabalhadores. Cada Estado-Membro está representado por 02 delegados do governo, um dos empregados e um dos empregadores, os quais podem votar de forma independente, na defesa de seus interesses. Está sediada em Genebra, Suíça, tendo uma rede de escritórios em todos os continentes.

Importa de antemão observar que as referências a “trabalhadores” urbanos e rurais, feita pelo *caput* do art. 7º, e a “trabalhadores domésticos”, constante do parágrafo único do mesmo art. 7º da Constituição, encontram-se em desarmonia com a técnica jurídica adotada tanto no Direito do Trabalho quanto no Direito Previdenciário.

“Trabalhador” (sem adjetivação) é tratada pelo Direito do Trabalho como gênero, do qual são espécies o empregado comum, o empregado doméstico, o trabalhador avulso etc. O “trabalhador” ali utilizado, portanto, remete a qualquer pessoa que presta serviço, e não propriamente àquele que trabalha sob subordinação jurídica. No Direito Previdenciário, o mesmo termo “trabalhador” indica que se trata de contribuinte/segurado obrigatório da Previdência Social, via de regra, na qualidade de contribuinte individual, a menos que haja uma qualificação, quando então integrará um grupo específico de contribuinte/segurado.

A rigor, teria sido mais técnico o constituinte se tivesse utilizado a expressão “empregados” urbanos e rurais e “empregados domésticos”, espécies do gênero trabalhador, uma vez que os direitos catalogados no destacado art. 7º da Constituição são típicos daqueles que exercem suas atividade profissionais mediante contrato de trabalho.

A propósito, empregado doméstico, nos termos do art. 1º da Lei nº 5.859, de 11 de dezembro de 1972, é “aquele que presta serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família no âmbito residencial destas”. De todo modo, no presente estudo, o termo “trabalhador” será utilizado sempre com o significado de empregado, seja urbano e rural, seja doméstico.

1 A PROTEÇÃO SOCIAL DOS TRABALHADORES DOMÉSTICOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A proteção social dos trabalhadores no Brasil é algo que flui do ordenamento jurídico pátrio como meta prioritária, inclusive, traduzindo a própria razão de existência do Estado Brasileiro. Essa proteção figurou inconfundível, pelo menos sob um patamar mínimo, nas diversas Constituições que essa “Terra de Vera Cruz” já adotou ao longo da sua breve história, constando explicitamente de diversos dispositivos da Carta atual, e de forma implícita em todo o seu conteúdo².

² Celso BASTOS e Gandra MARTINS registram que “de certa forma, no Brasil, sempre houve a preocupação em proporcionar algum tipo de proteção ao empregado doméstico, desde o Código Civil de 1916, embora nossos textos constitucionais não fizessem qualquer referência ao assunto até a promulgação

Entretanto, nem todas as categorias de trabalhadores estiveram sempre protegidas com essas mínimas garantias sociais, a exemplo dos domésticos, os quais, expressamente excluídos do âmbito protetivo da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT (art. 7º, “a”), foram mantidos em “constrangedor limbo jurídico” por longo período, sem direito, sequer, a salário mínimo e reconhecimento previdenciário do seu tempo de serviço.

Somente com a Lei nº 5.859, de 11 de dezembro de 1972, conhecida como “Leis dos Domésticos”, os trabalhadores domésticos passariam a ser contemplados com um mínimo de cidadania jurídica, então lhes sendo garantidos três direitos: a) *férias anuais remuneradas de 20 dias úteis, após cada 12 meses de trabalho*; b) anotação da CTPS; e c) *participação como contribuinte/segurado obrigatório da Previdência Social*.

Até 5 de outubro de 1988, a categoria foi mantida à margem dos sistema protetivo, em termos de proteção social, permanecendo praticamente apenas com os poucos direitos deferidos pela mencionada Lei nº 5.859/72.

A Nova Carta, conquanto tenha ampliado significativamente os direitos de todas as categorias de trabalhadores, estabeleceu tratamento diferenciado entre os domésticos e os demais trabalhadores, conforme se constata do teor do art. 7º e do seu parágrafo único, *in verbis*:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...].

Parágrafo único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VIII, XV, XVII, XVIII, XIX, XXI e XXIV, bem como a sua integração à previdência social.

Note-se que o *caput* do art. 7º destaca expressamente os “trabalhadores urbanos e rurais” como os titulares dos direitos elencados nos seus 34 incisos. Nada obstará que um simples exercício hermenêutico ali incluíssem os trabalhadores domésticos, sabendo-se que estes tanto podem estar no meio urbano quanto no meio rural. Todavia, foi a própria

da Constituição vigente”. (BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 543).

Constituição quem obstou tal possibilidade, ao especificar no parágrafo os direitos a serem estendidos aos domésticos, quais sejam:

- a) O salário mínimo (inciso IV);
- b) A irredutibilidade salarial (inciso VI);
- c) O décimo terceiro salário (inciso VIII);
- d) O repouso semanal remunerado (inciso XV);
- e) As férias acrescidas de terço (inciso XVII);
- f) A licença maternidade de 120 dias e licença paternidade (incisos XVIII e XIX);
- g) O aviso prévio (inciso XXI);
- h) A aposentadoria (inciso XXIV); e
- i) A integração à Previdência Social (parte final do parágrafo único).

Tendo-se em mente a disposição da parte final do *caput* do art. 7º, além dos direitos acima descritos, também fazem *jus* os domésticos, como os demais trabalhadores, a outros direitos “que visem à melhoria de sua condição social”.

2 AMPLIAÇÃO DOS DIREITOS MÍNIMOS DOS DOMÉSTICOS

Figurando inconfundíveis, como se disse, as mais diversas garantias trabalhistas e previdenciárias aos trabalhadores comuns, a sua extensão aos trabalhadores domésticos não se trata apenas de uma questão de justiça social, mas de dignidade e cidadania. Configura, acima de tudo, um compromisso inafastável da sociedade brasileira, consagrado no texto constitucional a partir mesmo do seu artigo inaugural, o qual proclama, entre os “fundamentos” da República Federativa do Brasil, a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

Tal compromisso se apresenta ainda mais explícito no art. 3º da Carta de Outubro, no qual são elencados os “objetivos fundamentais” do Estado Brasileiro, entre o quais se destacam a construção de

uma sociedade livre, justa e solidária; a erradicação da pobreza, da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais; e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Esses fundamentos e objetivos fundamentais traçados pela Constituição de 1988 não são exclusividades do Estado Brasileiro. Trata-se de uma tendência vivida, sobretudo, por todo o mundo ocidental, que não tem poupado esforços em buscar a efetivação dos direitos humanos e fundamentais.

Nessa linha de ideais, dos quais comungam muitos povos, importa destacar o recente feito da Organização Internacional do Trabalho (OIT), na sua 100^a Conferência Internacional do Trabalho, realizada entre 1º e 18 de junho de 2011, em Genebra, na Suíça, aprovando a 189^a Convenção e a sua 201^a Recomendação³, prevendo a inserção dos trabalhadores domésticos no âmbito de proteção social garantida aos demais trabalhadores, estando ali o Brasil devidamente representando, pondo-se favorável ao destacado pleito internacional, sem qualquer ressalva.

Agora, na condição de país membro daquela Organização Internacional, o Brasil, mais do que nunca, precisa modificar o cenário de tratamento diferenciado dos trabalhadores domésticos. Resta saber, porém, se para fazer valer a mencionada Convenção da OIT basta a sua simples ratificação pelo Governo Brasileiro⁴ ou se será necessário alterar a Constituição Federal.

Noutras palavras, o estabelecimento da igualdade entre os trabalhadores domésticos e os trabalhadores comuns, no tocante aos

3 Importa destacar a distinção entre “Convenção” e “Recomendação” da OIT. A primeira possui caráter normativo (força de Lei) e constitui tratado de caráter unilateral, eis que elaborada por diversos países, com a participação tripartite e com a possibilidade de adesão do Estado-Membro a qualquer tempo. No Brasil, os tratados e convenções internacionais, via de regra, têm características de Lei Ordinária, salvo aqueles de Direitos Humanos, que serão equivalentes a Emenda Constitucional, se aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, conforme estabelece o parágrafo terceiro, do artigo 5º, da CF, incluído pela EC nº 45/2004. A “Recomendação”, por sua vez, não gera direitos e obrigações, tratando-se apenas de fontes materiais, que servem como diretriz para apontar o procedimento mais correto a ser seguido.

4 A ratificação segue o mesmo procedimento adotado para uma Lei Ordinária, nos termos dos artigos, 84, VIII, 102, III, “b” e 105, III, “a”, da Constituição Federal. Alerta-se, porém, para o fato de que o § 3º do artigo 5º, da CF/88, incluído pela EC nº 45/2004, prevê que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

direitos descritos nos incisos do art. 7º, da CF, poderá ser feito mediante atuação do legislador infraconstitucional ou terá necessariamente que passar pelo crivo do constituinte reformador, alterando-se ou excluindo o parágrafo único do artigo 7º da Constituição Federal?

3 A DIMENSÃO NORMATIVA DO ARTIGO 7º DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Consoante já assinalado, a Constituição de 1988, no seu art. 7º, trouxe expressamente um rol de direitos aos trabalhadores urbanos e rurais, dos quais, apenas alguns foram estendidos aos domésticos. Nessa linha, a Constituição estabeleceu apenas as garantias mínimas aos trabalhadores urbanos e rurais, restringindo estas em relação à categoria dos trabalhadores domésticos, nos termos do parágrafo único do mencionado art. 7º.

Na verdade, em se tratando de ampliação dos direitos dos domésticos, deve-se ter em mente que o *caput* do art. 7º estabelece dois blocos de direitos a serem considerados:

- a) Aqueles capitulados nos incisos do art. 7º, que expressam o catálogo de direitos integrantes da proteção mínima dos trabalhadores; e
- b) Outros direitos que “visem à melhoria de sua condição social”, conforme prevê a parte final do *caput* do art. 7º.

Evidentemente que a hipótese da letra “b”, relativamente a outros direitos que visem à melhoria da condição social do trabalhador, encontra-se fora da proteção mínima já estabelecida nos incisos do art. 7º, tanto em relação aos trabalhadores comuns, urbanos e rurais, quanto aos domésticos.

Com efeito, mediante a prescrição do *caput* do art. 7º a própria Constituição explicitou a possibilidade de ampliação do rol de direitos que ela mesma especifica nos incisos daquele dispositivo, alargando-se a proteção mínima de todos os trabalhadores, inclusive dos domésticos. Contudo, ao utilizar a expressão “outros”, obviamente que a Carta ressalvou dessa ampliação aqueles direitos já explicitamente relacionados nos incisos do art. 7º.

Vale dizer, no que toca aos domésticos, esses “outros” direitos envolvem duas hipóteses: I - *Ampliação do rol descrito no parágrafo único*

com outros direitos previstos nos incisos do art. 7º; e II – Incorporação de novos direitos ao catálogo protetivo dos domésticos, os quais não se encontram inscritos nos incisos do art. 7º.

No estudo ora empreendido, partir-se-á da presunção de que inexistente controvérsia quanto à efetivação, pelo legislador ordinário, da ampliação referida na segunda hipótese. A questão, porém, está centrada é na extensão, aos domésticos, daqueles direitos elencados nos incisos do art. 7º, os quais ainda não constam do rol do parágrafo único do mesmo art. 7º, restando saber se tais direitos podem ser ampliados pelo legislador infraconstitucional ou se somente mediante emenda à Constituição.

Efetivamente, da forma específica como está sendo colocada, a matéria concentra-se no âmbito dos procedimentos legislativos, tratando-se, portanto, de questionamento cuja provocação dificilmente alcançaria a via jurisdicional. Daí não ser comum encontrar-se manifestações na doutrina e na jurisprudência sobre o tema. De todo modo, a sua análise pode ser pensada sob duas correntes: *uma que interpreta de forma extensiva os direitos dos domésticos*, admitindo a ampliação dos direitos inscritos nos incisos do art. 7º da CF/88, àquela categoria, pelo legislador infraconstitucional; e outra de *caráter restritivo*, que condiciona a referida ampliação à atuação do reformador da Constituição.

3.1 CORRENTE HERMENÊUTICA EXTENSIVA

É possível identificar-se na doutrina trabalhista uma tendência no sentido de se admitir que o legislador infraconstitucional possa estender direitos que integram as garantias mínimas dos trabalhadores urbanos e rurais aos domésticos, mediante uma interpretação extensiva do parágrafo único do art. 7º da CF/88.

Essa tendência é nitidamente movida pela boa-vontade de alguns especialistas favoráveis à uma proteção mais ampla daqueles que mais necessitam, fundada, sobretudo, na *dignidade da pessoa humana*, no *princípio da isonomia* e no *princípio da norma mais favorável*, este último inerente ao Direito do Trabalho, dotado de força normativa, o qual estaria previsto no próprio *caput* do art. 7º da CF, assim, nada impedindo que a lei infraconstitucional possa ampliar o rol de direitos dos domésticos, como “forma de melhora de sua condição social”⁵.

5 Neste sentido, a manifestação de Gustavo Felipe Barbosa GARCIA. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Método, 2007..

Aliás, há quem defenda tal possibilidade sob o argumento de que o texto constitucional não teria estabelecido qualquer proibição, cabendo perfeitamente ao legislador infraconstitucional estabelecer a referida ampliação, como já ocorreu em relação ao FGTS⁶. Para essa corrente, a enumeração do parágrafo único do art. 7º da CF não seria taxativa (*numerus clausus*), mas exemplificativa, pois não está escrito no referido dispositivo da Lei Maior que os direitos dos domésticos “são apenas”, ou “somente”, ou “exclusivamente” aqueles previstos em alguns dos incisos do art. 7º, “permitindo que a lei ordinária estabeleça outros direitos”⁷

3.2 CORRENTE HERMENÊUTICA RESTRITIVA

São diversos os registros doutrinários que negam interpretação extensiva no sentido de se permitir ao legislador infraconstitucional estender aos domésticos as parcelas negadas pela Lei Maior, defendendo, pois, que o constituinte excluiu alguns direitos da proteção mínima dos domésticos mediante exposição *numerus clausus*, dependendo a alteração desse rol taxativo de Emenda Constitucional. Veja-se, por exemplo, o manifesto de Georgenor Franco Filho:

Com a Constituição de 05 de outubro de 1988, foi dado tratamento especial ao empregado doméstico, ao inserir um parágrafo único ao art. 7º, elencando expressa e taxativamente os direitos desse tipo de trabalhador. [...].

Essa enumeração, que não é exemplificativa, mas taxativa e exaustiva, impede que outros direitos sejam extensíveis aos domésticos, salvo se alterado aquele preceito fundamental⁸.

Para essa corrente, a preocupação do constituinte foi conferir ao trabalhador doméstico alguns direitos trabalhistas outrora previstos apenas na legislação infraconstitucional. E ao se referir e englobar tal categoria de trabalhadores em seu contexto, a Constituição o fez “expressa e topicamente”, descabendo “produzir-se interpretação extensiva onde

6 É o posicionamento, entre outros, de Renato SARAIVA. *Direito do trabalho para concursos públicos*. 3. ed. São Paulo: Método, 2005.

7 MARTINS, Sergio Pinto. *Manual do Trabalho Doméstico*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 55-56.

8 Para FRANCO FILHO, não apenas aqueles direitos que se encontram inscritos nos incisos do art. 7º da CF/88, mas qualquer novo direito a ser conferido aos domésticos terá passar por alteração na Constituição Federal. (FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. *Globalização & desemprego: mudanças nas relações de trabalho*. São Paulo, LTr, 1998. p. 24 e ss.).

a Constituição conferiu tratamento restrito e excetivo. São as exatas palavras de Maurício Godinho:

A própria legislação doméstica seria um retrato dessa dinâmica jurídica diferenciada: não obstante o empregado doméstico seja tão empregado quanto qualquer outro existente no mercado de trabalho, a lei nega a ele inúmeros direitos jus trabalhista, sem que se considere factível produzir-se interpretação extensiva favorável quanto às parcelas negadas (ilustrativamente, jornada de trabalho, FGTS etc.). [...].

Aduz a posição hermenêutica hoje dominante que no instante em que a Carta de 1988 pretendeu se referir e englobar em suas normas categorias domésticas, fê-lo expressa e topicamente (parágrafo único do art. 7º, CF/88). Assim, descaberia produzir-se interpretação extensiva onde a Constituição conferiu tratamento restrito e excetivo⁹.

No âmbito da doutrina constitucional também é possível encontrar quem encampe esse pensamento, a exemplo Uadi Lamêgo BULOS, o qual, em análise ao destacado parágrafo único do art. 7º, assim escreve:

Esse preceito é novo na ordem jurídica constitucional brasileira, não encontrando similar nas Constituições passadas. Evidente que a enumeração é taxativa. Não há que se falar noutros direitos, ou benefícios, além desses que foram previstos. Nem mesmo o legislador poderá, mediante providência legislativa ulterior, ampliar o catálogo de preceito em tela, muito menos o Poder Judiciário através de ato imperativo. Qualquer alargamento da mensagem prescrita aí gizada será inconstitucional¹⁰.

A corrente restritiva trabalha, pois, com a ideia de que o constituinte de 1988 concedeu aos domésticos aquilo que entendeu ser possível conceder, tratando assim de forma especial a categoria no intento de lhe preservar, considerando nesse contexto diversos aspectos atinentes à atividade e à própria categoria profissional. O reconhecimento de um maior número de direitos aos trabalhadores domésticos oneraria demasiadamente o empregador, e como consequências, entre outras, viriam a redução da oferta de empregos, bem como o aumento da

9 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 10. ed. São Paulo, LTr, 2011. p. 378.

10 BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 463.

informalidade. Tudo isso seria algo por demais danoso tanto para a própria categoria profissional quanto para o Estado.

Aliás, há quem veja obstáculo não apenas em relação ao legislador infraconstitucional, mas até mesmo para o constituinte reformador, no tocante à ampliação do leque dos direitos previstos no art. 7º, e não apenas em relação aos domésticos, mas em relação a todos os trabalhadores. Neste sentido, pede-se vênua para novamente transcrever a lição de Bulos:

Os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais (art. 7º), do mesmo modo que os direitos sociais (art. 6º), seguem o sistema de enumeração taxativa (*numerus clausus*). Do contrário, abriríamos uma gama infindável de direitos, estimulando o casuísmo.

Também é inconveniente aumentar, via emenda constitucional, o leque de direitos do art. 7º, alargando, mais ainda, o que já é, notadamente, amplo.

A consagração de direitos, “sem menção expressa aos deveres”, ainda quando estes se encontrem, logicamente, implícitos, fomenta crises institucionais, acarretando desemprego, fome, marginalidade e miséria, ainda mais em países como o Brasil, de escassa formação política e educacional.

Acionar o poder reformador, em tal hipótese, afigura-se medida eivada de imprudência e demagogia, porque o catálogo de direitos trabalhistas da Carta Maior já se apresenta sobremodo farto. Não convém, pois, ser ampliado via emenda à Constituição¹¹.

Importa, porém, destacar que, neste particular aspecto da discussão, o entendimento do STF aponta para um sentido contrário, constando expressamente do voto do Relator, no julgamento da ADIn 639, “que o rol de garantias do art. 7º da Constituição não exaure a proteção aos direitos sociais”¹².

Voltando ao centro da questão, importa observar que o argumento de agressão ao princípio da isonomia é rechaçado pelos defensores

11 BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 56/2007. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 629.

12 ADI 639, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 02/06/2005, DJ 21-10-2005 PP-00005 EMENT VOL-02210-01 PP-00006 LEXSTF v. 27, n. 323, 2005. p. 34-46.

da interpretação restritiva, fundamentando estes que os domésticos, enquanto categoria profissional, não estão no mesmo pé de igualdade dos empregados comuns, considerando-se os diversos elementos e paradigmas que se inserem no contexto das variadas atividades profissionais, devendo a matéria ser avaliada em face das peculiaridades de cada grupo e da natureza das coisas.

Também não estariam em prejuízo a dignidade da pessoa humana e a valorização do trabalho, previstos no artigo 1º, incisos III e IV, da Carta, porquanto a “dignidade” encontra-se sedimentada no mínimo ao qual a Constituição se propõe garantir, mínimo este consolidado no parágrafo único do art. 7º, o qual também expressa inequivocamente a valorização, dentro do possível, da atividade profissional a que faz referência aquele dispositivo.

4 TESE ACOLHIDA NO PRESENTE ESTUDO

Feitas as considerações já expostas nos itens antecedentes, importa reiterar que os direitos capitulados nos incisos do art. 7º compõem a mínima proteção admissível pelo ordenamento jurídico pátrio aos trabalhadores em geral (urbanos e rurais). Essa proteção mínima, contudo, em relação aos domésticos, ocupa patamar inferior, constituindo-se de apenas alguns daqueles direitos assegurados aos demais trabalhadores.

Não se pode olvidar que essa distinção entre os trabalhadores comuns e os domésticos não é obra do legislador ordinário, mas do próprio constituinte de 1988, pautada certamente na convicção de que não deveria, ou não poderia, o ordenamento jurídico conferir garantia extensa à destacada categoria profissional. É dizer, numa analogia: não se poder querer calçar um pé de número quarenta com um sapato de número trinta e oito. Ou o sapato restará danificado, ou o pé ficará desconfortável.

Uma leitura a *contrário sensu* do parágrafo único do art. 7º indica que o Constituinte, movido, talvez, por razões vinculadas a circunstâncias sócio-econômicas, circunstâncias essas que distinguem o empreendimento empresarial da atividade exercida no âmbito familiar, e até mesmo para dar ênfase à liberdade do mercado de trabalho e ao princípio da livre iniciativa, intencionalmente afastou os demais direitos constantes dos incisos do art. 7º da proteção mínima dos domésticos.

Por outro lado, é também inegável que o referido parágrafo único não dispôs apenas sobre direitos dos trabalhadores domésticos, mas também sobre direitos de seus empregadores. Pelo menos em tese, os direitos constantes dos incisos do art. 7º, que não foram incluídos no parágrafo único, são verdadeiros direitos dos empregadores domésticos.

Diante dessas considerações, é forçoso concluir-se que a extensão, aos domésticos, de qualquer dos demais direitos elencado nos incisos do art. 7º da CF, só poderá ser feita mediante alteração da Constituição, sob pena de violação aos limites nela estabelecidos. Isto, aliás, já está sendo providenciado pelo Poder Legislativo, que faz as vezes de Constituinte Reformador, ali tramitando diversos Projetos de Emenda à Constituição, tendo por objeto a alteração ou exclusão do parágrafo único do art. 7º, da CF, a exemplo da PEC nº 478/2010¹³.

A extensão do FGTS aos domésticos, pela Medida Provisória nº 1.986, de 13/12/1999, convertida na Lei nº 10.208/01, não pode ser utilizada como fundamento hábil a autorizar a extensão dos direitos mínimos dos empregados comuns aos empregados domésticos¹⁴. De fato, o referido direito, que consta do inciso III do art. 7º, não foi inscrito entre os direitos dos domésticos, porém, foi a estes estendidos pelo legislador ordinário. Ocorre que essa extensão não tem caráter cogente, tratando-se de mera faculdade do empregador doméstico conceder ou não o FGTS, ou seja, não agride a seara jurídica do empregador doméstico, eis que não lhe obriga.

Vale dizer, a Lei em nada alterou a proteção mínima já garantida, cuja principal característica é a sua natureza impositiva, na medida em que não impôs um dever jurídico ao empregador, limitando-se a estabelecer uma faculdade que, na verdade, já reinava no campo da liberdade contratual, da livre iniciativa e do direito potestativo do empregador. Noutra giro, se tivesse a mencionada Lei estabelecido uma regra impositiva, e não uma mera faculdade, certamente que estaria em confronto com a Constituição¹⁵. E mesmo o fato de se tornar obrigatório

13 A destacada PEC revoga o parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal, para estabelecer a igualdade de direitos trabalhistas entre os empregados domésticos e os demais trabalhadores urbanos e rurais. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=473496>>. Acesso em: 06 abr. 2012.

14 Argumento utilizado pela corrente extensiva para defender a ampliação dos demais direitos dos incisos do art. 7º da CF/88 aos domésticos.

15 Nessa linha de raciocínio, importa trazer a lume os comentários de Gabriel SAAD, em relação à Lei Complementar nº 103/00: "A nosso ver, é inconstitucional o dispositivo da Lei Complementar nº 103, de 14.7.00, que estendeu o piso salarial ao empregado doméstico. O parágrafo único do art. 7º não prevê

o FGTS, com a adesão do empregador, isso não desnatura a sua facultatividade. Tornar-se-á obrigatório tal direito por força do princípio da inalterabilidade das cláusulas contratuais e não necessariamente porque o legislador o quis.

Efetivamente, considerando-se que as normas constitucionais ocupam o topo do ordenamento jurídico, não parece razoável admitir-se que o legislador infraconstitucional possa incluir ou excluir qualquer daqueles direitos, seja em relação aos próprios incisos do art. 7º, ou em relação ao seu parágrafo único. Isto, porque foi o próprio constituinte que tomou para si a responsabilidade de concedê-los ou não aos domésticos, inclusive, tendo o cuidado e zelo de nominar tais direitos, um a um, nos incisos do art. 7º.

Se assim é, a extensão de qualquer dos direitos ali especificados aos domésticos pelo Legislador Infraconstitucional equivaleria a alteração do parágrafo único do art. 7º, da CF, o que só poderá ser feito pelo reformador da Constituição, nos termos do seu art. 60.

Admitir-se que o legislador ordinário possa estender algum dos direitos descritos nos incisos do art. 7º da CF aos trabalhadores domésticos, implica não só na negativa de que as normas constitucionais se situam no topo do ordenamento jurídico, mas também na recusa em absoluto da sua rigidez, uma das principais características do constitucionalismo brasileiro, que certamente se traduz na maior garantia de que a soberania da Constituição será preservada, mediante a imposição de que qualquer alteração no seu texto só poderá ser levada a efeito por Emenda Constitucional, que exige um processo legislativo mais elaborado, consensual e solene do que o processo comum exigido para todas as demais espécies normativas legais.

A Constituição, ao contemplar direitos, via de regra, elenca apenas o mínimo, deixando para o legislador ordinário o mister de atribuir novos direitos. Diante dessa realidade, soa estranho admitir-se que a Constituição proibiu a concessão ou a ampliação de direitos, sobretudo nesses tempos de propagação dos direitos, e sob a máxima de não se

semelhante extensão. (SAAD, Eduardo Gabriel. *Consolidação das Leis do Trabalho comentada*. 39. ed. atual. e rev. e ampl. por José Eduardo Duarte SAAD, Ana Maria Saad CASTELLO BRANCO. São Paulo: LTr, 2006. p. 58). A referida LC assim dispõe: "Art. 1º Os Estados e o Distrito Federal ficam autorizados a instituir, mediante lei de iniciativa do Poder Executivo, o piso salarial de que trata o inciso V do art. 7º da Constituição Federal para os empregados que não tenham piso salarial definido em lei federal, convenção ou acordo coletivo de trabalho."

poder interpretar dispositivos que compõem o Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo I – Dos Direitos Sociais, em desfavor do beneficiário. Entretanto, não há nenhum impedimento de ordem jurídica nesse sentido¹⁶.

Ao contrário disso, são diversas as hipóteses explícitas de limitação de direitos existente no texto constitucional, a exemplo do direito de propriedade¹⁷; do direito do servidor público permanecer no exercício do cargo público após os setenta anos de idade (CF, art. 40, II), que também tem reflexos diretos sobre o direito de prestar concurso público; direito à livre manifestação de pensamento (CF, art. 5º, IV)¹⁸; direito de liberdade de expressão religiosa CF, art. 5º, VIII)¹⁹; direito à reunião (CF, art. 5º, XVI)²⁰ etc.

Com efeito, em relação aos trabalhadores, a própria Constituição faz distinção explícita entre algumas classes, daí, excepcionalmente, trazendo um elenco de direitos de forma não exemplificativa, mas exaustiva. Na linha de pensamento de Franco Filho²¹, isso não ocorre apenas com os domésticos, mas também com os servidores públicos civis (art. 39, § 3º)²² e com os servidores públicos militares da União (art. 142, *caput* e § 3º, inciso VIII), cujos direitos, igualmente aos domésticos, não poderão ser ampliados pelo legislador infraconstitucional.

16 A doutrina é uníssona em admitir restrições aos direitos. Para Robert ALEXY, existem as restrições impostas diretamente pela própria Constituição (de forma explícitas ou implícitas) e as restrições de forma indireta, efetivando-se por Lei. (*Teoria de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales*, 1997. p. 276-286). Não é diferente a exposição de José Joaquim Gomes CANOTILHO, que se refere a limites ou restrições constitucionais imediatos; limites ou restrições estabelecidos por lei; e limites iminentes ou limites constitucionais não escritos. (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999. p. 1142-1143).

17 A Constituição Federal restringe o sagrado direito de propriedade mediante a desapropriação por necessidade ou utilidade públicas e interesse social (art. 5º, XXV); em caso de jazidas, minas e demais recursos minerais (art. 176); desapropriação de imóvel rural para fins de reforma agrária (art. 184) etc.

18 Art. 5º, inciso IV "é livre a manifestação de pensamento, sendo vedado o anonimato".

19 Art. 5º, inciso VIII: "Ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei".

20 Art. 5º, inciso XVI: "Todos podem reunir-se pacificamente, *sem armas*, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada pra o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente".

21 Op cit. p. 26.

22 Art. 39. [...] § 3º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

Efetivamente, todos os direitos implícitos ou explicitamente previstos, regra geral, são relativos. Quando a relativização, ou limitação, do direito vem expressamente prevista no texto constitucional, isso não há de gerar qualquer dificuldade para o intérprete, uma vez que a explicitude ou taxatividade constitucional supera qualquer dúvida hermenêutica. Este é exatamente o caso do parágrafo único do art. 7º.

As hipóteses que geram dificuldade hermenêutica, contudo, são aquelas em que a Constituição não contempla, de forma expressa, a possibilidade de limitação ao direito, cabendo ao intérprete, nesses casos, buscar a solução à luz da hermenêutica constitucional. E mesmo quando não haja previsão constitucional expressa, não pode tal omissão ser interpretada como impossibilidade de limitação do direito, necessitando que o intérprete lance mão de outros elementos para justificar a limitação ou não limitação de um direito fundamental.

Enfim, a limitação do parágrafo único do art. 7º, em relação aos domésticos, atendeu às circunstâncias da época, porém, não fossilizando a possibilidade necessária de sempre buscar a igualdade entre os trabalhadores. Entretanto, é inegável que o disposto no destacado parágrafo único, embora possa ser tido como exagero do constituinte, constitui barreira intransponível pelo legislador ordinário em relação aos direitos ali discriminados.

Note-se que o *caput* do art. 7º remete expressamente ao rol de direitos elencados nos trinta e quatro incisos que o integram, ressaltando “outros” direitos que visem à melhoria de sua condição social. Obviamente que esses “outros” direitos a serem considerados não podem coincidir com aqueles que já se encontram relacionados nos incisos do art. 7º, porquanto não faria qualquer sentido a destacada ressalva e muito menos a própria referência expressa que a Constituição faz aos direitos discriminados nos incisos.

Nesse contexto, importa trazer a lume o princípio basilar de hermenêutica jurídica, segundo o qual a lei não contém palavras inúteis: *verba cum effectu, sunt accipienda*. Vale dizer, as palavras que integram o texto normativo devem ser compreendidas como tendo alguma eficácia, não cabendo a presunção de que, na lei, existem palavras utilizadas em vão.

É certo que a interpretação/aplicação do Direito não constitui uma atividade meramente cognitiva, mas fundamentalmente volitiva,

criativa, portanto, de natureza eminente constitutiva²³, em cujo processo o intérprete age com uma considerável dose de discricionariedade²⁴. Entretanto, a criatividade do intérprete não é soberana, devendo ele se ater ao fato de que entre o enunciado normativo e a norma não há um isolamento absoluto, porquanto a norma nada mais é do que o produto da interpretação, cujo ponto de partida é sempre o enunciado normativo, e deste não deve apartar-se o operador do Direito.

Se o intérprete ignora ou desconsidera o conteúdo do enunciado normativo, o processo de interpretação/aplicação é tomado por um verdadeiro desvirtuamento, tornando-se corrompido, saindo então dos trilhos da interpretação - ou concretização da norma posta - para ingressar no campo da criação propriamente dita, ou seja, da modificação do ordenamento jurídico²⁵, ensejando assim questões de variadas dimensões, sob títulos diversos, tais como “politização da justiça”, “judicialização da política”, “ativismo judicial”, desvirtuamento da “interpretação extensiva” etc., tudo desaguardando na discricionariedade do intérprete/aplicador da Constituição, com reflexos diretos sobre o princípio da separação dos poderes.

Com efeito, pode vir a ocorrer de uma palavra ter mais de um sentido, hipótese em que se deve buscar aquele sentido melhor adaptável à espécie por meio do exame do contexto ou por outro processo. Contudo, há sempre que se atribuir a cada palavra ou frase a sua razão de ser, o seu papel, o seu significado, a sua contribuição para precisar o alcance da regra positivada, valorando-os devidamente, de modo que nenhuma parte resulte inoperativa ou supérflua, nula, ociosa, inútil ou sem significação alguma²⁶.

23 BARROS, Clemlton da Silva. *A aposentadoria especial do servidor público e o mandado de injunção*: análise da jurisprudência do STF acerca do artigo 40, parágrafo 4º, da CF. Campinas, SP: Servanda, 2012. p. 147.

24 André Ramos Tavares observa que “tradicionalmente, a interpretação era compreendida apenas como a *descoberta* do sentido do texto normativo [...]. Mais recentemente, o processo interpretativo é concebido como não sendo apenas uma atividade cognitiva, mas fundamentalmente volitiva, criativa (cf. VIOLA; ZACCARIA. p. 2001, 119). Passa-se a falar, conscientemente, em produção de norma (GUASTINI, 2005. p. 28), em *atribuição* (cf. BASTOS, 2002. p. 37) e não *descoberta* de um significado (preexistente) do enunciado lingüístico. [...]” (TAVARES, André Ramos. A teoria da concretização constitucional. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC*, Belo Horizonte, ano 2, n. 7. p. 13-30, jul./set. 2008. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=55219>>. Acesso em: 06 Abr 2010).

25 Cf. HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 70.

26 Neste sentido, a clássica lição de CARLOS MAXIMILIANO: “Presume-se que a lei não contenha palavras supérfluas; devem todas ser entendidas como escritas adrede para influir no sentido da frase respectiva” (Hermenêutica e Aplicação do Direito. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 110).

É dizer-se: conquanto disponha o intérprete do Direito e, pois, da Constituição, de um campo bastante amplo para atuar, o que remete à idéia de poder discricionário do hermeneuta, a deflagração do processo de interpretação/aplicação da norma jurídica não parte do vazio, da mera vontade do operador ou de qualquer outro elemento que não seja o próprio texto normativo. Implica dizer que o intérprete/aplicador deve sempre tomar como ponto de partida a orientação estabelecida no enunciado normativo²⁷. É, pois, o caso do destacado art. 7º e seu parágrafo únicos, da CF, cujas premissas normativas não podem ser suplantadas pela extrema necessidade de se ampliar os direitos do domésticos.

5 CONCLUSÃO

Conquanto a OIT tenha consolidado entendimento que iguala os direitos dos domésticos aos direitos dos demais empregados, a integral adoção pelo Estado Brasileiro passará necessariamente por uma reforma à Constituição Federal, isto porque o parágrafo único do art. 7º da CF/88 estabelece, em *numerus clausus*, os direitos que integram a proteção mínima dos domésticos.

Em se entendendo que a disposição do parágrafo único do art. 7º não tem força normativa alguma no sentido de delimitar os direitos elencados nos incisos que relaciona, equivale admitir que o referido dispositivo contém frases e palavras inúteis.

Na verdade, só tem sentido o art. 7º, e todos os seus dispositivos, em se admitindo que o Constituinte quis, ele mesmo, dispor sobre os direitos ali elencados, por entendê-los de alta relevância no cenário da proteção social do trabalhador e da economia nacional, seja deferindo-os integralmente aos trabalhadores urbanos e rurais, seja restringindo alguns deles em relação aos trabalhadores domésticos.

Alerta-se para o fato de que, na análise ora empreendida, não se ingressou na seara substancial dos direitos dos domésticos. O presente estudo cingiu-se a investigação em torno do veículo juridicamente apropriado para a ampliação do patamar mínimo de proteção dos domésticos, merecendo que seja reiterada a necessária busca de soluções para o secular problema de desproteção social, ou proteção precária, dessa categoria profissional.

²⁷ HESSE, op. cit., p. 69.

A rigor, a negativa aos domésticos de alguns dos direitos elencados nos incisos do art. 7º jamais se justificou, a menos que se pretenda reconhecer e proclamar o orgulho nacional pelas raízes escravocratas do trabalho doméstico. Contudo, não se pode confundir os direitos materiais que efetivamente devem ser estendidos aos domésticos, com os procedimentos mediante os quais serão tais direitos viabilizados pelo ordenamento jurídico.

Enfim, entende-se que “outros” direitos podem ser conferidos aos domésticos pelo legislador infraconstitucional, desde que não estejam inseridos entre aqueles constantes dos incisos do art. 7º da CF/88. Estes, somente por reforma da Constituição poderão ser estendidos aos domésticos. Não se trata, pois, de se dizer o que seja justo ou injusto, mas possível ou impossível por essa ou aquela via procedimental, tendo-se em mente as balizas da Lei Fundamental. Na hipótese, o meio justifica o fim, mas o fim não justifica o meio.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BARROS, Clemilton da Silva. *A aposentadoria especial do servidor público e o mandado de injunção: análise da jurisprudência do STF acerca do artigo 40, parágrafo 4º, da CF*. Campinas, SP: Servanda, 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. Câmara dos Deputados. PEC nº 478, de 2010. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=473496>>. Acesso em: 04 abr 2012.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 56/2007. São Paulo: Saraiva, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. *Globalização & desemprego: mudanças nas relações de trabalho*. São Paulo, LTr, 1998,

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Método, 2007.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.

MARTINS, Sergio Pinto. *Manual do Trabalho Doméstico*. São Paulo: Atlas, 2006, L.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Teoria geral do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

SAAD, Eduardo Gabriel. *Consolidação das Leis do Trabalho comentada*. 39. ed. atual. e rev. e ampl. por José Eduardo Duarte; Ana Maria Saad; Castello Branco. São Paulo: LTr, 2006.

SARAIVA, Renato. *Direito do trabalho para concursos públicos*. 3. ed. São Paulo: Método, 2005.

TAVARES, André Ramos. A teoria da concretização constitucional. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC*, Belo Horizonte, ano 2, n. 7. p. 13-30, jul./set. 2008. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=55219>>. Acesso em: 04 abr. 2012.



AUTORIZAÇÃO PARA A TRANSFERÊNCIA DE CONTROLE SOCIETÁRIO NA SAÚDE SUPLEMENTAR

*AUTHORIZATION TO TRANSFER OF CORPORATE CONTROL
IN SUPPLEMENTAL HEALTH*

Dalton Robert Tibúrcio

Procurador Federal em atuação na Consultoria Normativa da ANS

Especialista em Advocacia Pública pela UERJ

SUMÁRIO: Introdução; 1. A competência para a autorização dos atos de reestruturação empresarial e transferência de controle societário na saúde suplementar; 2 A coordenação de competências entre a ANS e o CADE. O ordenamento setorial de saúde suplementar; 3 A distinção em relação ao precedente BACEN *versus* CADE; 4 O controle societário; 5 Da ampliação do conceito de controle por norma setorial; 6 Da situação específica das cooperativas; 7 Conclusões; Referências.

RESUMO: O presente texto analisa a mudança regulatória operada pela RN nº 270 da ANS, que deixou de exigir a autorização prévia para os atos que pudessem implicar em ingerência efetiva na administração das operadoras de Planos de Saúde. A partir da análise do regime de competências entre a ANS e os órgãos de defesa da concorrência, bem como do conceito de transferência de controle no Direito Societário, demonstram-se as razões da impossibilidade de extensão do conceito de transferência de controle por normas do ordenamento setorial de saúde suplementar.

PALAVRAS-CHAVE: Controle. Societário. Normas Regulatórias. Limites.

ABSTRACT: This paper examines the regulatory changing operated by RN nº 270 of the ANS, which no longer requires prior authorization for acts that could result in effective interference in the administration of Health Insurance Operators. We analyze the system of powers between ANS and antitrust agencies, as well as the concept of transfer of control in corporate law. We show the reasons of failure to extend the concept of transfer of control by health supplement norms regulatory.

KEYWORDS: Control. Corporate. Norms Regulatory. Limits.

INTRODUÇÃO

A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) editou, em outubro de 2011, a Resolução Normativa nº 270, que dispõe sobre o procedimento e os requisitos mínimos para autorização dos atos que disponham sobre alteração ou transferência de controle societário, incorporação fusão ou cisão das operadoras de planos privados de assistência à saúde. Esse ato normativo representou uma parcial mudança regulatória em relação à necessidade de autorização prévia dos atos que importem em “ingerência efetiva” na administração da empresa, conforme a expressão utilizada pela revogada RDC nº 83, de 16 de agosto de 2001.

O ato normativo que anteriormente tratava da matéria no âmbito da saúde suplementar, a RDC nº 83/2001, estabelecia, em seus artigos. 1º e 2º, que estariam sujeitos à prévia aprovação quaisquer atos que importassem em transferência de controle societário, inclusive aqueles que pudessem implicar em ingerência efetiva na administração das operadoras em decorrência de: (i) ato isolado ou em conjunto de qualquer pessoa física ou jurídica ou de grupo de pessoas representando interesse comum; (ii) acordo de acionistas/quotistas; e (iii) negócios jurídicos celebrados entre os controladores. A novel RN 270/2011, ao tempo em que revoga a RDC nº 83/2001, estipula em seu art. 1º, § 1º, que para os fins de autorização prévia, considera-se alteração ou transferência de controle societário toda modificação societária que atribua a pessoa natural ou jurídica, ou a grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, a condição de controlador, diretamente ou através de outras controladas, de maneira a lhe assegurar, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores, nos termos da legislação societária.

Pretende-se, no presente texto, compreender as razões para essa mudança regulatória, analisando-se, para tanto: a natureza da autorização administrativa dos atos de reestruturação e transferência de controle societário; o regime de coordenação de competências entre a ANS e os órgãos do sistema de defesa da concorrência; o alcance do instituto da transferência de controle societário; a problemática da ampliação de conceitos societários por normas regulatórias setoriais; e os limites da competência da Agência para a autorização dos atos de transferência de controle societário.

1 A COMPETÊNCIA PARA A AUTORIZAÇÃO DOS ATOS DE REESTRUTURAÇÃO EMPRESARIAL E TRANSFERÊNCIA DE CONTROLE SOCIETÁRIO NA SAÚDE SUPLEMENTAR

A doutrina tem consagrado a expressão *atos bifaces*¹ para denominar os atos de alteração societária sujeitos à interferência estatal para a plena validade ou eficácia. São biface porque tais atos estão sujeitos à regulação do direito empresarial e à do direito administrativo, na medida em que demandam a prática de um ato empresarial, a cargo dos interessados, e de um ato administrativo, de atribuição de um órgão estatal. Sundfeld² expõe que o poder de aprovar ou não atos de concentração consiste em uma *competência administrativa*, que se materializa por meio de uma *autorização* - ato administrativo de liberação de comportamentos privados -, que tem por efeito *tornar juridicamente viáveis atuações privadas proibidas sem ela*.

A existência desses atos bifaces não se restringe à hipótese de mudança de controle ou de reestruturação de empresa concessionária de serviço público – em que se acentua o caráter personalíssimo do vínculo decorrente dos contratos de concessão –, uma vez que as atividades econômicas em geral estão sujeitas, em graus variados, às restrições impostas pelo Poder Público. Nesse contexto, verifica-se que a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS atua no campo da *regulação social*³, ligada aos *setores sensíveis, de significativa ressonância para a população*⁴, como *órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde* (art. 1º, da Lei nº 9.961/2000). As atividades submetidas à regulação da ANS são atividades privadas de interesse público, sujeitas à técnica da polícia administrativa funcionalizada⁵. Essas atividades dependem de prévia autorização e estão sob a contínua fiscalização do poder público,

1 Cf. WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de; WAISBERG, Ivo. Fusões, Incorporações e Aquisições – aspectos societários, contratuais e regulatórios. In: WARDE JR., Walfrido Jorge (coord.). *Fusão, Cisão, Incorporação e temas correlatos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 57-58.

2 SUNDFELD, Carlos Ari. A função administrativa no controle dos atos de concentração. In: ÁVILA, Humberto (org.). *Fundamentos do Estado de Direito: estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 225-226.

3 Cf. FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de direito de saúde suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde*. São Paulo: MP, 2006. p. 64.

4 MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 135.

5 Cf. ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 171.

“face à sua relação com o bem-estar da coletividade e/ou por gerarem desigualdades e assimetrias informativas para os usuários”⁶.

As operações de cisão, fusão, incorporação e transferência do controle societário, portanto, devem ser aprovadas pelo órgão regulador por conta das mesmas razões pelas quais o órgão regulador autoriza o registro e o funcionamento das operadoras, vale dizer: em decorrência do exercício do poder de polícia funcionalizado sobre a atividade privada de interesse público.

2 A COORDENAÇÃO DE COMPETÊNCIAS ENTRE A ANS E O CADE. O ORDENAMENTO SETORIAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR

No tema da autorização dos atos de cisão, fusão, incorporação, alteração ou transferência de controle societário vigora um regime de coordenação de competências entre a Agência Nacional de Saúde Suplementar (art. 4º, XXII, da Lei nº 9.661/2000) e os órgãos do sistema nacional de defesa da concorrência (art. 54, § 3º, da Lei nº 8.884/94 e art. 88, da Lei nº 12.529/2011). Importa, nesse ponto, observar a alteração promovida no inciso XXII, do art. 4º, da Lei nº 9.961/2000 pela MP nº 2.177-44/2001⁷.

Na redação original do dispositivo, poder-se-ia sustentar que a competência para autorizar os atos de cisão, fusão, incorporação, alteração ou transferência do controle societário seria sempre da ANS. Essa é a posição defendida por Aragão, ao propor que “apesar da necessária prévia oitiva dos órgãos do sistema de defesa da concorrência, à ANS cabe a palavra final na questão, fundamentando como especial aprofundamento eventual divergência com aqueles órgãos”⁸. Figueiredo, por sua vez, defende que “a aprovação de eventual ato de concentração deverá ser efetuada mediante ato complexo, no qual conjugar-se-á em sentido convergente as vontades tanto do ente regulador quanto das autoridades

6 ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 162-163.

7 Art. 4º. Compete à ANS:

XXII - autorizar o registro e o funcionamento das operadoras de planos privados de assistência à saúde, bem assim, *ouvidos previamente os órgãos do sistema de defesa da concorrência*, sua cisão, fusão, incorporação, alteração ou transferência do controle societário; (Redação original.)

XXII - autorizar o registro e o funcionamento das operadoras de planos privados de assistência à saúde, bem assim sua cisão, fusão, incorporação, alteração ou transferência do controle societário, sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001).

8 ARAGÃO, op. cit., p. 295.

de defesa da concorrência”⁹. Deve-se compreender, no entanto, que após a modificação operada pela MP 2.177-44, os atos de concentração empresarial estão sujeitos à aprovação da ANS, sem a necessidade de prévia manifestação dos órgãos de defesa da concorrência, mas esses atos continuam sujeitos à atuação dos órgãos de defesa da concorrência, no âmbito do direito concorrencial. A mudança operada pela MP 2.177-44 conferiu maior independência (relativa) entre o ordenamento setorial de saúde suplementar e o ordenamento de defesa da concorrência.

A teoria dos ordenamentos setoriais oferece ao jurista a possibilidade de trabalhar com a existência de subsistemas dentro do ordenamento jurídico. A matriz teórica dos ordenamentos setoriais é o pluralismo-institucionalista de Santi Romano¹⁰. Essa vertente doutrinária parte da identificação entre uma instituição – uma unidade social organizada¹¹ – e um ordenamento jurídico. Romano destaca que o Estado é uma instituição complexa, formada por várias instituições menores¹². Além da “plena juridicidade das relações orgânicas do Estado”¹³, Romano sustenta a natureza institucional de todos os entes internos que formam instituições mais complexas, em especial para a análise da estrutura do Estado¹⁴. Assim, cada instituição interna forma o seu ordenamento jurídico interno, isto é, “o direito de uma repartição

9 FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de direito de saúde suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde*. São Paulo: MP. 2006. p. 495-496.

10 Cf. ROMANO, Santi. *O Ordenamento Jurídico*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

11 “[...] para Romano os elementos constitutivos do conceito do direito são três: a *sociedade* como base de fato em que o direito passa a existir, a *ordem* como fim a que tende o direito, e a *organização* como meio para realizar a ordem. Pode-se dizer, em síntese, que para Romano tem-se direito quando existe uma *organização* ou uma *ordem social organizada*. Essa sociedade ordenada e organizada é o que Romano chama de *instituição*. Dos três elementos constitutivos, o mais importante, aquele decisivo, é sem dúvida o terceiro, a organização: os dois primeiros são necessários, mas não são suficientes. Só o terceiro é a razão suficiente do direito, é a razão pela qual o direito é aquilo que é, e sem a qual não seria aquilo que é. Isso significa que o direito nasce no momento em que um grupo social passa de uma fase inorgânica para uma fase orgânica, da fase de grupo inorgânico ou não-organizado para a fase de grupo organizado. Por exemplo, a classe social é certamente uma forma de grupo humano, mas, não tendo uma organização própria, não exprime um direito próprio, não é uma instituição. Uma associação para delinquir, ao contrário, enquanto se exprime numa organização e cria seu próprio direito (o direito da sociedade para delinquir), é uma instituição. O fenômeno da passagem da fase inorgânica para a fase orgânica também é chamado de *institucionalização*.” (BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 9).

12 ROMANO, op. cit., p. 222.

13 Ibid., p. 225.

14 Ibid., p. 222.

estatal à respeito do direito do Estado considerado integralmente, assim como o direito do Estado em relação ao direito internacional”¹⁵.

Romano distingue dois tipos de ordenamentos internos: (i) “aqueles postos pela instituição que compreende as outras, mas não para a mesma instituição considerada na sua integralidade, mas sim para uma das instituições menores subordinadas à primeira”¹⁶; e (ii) aqueles postos por cada instituição menor, por si mesma. A fonte dos primeiros é a instituição maior e a dos segundos é a própria instituição menor. E destaca Romano que “quando não são considerados em relação ao ordenamento abrangente do Estado, mas em si mesmos, não é possível negar que tais regulamentos [das instituições menores] sejam verdadeiros e próprios ordenamentos jurídicos”¹⁷. O reconhecimento de que essas várias instituições intraestatais constituem cada uma delas um ordenamento jurídico contesta o dogma da unicidade e impermeabilidade do Estado, além de fornecer um arcabouço teórico mais compatível com as complexidades dos ordenamentos modernos.

Aragão aponta Giannini como o responsável pelo desenvolvimento, a partir do pensamento de Romano, da teoria dos ordenamentos setoriais¹⁸. Essa teoria se apresenta como um pressuposto necessário para compreender o fenômeno da Administração policêntrica, de que fala a doutrina administrativista, ao ressaltar as mudanças operadas no sistema político-administrativo dominante desde o século XIX – então baseado na unidade administrativa centrada no chefe do Executivo e no modelo piramidal de Administração Pública –, decorrente da importação, para diversos países da Europa continental e da América Latina, do modelo de Agências Reguladoras¹⁹.

15 ROMANO, Santi. *O Ordenamento Jurídico*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 223

16 Ibid. p. 224.

17 Ibid. p. 224.

18 No entanto, destaca Aragão que “apesar das várias tentativas de GIANNINI junto ao próprio SANTI ROMANO, em artigos ou em colóquios pessoais com o autor, este, sem deixar de admitir a existência e importância dos ordenamentos setoriais, não os considerou uma contribuição substancial para a sua teoria” (ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. p. 193/194).

19 Cf. ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro:Forense, 2009. p. 179-198.; BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 245; MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Direito das Telecomunicações e ANATEL. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 199.

O ordenamento setorial de saúde suplementar tem por base a regulação do exercício da atividade de assistência à saúde de iniciativa privada, encontrando respaldo no art. 197 da Constituição Federal. Por meio do ato administrativo de autorização de funcionamento e do exercício contínuo do poder de polícia funcionalizado, as operadoras de planos de saúde, ao tempo em que passam a poder desenvolver a atividade regulada, integram, enquanto sujeitos participantes do funcionamento da instituição, o ordenamento setorial e se submetem ao poder regulatório da Agência. Assim, o ordenamento setorial não é formado apenas pelas normas regulatórias, uma vez que se trata de uma instituição, isto é, de uma unidade social organizada. Também os sujeitos a quem as normas regulatórias se destinam integram essa realidade institucional, o que demanda que “sejam horizontalizadas as relações entre os sujeitos co-partícipes do ordenamento setorial, assegurando-se e fomentando-se a sua participação nos processos decisórios”²⁰.

3 A DISTINÇÃO EM RELAÇÃO AO PRECEDENTE BACEN *VERSUS* CADE

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.094.218/DF, ao decidir o conflito entre o CADE e o BACEN para a fiscalização dos atos de concentração no sistema financeiro, afirmou a existência de um regime de exclusividade de competência em favor do BACEN²¹:

ADMINISTRATIVO - ATO DE CONCENTRAÇÃO, AQUISIÇÃO OU FUSÃO DE INSTITUIÇÃO INTEGRANTE DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL – CONTROLE ESTATAL PELO BACEN OU PELO CADE - CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES – LEIS 4.594/64 E 8.884/94 - PARECER NORMATIVO GM-20 DA AGU.

1. Os atos de concentração, aquisição ou fusão de instituição relacionados ao Sistema Financeiro Nacional sempre foram de atribuição do BACEN, agência reguladora a quem compete normatizar e fiscalizar o sistema como um todo, nos termos da Lei 4.594/64.

20 Cf. ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 197.

21 Note-se que a questão continua sub judice, tendo em vista a interposição de Recurso Extraordinário (RE nº 664.189, distribuído ao Ministro DIAS TOFFOLI, em 25/11/2011) pelo CADE, sob a alegação de violação aos artigos. 131, 173, § 4º e 192, todos da Constituição.

2. Ao CADE cabe fiscalizar as operações de concentração ou desconcentração, nos termos da Lei 8.884/94.
3. Em havendo conflito de atribuições, soluciona-se pelo princípio da especialidade.
4. O Parecer GM-20, da Advocacia-Geral da União, adota solução hermenêutica e tem caráter vinculante para a administração.
5. Vinculação ao parecer, que se sobrepõe à Lei 8.884/94 (art. 50).
6. O Sistema Financeiro Nacional não pode subordinar-se a dois organismos regulatórios.
7. Recurso especial provido.

(STJ, Primeira Seção, REsp 1.094.218/DF, Relatora Ministra ELIANA CALMON, Data Julgamento: 25/08/2010, DJ: 12/04/2011)

Uma análise superficial do precedente poderia levar à incorreta conclusão de que todo conflito de atribuição envolvendo o CADE e as Agências Reguladoras se resolve em favor dessas últimas, por aplicação do critério da especialidade. No entanto, analisando-se os votos do referido julgamento, verifica-se que apenas dois Ministros (a relatora Ministra Eliana Calmon e o Ministro Humberto Martins) aplicaram o critério da especialidade para resolver o mérito da causa. O fundamento determinante para a solução da lide foi a existência de Parecer da Advocacia-Geral da União aprovado pelo Presidente da República e reputado vinculante também ao CADE (nesse sentido foram os votos da relatora, dos Ministros Humberto Martins, Mauro Campbell e Benedito Gonçalves). O Ministro Mauro Campbell expressamente aduziu que seria possível, em tese, harmonizar a atuação do BACEN e do CADE, mas considerou determinante a existência à época dos fatos da orientação do Parecer da AGU, em razão do princípio da boa-fé administrativa. Porém, destacou o Ministro, “que nada impede que, embora não tendo participado dos atos de concentração em si, o Cade, desenvolvendo seu mister institucional, venha a analisar as condições de concorrência que tenham sido desencadeadas desde então, inclusive aplicando sanções”. Por sua vez, restaram inteiramente vencidos os Ministros Castro Meira e Herman Benjamin, que afastavam a vinculação do CADE ao Parecer da AGU e compreendiam a existência de competências concorrentes

também entre o BACEN e o CADE, invocando a teoria do diálogo das fontes²².

²² Destaque-se a ementa do voto vencido do Ministro CASTRO MEIRA:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. ATO DE CONCENTRAÇÃO ENTRE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ATRIBUIÇÕES DO CADE E DO BACEN. PARECER NORMATIVO DA AGU. NÃO-PREVALÊNCIA. ATIVIDADE-FIM. DIÁLOGO DAS FONTES. PRINCÍPIO DA COMPLEMENTARIDADE. RISCO SISTÊMICO E PRUDENCIAL. ATRIBUIÇÃO DO BACEN. CONTROLE CONCORRENCIAL. CADE. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

1. controvérsia reside em saber se o CADE possui legitimidade para apreciar os atos de concentração entre instituições financeiras ou se a aludida tarefa deve ser exercida exclusivamente pelo BACEN.

2. Não há vício de omissão no aresto recorrido, porquanto está fundamentado de modo suficiente à solução da lide, evidenciando a compreensão dos julgadores quanto à competência do CADE para apreciar o ato de concentração realizado em 1997 entre o Bradesco e o BCN, a despeito dos argumentos tecidos na ação mandamental.

3. Não pode o parecer normativo da AGU vincular o CADE, impondo-lhe limites ao poder de apreciar atos de concentração potencialmente nocivos à livre concorrência, pois o poder de uniformizar a interpretação da legislação acha-se submetido aos limites legais atinentes à autonomia decisória dos entes descentralizados. Não se admite que a orientação firmada pela AGU implique a modulação das atribuições legalmente conferidas à pessoa administrativa, sob pena de se desnaturar a funcionalidade e a finalidade para a qual foi criada.

4. O poder de uniformizar a interpretação normativa para a Administração Federal como um todo, a teor do disposto no art. 4º, X, c/c art. 40, § 1º, da Lei Complementar 73/93, compreende as matérias que possam ser objeto de uma orientação geral, ou seja, aquelas concernentes às atividades-meio dos entes descentralizados e não aquelas referentes às atribuições específicas de determinado ente administrativo – atividades-fim.

5. De acordo com a técnica do diálogo das fontes, deve haver uma coordenação flexível e útil entre os preceitos normativos, com a finalidade de restabelecer a coerência do sistema. Assim, ao invés de se ter apenas o monólogo legal sobre determinada situação concreta, admite-se o diálogo entre as normas aparentemente conflitantes, por meio da fixação dos campos de aplicação dos preceitos normativos cotejados, buscando-se extrair a finalidade "comunicada" em ambos.

6. A competência privativa do BACEN estabelecida na Lei 4.595/64 está relacionada com a estrutura do sistema financeiro nacional. A exploração da atividade econômica, pautada pelos princípios consignados no art. 170 da Carta Maior, entre eles o da livre concorrência, não é tutelada exclusivamente pela Lei 4.595/64, sofrendo influxos da Lei 8.884/94, que confere ao CADE competência para preservar a incolumidade do ambiente de concorrência e apreciar os atos de concentração potencialmente nocivos ao mercado. Convivem, pois, baseada no princípio da complementaridade, a regulamentação sistêmica e a prudencial – a cargo do Banco Central, que objetiva resguardar a solidez e estabilidade do sistema e proteger depositantes e investidores – com a regulação geral antitruste – lastreada nos imperativos da livre concorrência e do controle do abuso do poder econômico, incumbências confiadas ao CADE.

7. A decisão do CADE que determinou a apresentação do ato de concentração entre o Bradesco e o BCN não violou o art. 2º, parágrafo único, XIII, da Lei n. 9.784/99. Não houve, no caso, aplicação de nova interpretação a uma situação pretérita consolidada, pois o CADE não se manifestara anteriormente sobre o caso. Nos termos do art. 54, § 7º, da Lei 8.884/94, a eficácia dos atos de concentração potencialmente nocivos à concorrência está condicionada à aprovação do CADE, situação na qual os efeitos da decisão da autoridade antitruste retroagirão à data da realização da aquisição societária.

8. Recurso especial não provido.

Se por um lado a Lei nº 4.595/64 é expressa em estabelecer um regime exclusivo de competência em favor do BACEN, conforme a posição que restou vencedora no julgamento, essa não é a opção legislativa em outras searas. A Lei nº 9.961/2000, ao arrolar a competência da ANS para a análise dos atos de cisão, fusão, incorporação, alteração ou transferência do controle societário estipulou a ressalva: “sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994”. Pode-se concluir, portanto, que mesmo admitindo-se que as Leis setoriais são um ordenamento especial em relação ao ordenamento geral de defesa econômica, nada impede que a própria Lei de criação da Agência excepcione os outros órgãos de defesa da concorrência e estabeleça um regime de competências concorrentes²³.

A independência relativa entre os ordenamentos setoriais é possível tendo em vista as diferentes funções exercidas por cada órgão incumbido da análise do ato de concentração ou de transferência de controle²⁴. É de se indagar, portanto, qual a finalidade perseguida pela ANS na análise dos atos de reestruturação empresarial e de alteração e transferência de controle societário. A Agência exerce *função regulatória* ao examinar as operações societárias, que não se confunde com a função de prevenir e reprimir infrações contra a ordem econômica. Para a compreensão dessa *função regulatória*, deve-se distinguir as hipóteses de cisão, fusão e incorporação, de um lado, da hipótese de transferência de controle, de outro. Diferentemente do que ocorre na transferência de controle, as demais hipóteses podem ensejar, além da questão concorrencial, o eventual enfraquecimento da empresa, demandando a análise econômico-financeira do projeto de cisão, fusão e incorporação, além de considerações atinentes à preservação dos interesses da carteira de beneficiários. Por sua vez, na transferência de controle a operadora permanece estruturalmente intacta, ainda que a dinâmica empresarial possa sofrer modificações por decorrência das novas forças de comando. Transferência de controle não se confunde com reestruturação societária²⁵. Acontece que diversamente do que previsto na Lei nº 9.472, a Lei de Planos

23 Cf. GARCIA, Flávio Amaral. Conflito de competência entre o CADE e as Agências Reguladoras que atuam no campo dos serviços públicos. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. nº 11. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 249-251.

24 Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. A função administrativa no controle dos atos de concentração. In: ÁVILA, Humberto (org.). *Fundamentos do Estado de Direito: estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 22-224.

25 Cf. WALD, Arnaldo; MORAES, Luiza Rangel de; WAISBERG, Ivo. Fusões, Incorporações e Aquisições – aspectos societários, contratuais e regulatórios. In: WARDE JR., Walfrido Jorge (coord.). *Fusão, Cisão, Incorporação e temas correlatos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 36-37.

de Saúde e a Lei de criação da ANS não estabelecem proibições específicas para a assunção do *status* de controlador. Assim, na análise da transferência de controle societário, a ANS será obrigada a se valer dos institutos próprios do ordenamento societário ou mesmo do ordenamento concorrencial, se a análise da transferência de controle buscar verificar eventual concentração empresarial que prejudique a concorrência. Além da questão concorrencial, pode-se admitir a existência de um específico interesse regulatório na ordenação da atividade privada, a subsidiar eventual indeferimento da operação de concentração ou de transferência de controle, que demandará uma clara e suficiente motivação técnica do ato.

Se por um lado a ANS tem a finalidade de “promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde” e a competência para “adotar as medidas necessárias para estimular a competição no setor de planos privados de assistência à saúde” (arts. 3º e 4º, XXXII, ambos da Lei nº 9.961/2000), por outro lado, o regulamento da Agência, aprovado pelo Decreto nº 3.327/2000, ao dispor sobre a competência para a análise concorrencial, previu que a ANS, ao tomar conhecimento de fato que configure ou possa configurar infração à ordem econômica, deverá comunicá-la ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça e à Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, conforme o caso (art. 3º, § 4º). A base normativa, portanto, é bastante nebulosa, não deixando clara a atribuição da ANS na análise concorrencial (se é que ela existe), diferentemente do que ocorre em relação a outras Agências Reguladoras²⁶. De qualquer sorte, ainda que se entenda que a Agência não está impedida de qualquer controle de concorrencial, as previsões dos arts. 3º e 4º, XXXII, ambos da Lei nº 9.961/2000, que possuem um alto grau teleológico, mas uma reduzida carga definitiva de condutas²⁷, podem ser interpretadas como uma abertura para que a Administração Pública atue com um grande poder de integração do conteúdo da

26 Como é o caso da ANATEL, no qual a Lei nº 9.472 atribuiu-lhe a competência de “exercer, relativamente às telecomunicações, as competências legais em matéria de controle, *prevenção e repressão das infrações da ordem econômica*, ressalvadas as pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE” (art. 19, XIX). Já em seu art. 71, prevê a Lei de Telecomunicações que “visando a propiciar competição efetiva e a impedir a concentração econômica no mercado, a Agência poderá estabelecer restrições, limites ou condições a empresas ou grupos empresariais quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações”.

27 Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. passim.

vontade do legislador²⁸, mas também possibilitam que a Agência avalie sua capacidade institucional para desempenhar o controle concorrencial e se articule com os demais órgãos de defesa da concorrência para o desempenho dessa função. Há, portanto, espaço para uma escolha regulatória de maior contenção e articulação com o sistema nacional de defesa da concorrência.

Assim, verifica-se que a função exercida pela ANS, consoante a RN nº 270/2011²⁹, na apreciação dos atos de reestruturação empresarial e de alteração e transferência de controle societário se limita à análise da regularidade da situação econômico-financeira das operadoras envolvidas, ainda que a Agência exerça o monitoramento setorial da concorrência, para fins de comunicação à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça na hipótese de verificar a existência de indícios de práticas restritivas à livre concorrência no setor de saúde suplementar. Nesse sentido tem se materializado a articulação institucional, conforme se extrai do acordo de cooperação técnica celebrado entre a ANS, a União (por intermédio da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça – SDE e da Secretaria de Acompanhamento econômico – SEAE) e o CADE³⁰.

28 ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 408.

29 Art. 3º A DIOPE analisará os efeitos que a concentração de mercado poderá gerar no âmbito da saúde suplementar, em decorrência dos atos revistos no art. 1º, para fins de monitoramento setorial, sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e ouvirá a Diretoria de Normas e habilitação dos Produtos - DIPRO sobre os aspectos de sua competência que possam ser afetados pelos atos previstos no art. 1º previamente ao deferimento ou ao deferimento condicionado de que tratam os art. 6º, I e II.

Art. 4º A autorização para praticar os atos previstos no art. 1º dependerá da regularidade da situação administrativa e econômico-financeira das operadoras envolvidas, tanto na condição de futura controladora ou incorporadora, quanto na condição de objeto da alteração ou transferência de controle societário, incorporação, fusão ou cisão ou desmembramento.

30 Dispõe o mencionado acordo (disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?86a669b744c245e572d262>>, acesso em: 6 de abril de 2012):

CLÁUSULA TERCEIRA – DO OBJETO

Constitui objeto deste acordo a cooperação técnica entre os Partícipes, em conjunto ou entre ANS e CADE e/ou ANS e SDE e/ou ANS e SEAE para, quando solicitadas e de acordo com a conveniência e oportunidade das mesmas:

- I) Prestação de consultoria, referente à definição de rotinas, diretrizes e normas de procedimento no tratamento conjunto de atos de concentração ou condutas anticoncorrenciais dos agentes prestadores de serviços de assistência suplementar à saúde;
- II) Realização de estudos setoriais;
- III) Realização e participação em eventos e seminários, inclusive objetivando o treinamento de servidores;
- IV) Disponibilização, em acervo compilado, dos estudos e análises dos processos instaurados;

Essa coordenação da ANS com o sistema nacional de defesa da concorrência busca superar os problemas próprios do modelo policêntrico da Administração Pública: a falta de racionalização e uniformidade intersetorial e a ausência de coordenação, bem como a eclosão de conflitos entre autoridades³¹. A maior concentração do exercício da função concorrencial é uma opção constitucionalmente legítima e pode ser identificada como uma tendência atual da legislação, conforme se verifica das disposições da novel Lei nº 12.529/2011 e do Projeto de Lei nº 3.337, em tramitação no Congresso Nacional, que pretende estabelecer a Lei Geral das Agências Reguladoras³².

V) Troca de informação e de conhecimento técnico entre os respectivos corpos técnicos; e

VI) Com base nas análises e nos estudos, elaboração de propostas normativas, que conduzirão, no âmbito desse Acordo, medidas integradas para a resolução dos casos.

Parágrafo Primeiro: Iniciada a investigação, a SDE poderá oficiar à ANS solicitando o compartilhamento das informações técnicas relativas ao mercado e operadoras sob investigação, bem como o apoio logístico necessário a diligências, independentemente da realização de outras diligências que julgar necessárias e da promoção de averiguação preliminar ou processo administrativo, de acordo com o preceituado na Lei nº 8.884/94.

Parágrafo Segundo: A ANS, quando verificar a existência de indícios de práticas restritivas à livre concorrência no setor de saúde suplementar, oficiará à SDE, dando conhecimento dos fatos, e, querendo, poderá manifestar-se previamente sobre a sua área de competência para fins do art. 30 e seguintes da Lei nº 8.884/94.

[...]

31 Cf. CASSESE, Sabino. *A crise do Estado*. Campinas: Saberes Editora, 2010. p. 36/37.

32 Lei nº 12.529/2011:

Art. 9º, § 3º. As autoridades federais, os diretores de autarquia, fundação, empresa pública e sociedade de economia mista federais e agências reguladoras são obrigados a prestar, sob pena de responsabilidade, toda a assistência e colaboração que lhes for solicitada pelo Cade, inclusive elaborando pareceres técnicos sobre as matérias de sua competência.

Art. 19. Compete à Secretaria de Acompanhamento Econômico promover a concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade cabendo-lhe, especialmente, o seguinte:

I - opinar, nos aspectos referentes à promoção da concorrência, sobre propostas de alterações de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, de consumidores ou usuários dos serviços prestados submetidos a consulta pública pelas agências reguladoras e, quando entender pertinente, sobre os pedidos de revisão de tarifas e as minutas;

[...]

Projeto de Lei nº 3.337:

CAPÍTULO III

DA INTERAÇÃO ENTRE AS AGÊNCIAS REGULADORAS E OS ÓRGÃOS DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Art. 15. Com vistas à promoção da concorrência e à eficácia na implementação da legislação de defesa da concorrência nos mercados regulados, os órgãos de defesa da concorrência e as Agências Reguladoras devem atuar em estreita cooperação, privilegiando a troca de experiências.

Art. 16. No exercício de suas atribuições, incumbe às Agências Reguladoras monitorar e acompanhar as práticas de mercado dos agentes dos setores regulados, de forma a auxiliar os órgãos de defesa da concorrência na observância do cumprimento da legislação de defesa da concorrência, nos termos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994.

4 O CONTROLE SOCIETÁRIO

A compreensão do alcance da necessidade de autorização prévia para a transferência de controle, no âmbito da saúde suplementar, exige o estabelecimento dos contornos desse instituto jurídico. A doutrina societária tem ressaltado que o controle na sociedade constitui uma noção plurívoca, uma vez que “o exercício do poder, em qualquer sociedade, nem sempre se ajusta ao modelo normativo. Há poderes de fato e poderes de direito [...]”³³. Por isso, Ascarelli³⁴ sustentava que:

Enquanto a participação de uma sociedade no capital de outra constitui uma relação jurídica típica, o controle não corresponde a uma situação jurídica determinada, mas a uma situação de fato, que pode derivar de várias relações jurídicas, levando-se em consideração não só o tipo de relação, como também as modalidades de fato correspondentes à situação comparativa dos diferentes interessados na vida da sociedade.

§ 1o Os órgãos de defesa da concorrência são responsáveis pela aplicação da legislação de defesa da concorrência, incumbindo-lhes, conforme o disposto na Lei no 8.884, de 1994, a análise de atos de concentração e a instauração e instrução de averiguações preliminares e processos administrativos para apuração de infrações contra a ordem econômica, cabendo ao CADE, como órgão judicante, emitir decisão final sobre os atos de concentração e condutas anticoncorrenciais

§ 2o Na análise e instrução de atos de concentração e processos administrativos, os órgãos de defesa da concorrência poderão solicitar às Agências Reguladoras pareceres técnicos relacionados aos seus setores de atuação, os quais serão utilizados como subsídio à instrução e análise dos atos de concentração e processos administrativos.

§ 3o As Agências Reguladoras solicitarão parecer do órgão de defesa da concorrência do Ministério da Fazenda sobre minutas de normas e regulamentos, previamente à sua disponibilização para consulta pública, para que possa se manifestar, no prazo de até trinta dias, sobre os eventuais impactos nas condições de concorrência dos setores regulados.

§ 4o O órgão de defesa da concorrência do Ministério da Fazenda deverá publicar no Diário Oficial da União, em até dez dias úteis após a disponibilização da norma ou regulamento para consulta pública, todos os pareceres emitidos em cumprimento ao § 3o deste artigo.

Art. 17. As Agências Reguladoras, quando, no exercício das suas atribuições, tomarem conhecimento de fato que possa configurar infração à ordem econômica, deverão comunicá-lo aos órgãos de defesa da concorrência para que esses adotem as providências cabíveis.

Parágrafo único. Será instaurado processo administrativo pelo órgão responsável pela instrução no âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência se a análise preliminar da Agência Reguladora ou daquela própria Secretaria levantar indícios suficientes de prática anticoncorrencial.

Art. 18. Sem prejuízo das suas demais competências legais, inclusive no que concerne ao cumprimento das suas decisões, o CADE notificará às Agências Reguladoras do teor da decisão sobre condutas cometidas por empresas ou pessoas físicas no exercício das atividades reguladas, bem como das decisões relativas aos atos de concentração por ele julgados, no prazo máximo de quarenta e oito horas após a publicação do respectivo acórdão, para que sejam adotadas as providências legais.

33 COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 45-46.

34 Apud COMPARATO; SALOMÃO FILHO, op. cit. p. 47.

Comparato e Salomão Filho³⁵ destacam a relevância da distinção entre o controle interno e o controle externo:

[...] Não se pode, a nosso ver, recusar a distinção básica entre o controle interno e externo. No primeiro caso, o titular do controle atua no interior da sociedade (*ab intus*), lançando mão dos mecanismos de poder próprios da estrutura societária, notadamente a deliberação em assembléia. No segundo, o controle pertence a uma ou mais pessoas, físicas ou jurídicas, que não compõem quaisquer órgãos da sociedade, mas agem de fora (*ab extra*). Essa distinção é importante, sobretudo naquela parte da análise jurídica que chamaríamos de dinâmica, [...]. Tratando-se, com efeito, de definir os deveres e responsabilidades do controlador, tanto nas relações internas da sociedade como no seu relacionamento externo, não é indiferente saber se se está diante de um fenômeno de controle interno ou externo.

As tentativas doutrinárias de construção do conceito de controle, por sua vez, têm se valido da noção de “influência dominante”, oriunda do direito alemão:

Pelo exame do direito comparado, verifica-se que a definição do poder de controle é dada em lei, sobretudo no que concerne à regulamentação dos grupos societários. O critério mais freqüentemente seguido é o consagrado na legislação alemã, desde 1937. A existência de uma situação de controle é reconhecida não só na hipótese de participação majoritária no capital votante, mas também quando uma sociedade exerce sobre a outra, direta ou indiretamente, uma “influência dominante” [...]. É o que se deduz da leitura dos §§ 15 e seguintes da lei alemã de 1965, malgrado o seu casuísmo pouco sistemático.

A noção de “influência dominante” é amplíssima e parece corresponder à própria noção de poder de controle, em sua mais vasta generalidade, abarcando, portanto, não só o controle interno (em todas as suas modalidades), como o externo. Todavia, a expressão, mais alusiva do que descritiva, carece de precisão, constituindo simples diretriz ou indicação para o intérprete na análise dos elementos de fato.

Nota de Texto 12 A expressão “influência dominante” ganha em precisão quando aplicada no direito concorrencial para indicar

35 Ibid. p. 48.

aquelas situações em que, mesmo sem a existência de controle no sentido societário, há o poder de dirigir a atividade e modificar estruturalmente a sociedade, produzindo efeitos de concentração econômica. É inegável, no entanto, que dadas as dificuldades de aplicar os padrões de direito concorrencial ao direito societário (exatamente por suas diferenças de escopo), a indefinição permanece quando a expressão é utilizada em matéria societária.³⁶

A *influência dominante*, ou seja, a existência de “controle externo” sobre a sociedade representa, para o direito societário, uma ideia de pouco valor explicativo, de maneira que “acaba sendo necessário empreender [...] uma análise casuística de hipóteses que podem levar ao exercício dessa influência dominante”³⁷. Por isso, expõem Comparato e Salomão Filho³⁸:

O emprego da expressão “influência”, e não “poder”, já dá ideia de que estaríamos diante de situação qualitativamente diversa da analisada no capítulo anterior [*controle interno*]. [...] a ciência política moderna procura distinguir a influência determinante do poder, pela ausência de sanção. Não se pode, porém, dizer que as hipóteses que a jurisprudência e a lei caracterizaram como “influência dominante” na sociedade anônima sejam, todas, despidas de sanção. O que há [...] é a ausência de sanção jurídica, tudo se passando, no mais das vezes, no plano puramente fático. (grifos não são do original)

Enquanto situação de fato, conforme aduzia Ascarelli³⁹, o poder pode constituir o pressuposto de aplicação de determinadas normas. Assim, por exemplo, o art. 113, da Lei nº 6.404/76, que não suprime o direito de voto do acionista caucionante, mas admite que se possa estipular “no contrato, que o acionista não poderá, sem consentimento do credor caucionado ou pignoratício, votar em certas deliberações”. Consoante anotam Comparato e Salomão Filho⁴⁰:

36 COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 81.

37 Ibid., p. 89-90.

38 Ibid. p. 90.

39 Apud COMPARATO; SALOMÃO FILHO, op. cit., p. 47.

40 COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 91.

Tais deliberações, geralmente, dizem respeito à alienação ou oneração dos bens constantes do ativo social imobilizado. Nada impede, porém, que as partes estipulem várias outras hipóteses de voto vinculado, notadamente quanto à eleição dos administradores e fiscais, à emissão de empréstimos debenturísticos, ou à mudança do objeto social. O credor caucionário pode, assim, tal a extensão e o alcance das estipulações de voto do contrato de caução, assumir uma posição predominante na sociedade, como autêntico controlador.

O poder econômico exercido pelos credores da sociedade consiste em hipótese bastante difundida de controle externo, consoante aponta Coelho⁴¹:

Outra forma de controle não fundado na titularidade de ações, com a qual a doutrina brasileira já está um pouco mais familiarizada, é a idéia de controle externo por financiamento. Por exemplo, um banco que empresta dinheiro para uma sociedade anônima e, para garantir que receberá de volta este dinheiro, passa a titularizar algumas prerrogativas, através de previsão contratual, de ingerências na administração da financiada. Essa operação muitas vezes é conjugada com investimento, mas também pode ser representada por mera operação de financiamento. Se um banco financia duas ou mais empresas concorrentes passa-se a verificar aquilo que os alemães denominam de “influência significativa do ponto de vista concorrencial”.

Cuida-se de um poder de fato, muito embora possa ser formalizado (como no caso do contrato de caução acima apontado, ou no do controle exercido por debenturistas sobre a companhia emitente). Comparato e Salomão Filho chegam a afirmar que “esse reconhecimento legal do controle externo fundado no endividamento social acaba, aos poucos, sendo feito pelo legislador”, citando, como dado demonstrativo do argumento, a previsão constante do art. 51, da Lei nº 6.024/74, que trata da hipótese de extensão do regime de intervenção ou liquidação extrajudicial às pessoas jurídicas devedoras da sociedade sob intervenção. Aduzem os autores: “Parece óbvio que essa extensão das medidas extremas de intervenção ou de liquidação administrativa não é de se aplicar perante qualquer

41 COELHO, Fábio Ulhoa. Reforma do Estado e direito concorrencial. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 199.

ituação devedora, mas somente quando esta configure uma verdadeira integração patrimonial dos sujeitos da obrigação⁴².

A existência de consequências jurídicas⁴³ que normas específicas atribuem ao fenômeno do controle externo, porém, não significa que o conceito legal de controlador inclui, necessariamente, a figura do poder exercido por agente estranho aos órgãos da sociedade. No mais das vezes, o controle externo se apresenta apenas como uma situação de fato, uma vez que “a dominação externa constitui o elemento unificador por excelência do grupo econômico de fato [...], ou seja, não legitimado por normas jurídicas específicas⁴⁴. Em outras palavras: o credor caucionado ou pignoratício quando influi sobre o direito de voto do acionista caucionante (art. 113 da Lei das S.A.), assim como as instituições financeiras intermediárias no lançamento das debêntures que indicam um representante para o conselho fiscal da companhia emissora (art. 26, § 4º, da Lei 4.728/65), ou mesmo o banco credor que passa a titularizar algumas prerrogativas, através de previsão contratual, de ingerências na administração da financiada, todas essas figuras podem exercer uma influência dominante na sociedade, ou seja, podem exercer o controle externo. Não obstante, isso não faz delas controladoras, nos termos dos arts. 116 e 243, § 2º da Lei nº 6.404/76 (ou do art. 1.098, do Código Civil). É preciso, portanto, distinguir os efeitos legais decorrentes do controle externo do conceito legal de controlador.

É certo que o conceito legal não é imune a críticas doutrinárias, como o faz Coelho: “Acredito que este conceito de controlador fundado na titularidade de ações votantes não é suficiente nem mesmo para fins do Direito Societário⁴⁵. Essa insatisfação, no entanto, não exclui a força imperativa das opções legislativas. Ademais, a necessidade de um conceito operacional suplanta os riscos de uma imperfeita definição no

42 COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 93.

43 Dentre essas consequências jurídicas, a mais relevante é a controvertida possibilidade de atribuição de responsabilidade àquele que exerce o poder de comando sobre a sociedade, ainda que mero poder de fato. Esse aspecto do tema envolve reflexões não só de Direito Societário como até mesmo de responsabilidade civil do Estado pela gestão empresarial, perante os acionistas e terceiros, no caso de intervenção administrativa ou judicial no controle de empresas (como é o caso da decretação dos regimes especiais sobre as operadoras de planos de saúde, previstos no art. 24, da Lei nº 9.656/98). Sobre esse tema, cf. COMPARATO; SALOMÃO FILHO, op. cit., p. 101/102.

44 COMPARATO; SALOMÃO FILHO, op. cit., p. 102.

45 COELHO, Fábio Ulhoa. Reforma do Estado e direito concorrencial. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 196.

texto de lei: “Não menor, porém, para a harmonia e a aplicabilidade do sistema legal, se nos afigura o risco de uma indefinição legal, deixando ao desamparo os interesses mais dignos de proteção, tanto no setor público quanto no privado”⁴⁶.

Verifica-se, portanto, que muito embora a doutrina e a legislação alienígena consagrem hipóteses de controle desvinculados da exigência da titularidade de direitos de sócio (tais como o controle gerencial⁴⁷ e do controle externo), a Lei societária brasileira só regula o controle interno, ou seja, “aquele no qual a soberania social se define primordialmente com base na participação acionária votante detida na companhia, no interior do próprio corpo social”⁴⁸. Sobre o conceito de controle adotado em nossa legislação, expõem Comparato e Salomão Filho⁴⁹:

No sistema da Lei 6.404, “entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que: a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia” (art. 116). Em outro dispositivo, a mesma lei considera “controlada a sociedade na qual a controladora, direta ou através de outras controladas,⁵⁰ é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações

46 COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 80/81.

47 “Esse também designado *management control* funda-se não diretamente na participação acionária, mas em decorrência transversa dessa propriedade. Nessas situações, as ações da companhia estão de tal forma espalhadas entre seus acionistas que, ausente uma fonte referencial de sócios minimamente coesa, os diretores elastecem suas funções executivas e assumem na prática todo o domínio dos negócios sociais. Típico das famosas *corporations* norte-americanas, esse poder se mantém mediante o chamado *proxy machinery*, através do qual a diretoria lança mão de uma verdadeira caçada aos acionistas, seduzindo-lhes com relatórios e até visitas pessoais recheadas de auto-promoção, no intuito assim de colher tantas procurações quanto necessárias à sua sobrevivência na empresa e, principalmente, no comando.” (BARBOSA, Henrique Cunha. *A exclusão do acionista controlador nas sociedades anônimas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 48-49).

48 BARBOSA, op. cit., p. 45.

49 COMPARATO; SALOMÃO FILHO, op. cit., p. 83.

50 Observe-se que a hipótese de incidência normativa não é, aí, o exercício do controle conjunto por pessoas físicas e sociedades. Não se podendo falar em “sociedades controladoras e controladas” deixa de aplicar-se ao caso o conjunto das normas referentes ao controle, nos Capítulos XX e XXI da lei, embora eventualmente aplicáveis as normas sobre coligação societária. (*Nota do original*)

sociais e o poder de eleger a maioria dos seus administradores” (art. 243, § 2º). *Exclui-se aí, como se vê, a previsão do controle externo e a do interno administrativo ou gerencial.*⁵¹ (grifos não são do original)

Confira-se, ainda, a exposição de Tepedino, Barboza e Moraes (*et. al.*)⁵²:

A doutrina a respeito do poder de controle emergiu do estudo das relações de poder nas sociedades empresárias. Em meio ao conflito de interesses entre os diversos personagens presentes na vida societária, surgiu a necessidade de disciplinar as relações jurídicas existentes entre eles, seja para a tutela dos interesses do sócio minoritário, seja para a fixação de deveres e responsabilidades para o quotista ou acionista que efetivamente dirige a empresa. Trata-se, nesse contexto, do poder de domínio sobre os órgãos de deliberação (assembleia geral ou reunião de sócios), que constitui a mais alta instância societária. Dessa forma, Tullio Ascareli define o controle como a possibilidade de uma ou mais pessoas imporem sua decisão à assembleia da sociedade (*Problemi*, p. 267).

De outra parte, entende-se que a assembleia nada mais representa que o instrumento jurídico, previsto em lei, capaz de legitimar o exercício do poder de controle. Essa legitimação, no entanto, revela-se meramente formal ou procedimental, pois pode ocorrer, na prática, que o verdadeiro titular do poder decisório não seja um dos sócios, mas sim figura externa à sociedade. Trata-se do chamado *controle externo*, consistente na figura de poderoso credor contratual, que, ao exercer seu poder de dominação, determina, por exemplo, a reorganização empresarial da sociedade devedora. Esse fenômeno apóia-se, essencialmente, em situação de fato, em que se verifica

51 Os autores, porém, destacam a existência da referência ao controle externo e ao controle gerencial no dispositivo do art. 249, parágrafo único, da Lei 6.404/76: “Tal não significa, porém, que a nova lei de companhias seja totalmente alheia ao fenômeno do controle não acionário. Ao contrário, cremos discernir uma clara previsão do fato em pelo menos um dos seus dispositivos. No art. 249, parágrafo único, ao conferir à Comissão de Valores Mobiliários o poder de designar as sociedades a serem abrangidas pela regra da consolidação das demonstrações financeiras, o legislador de 1976 determinou ‘a inclusão de sociedades que, embora não controladas (entenda-se, ‘não controladas acionariamente’, segundo a norma do art. 243, § 2º) sejam financeira ou administrativamente dependentes da companhia’. Essa ‘dependência financeira’ pode, obviamente, ser interpretada como controle externo, [...]; e a ‘dependência administrativa’ parece ser o controle gerencial.” (COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005. p. 83/84).

52 TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de (*et. al.*). *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. v. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 289.

influência dominante (não apenas “relevante”) da entidade externa (Fábio Konder Comparato, *O Poder*, p. 39). Apesar de admitido pela doutrina, o controle externo não encontra suporte na L. 6.404/1976 (arts. 116 e 243) ou no CC (art. 1.098), que exigem a titularidade de “direitos de sócio” para a configuração do controlador. Destoa, assim, o direito brasileiro de outros ordenamentos festejados no direito societário, como o italiano (art. 2.359, 3ª alínea do Codice de 1942) e o alemão (Lei de Sociedades alemã de 1965, §§ 15 e ss.), que consagram a expressão “influência dominante” desvinculada de qualquer exigência quanto à titularidade de participação societária. (grifos não são do original)

Eizirik anota que o art. 254-A, da Lei nº 6.404/76, ao tratar da alienação de controle não menciona o “acionista controlador” ou faz referência ao art. 116 da mesma Lei. Essa circunstância se deve às diferentes funções exercidas pelos dispositivos legais, uma vez que o art. 254-A busca resguardar os interesses dos acionistas minoritários na alienação do controle e o art. 116 visa a identificar o acionista controlador para uma finalidade diversa, qual seja, responsabilizá-lo por abuso de poder⁵³. Essas considerações, no entanto, não infirmam a conclusão de que a Lei Societária define apenas o controle interno. A discussão levantada por Eizirik diz respeito à necessidade ou não de oferta pública de ações na aquisição de controle minoritário. Em síntese: o citado autor defende que embora o controlador minoritário esteja abrangido pelo conceito legal de acionista controlador do art. 116, a alienação de ações que representem menos de 50% do capital votante não gera a obrigação de oferta pública de ações do art. 254-A da Lei nº 6.404/76⁵⁴.

A exigência da titularidade de direitos de sócio para definir o controle foi recentemente reiterado pelo legislador da Lei nº 11.941/2009, ao introduzir o conceito de “influência significativa” para a configuração da coligação de sociedades, conforme as alterações introduzidas no art. 243, da Lei 6.404/76⁵⁵. A coligação de sociedades pressupõe a inexistência

53 Cf. EIZIRIK, Nelson. Aquisição de controle minoritário. Inexigibilidade de oferta pública. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; MOURA AZEVEDO, Luís André N. de (coord.). *Poder de controle e outros temas de direito societário e mercado de capitais*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 180-181.

54 EIZIRIK, *op. cit.*, p. 187 e 190.

55 Art. 243. [...]

§ 1º São coligadas as sociedades nas quais a investidora tenha influência significativa.

§ 2º Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.

[...]

do controle⁵⁶, ou seja, a inexistência da titularidade de direitos de sócio que assegurem à sociedade, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores. Em palavras de Ascarelli⁵⁷, “num sentido mais rigoroso falaremos em coligação, quando uma sociedade for sócia de outra; em controle, quando a participação de uma sociedade em outra for de molde a facultar legalmente o controle da primeira sobre a segunda”.

É certo que também as coligações de sociedades podem ensejar regimes jurídicos especiais visando a coibir eventuais abusos da autonomia das sociedades coligadas. Esse aspecto foi observado por Menezes⁵⁸, em artigo publicado antes mesmo da alteração promovida pela Lei nº 11.941/09 (que introduziu o conceito de influência significativa na Lei das Sociedades Anônimas), sob o viés do fenômeno que o autor denominou de *influência relevante*, ou seja, situação em que a participação societária confere a seu titular poderes suficientes para sua intervenção na vida interna da coligada:

A doutrina clássica chegou a discutir a ilicitude da coligação entre sociedades. Messineo assim como Ascarelli defenderam que a participação de uma sociedade em outra, por si só, não poderia ser considerada fraudulenta. Salientavam os comercialistas que, de toda forma, a autonomia jurídica entre as sociedades coligadas pode ser manipulada para fins escusos, casos em que surgiria a mencionada ilicitude. Assim, a autonomia jurídica de cada entidade seria a princípio reconhecível, mas poderia ser negada em determinadas situações concretas.

Desde então, concentrou-se a análise do problema na questão da autonomia das sociedades coligadas, abrangendo não só a hipótese de dano a acionista ou terceiro (geralmente um credor), como igualmente as conseqüências da coligação sob o ponto de vista de dominação dos

§ 4º Considera-se que há influência significativa quando a investidora detém ou exerce o poder de participar nas decisões das políticas financeira ou operacional da investida, *sem controlá-la*.

§ 5º É presumida influência significativa quando a investidora for titular de 20% (vinte por cento) ou mais do capital votante da investida, *sem controlá-la*.

56 Nesse sentido, dispõe o Código Civil, em seu art. 1.099: “Diz-se coligada ou filiada a sociedade de cujo capital outra sociedade participa com dez por cento ou mais, do capital da outra, *sem controlá-la*.”

57 Apud MENEZES, Maurício Moreira Mendonça de. Reflexões sobre o regime jurídico da coligação societária e a transferência de tecnologia entre sociedades coligadas. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. ano XLV, nº 141, jan./mar. 2006. São Paulo: Malheiros p. 152.

58 MENEZES, op. cit., p. 152/153.

mercados, quando tal concentração societária tende à prática de atos que prejudiquem a livre concorrência e a livre iniciativa.

[...]

Com efeito, há um princípio que preexiste à disciplina legal das sociedades coligadas e que, portanto, deve servir como paradigma interpretativo desse regime jurídico: a existência de uma coligação de sociedades não pode servir para burlar normas e obrigações (legais, estatutárias ou contratuais) que digam respeito a uma das sociedades coligadas, seus acionistas e seus administradores.

E essa manipulação só é possível, em tese, quando uma das sociedades ostente o que tecnicamente se denomina *influência relevante*, ou seja, quando a participação societária confere a seu titular poderes suficientes para sua intervenção na vida interna da coligada.

Daí que, na doutrina, a *influência relevante* surge como elemento fundamental para distinguir as coligadas das demais sociedades que detêm participação em outra, sem que ostentem o *status* de coligação. Assim, é a *influência relevante* que vai determinar a sujeição dessas sociedades a um regime jurídico peculiar, visando à proteção da própria entidade, de seus acionistas (minoritários) e de terceiros com os quais a sociedade contrata.

Porém, a existência desse poder de influir (de participar) na vida interna da coligada não se confunde com o controle. O controle é previsto no § 2º do art. 243, da Lei das Sociedades Anônimas. A coligação, por sua vez, é a situação na qual embora exista a influência significativa, não há o controle. A influência significativa consiste no poder de participar nas decisões das políticas financeiras ou operacionais da investida, *mas sem controlá-la*. Não há a titularidade de direitos de sócio que assegurem o poder permanente de eleger a maioria dos administradores. Essa é a lição de Tavares Borba⁵⁹:

Há sociedades que, embora não sujeitas ao controle, encontram-se a outras ligadas em virtude da relação de participação entre elas existente. Quando, consideradas duas sociedades, uma detenha influência significativa sobre a outra, essas companhias serão consideradas coligadas. Preceitua a lei (§ 4º do art. 243 da Lei

59 BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 516-518.

nº 6.404/76, a esta acrescentado pela Lei nº 11.941/09) “que há influência significativa quando a investidora detém ou exerce o poder de participar nas decisões das políticas financeiras ou operacionais da investida, sem controlá-la”, presumindo-se essa influência (§ 5º) “quando a investidora for titular de pelo menos 20% do capital votante da investida”. Trata-se, evidentemente, de uma presunção relativa.

A coligação corresponde, portanto, a um nível de influência que não seja capaz de conduzir ao controle, haja vista a possibilidade de controlar-se uma companhia (controle minoritário) com 20% do capital, ou até com uma participação inferior.

[...]

O Código Civil, no que tange às demais sociedades, regulou as controladas em termos aproximados aos que vigoram para a sociedade anônima. Quanto às coligadas, para efeitos do Código Civil, que as regula diferentemente, estas são aquelas de cujo capital outra participe com 10% ou mais, sem controlá-la (art. 1.099 do CC, que foi ressaltado pelo art. 46, § único, da Lei nº 11.941/09). (grifos não são do original)

Em igual sentido, expõe Menezes⁶⁰:

Importante salientar que a expressão “sociedades coligadas” pode ser empregada em duplo sentido, sendo o primeiro para designar o fato de existir uma relação de participação de uma sociedade no capital de outra (qualquer que seja ela) e o segundo, em caráter estrito, para definir a espécie do vínculo jurídico existente entre duas sociedades, servindo, neste último caso, *para distingui-lo da relação de controle e*, mais recentemente, segundo o Código Civil (Lei 10.406/2002), da relação de *simples participação*. (grifos não são do original)

A mesma lição se colhe de Comparato e Salomão Filho⁶¹:

Entre nós, desde antes do advento da lei de sociedades por ações de 1976, tem-se distinguido a simples coligação do controle,

60 MENEZES, Maurício Moreira Mendonça de. Reflexões sobre o regime jurídico da coligação societária e a transferência de tecnologia entre sociedades coligadas. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. Ano XLV, n. 141, janeiro-março de 2006. São Paulo: Malheiros p. 151-152.

61 COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 4. ed. Rio de Janeiro:Forense, 2005. p. 44-45.

entendendo-se aquela como a participação de uma sociedade no capital de outra, com ou sem reciprocidade, em condição de explicar uma certa influência econômica, sem que esta se torne preponderante ou dominadora. Neste sentido, interpretou-se o art. 135, § 2º, do Decreto-Lei nº 2.627, quando falava em “sociedades controladas ou coligadas”, declarando-se que a conjunção aí era alternativa e não explicativa. A lei acionária de 1976 define as sociedades coligadas pela participação de capital de uma em outra em, no mínimo, 10% (dez por cento), sem que haja controle (art. 243, § 1º)⁶². No direito fiscal, para efeito de avaliação de investimentos de uma pessoa jurídica em outra pelo critério da equivalência patrimonial, também é utilizado o critério da coligação. É verdade que o critério de coligação adotado é diverso, exigindo-se a participação em 20% ou mais do capital social ou a existência de alguma influência na administração (art. 385, I, do Decreto nº 3.000, de 26.03.99 – Regulamento do Imposto de Renda). (grifos não são do original)

5 DA AMPLIAÇÃO DO CONCEITO DE CONTROLE POR NORMA SETORIAL

Há uma controvérsia na doutrina quanto à possibilidade de edição de atos normativos pelas Agências Reguladoras estabelecendo um conceito mais elástico para a transferência do controle das sociedades empresariais. A posição contrária a essa possibilidade é defendida por Carvalhosa⁶³:

O *titular* do poder de controle, tal como legalmente definido (art. 116), constitui inequivocamente o acionista controlador, para os efeitos da lei societária e da regulamentação administrativa da CVM (§ 3º).

Cabe observar que a *figura* do acionista controlador está definida, clara e precisamente, nos arts. 116 e 243, com extensa sedimentação jurisprudencial e doutrinária, não podendo as agências reguladoras, sob pena de ferirem o princípio da legalidade (art. 37 da CF), estabelecer conceitos de controle ao arrepio da lei de regência, que é a Lei n. 6.404/76.

62 A referência do texto é a redação do art. 243, § 1º, da Lei nº 6.404/76, antes da Lei nº 11.941/2009.

63 CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. v. 4 Tomo II. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 164.

[*Em nota de rodapé*]: Como procedeu inconstitucionalmente a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), ao adotar, em sua Resolução n. 101/99, conceitos de “acionista controlador” e de “controle” não só juridicamente incorretos como absolutamente antagônicos aos contidos na Lei societária.

Embora sem adentrar nas implicações sobre o princípio da legalidade, Barbosa⁶⁴ parece aderir à possibilidade de extensão do conceito de controlador por normas setoriais para abranger as hipóteses de controle gerencial e externo:

Destaque-se, contudo, que o fato dessa matriz legal do anonimato não os tipificar não significa que o direito societário os ignore por completo. Há casos específicos – em especial no que concerne à alienação do poder de controle – em que os parâmetros legais são ampliados pelos órgãos reguladores de modo a impingir o realismo e segurança imprescindível à boa ordem do mercado, como no caso da IN/CVM 361 e da Resolução 101/99 da ANATEL.

Aragão⁶⁵ sustenta a legitimidade de normas setoriais que disciplinam institutos societários de forma distinta da regulação empresarial, invocando, para tanto, precedentes jurisprudenciais análogos (referentes ao caso do conflito entre as normas do Conselho Monetário Nacional e a Lei de Usura) e a Teoria dos Grupos de Normas:

O recurso à tão fecunda quanto pouco conhecida Teoria dos Grupos de Normas, de JOSÉ LUIS VILLAR PALASÍ e JOSÉ LUIS VILLAR EZCURRA, pode ser de grande valia para evitar algumas perplexidades e mistificações. Explicam estes autores que o que ocorre em tais situações é, na verdade, o seguinte: se a Portaria de um grupo ou setor normativo adere – advém – de uma lei, será esta, não a Portaria, que colide com a lei do outro grupo de normas, podendo até mesmo chegar a derogá-la se for posterior.

Prosseguem os administrativistas espanhóis esclarecendo que “as colisões entre normas ou, melhor dizendo, entre grupos normativos podem ser reais ou simplesmente aparentes. Para que exista uma colisão real é necessário que as normas se refiram a uma

64 BARBOSA, Henrique Cunha. *A exclusão do acionista controlador nas sociedades anônimas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 54, nota de rodapé n. 105.

65 ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 426-428.

mesma hipótese fática, que as suas conseqüências jurídicas sejam incompatíveis e que apresentem a mesma ratio ou finalidade (isto é, que sejam isofórmicas)”.

A conciliação das normas aparentemente conflitantes pela aplicação da Teoria dos Grupos de Normas não se confunde com a ideia de deslegalização, isto é a retirada pelo próprio legislador de certas matérias do domínio da lei para o domínio do regulamento⁶⁶. A possibilidade de um ato normativo editado pela Agência conformar o instituto do controle societário de forma distinta daquele estabelecido na Lei empresarial não implica no reconhecimento da transferência da matéria para o âmbito do regulamento. A Teoria dos Grupos de Normas propõe que caso exista uma colisão real, a prevalência da norma de hierarquia inferior decorreria da derrogação da Lei Societária pela Lei atribuidora de competência normativa à Agência para tratar do tema no âmbito do ordenamento setorial. O tratamento normativo distinto é possível em face da autonomia (relativa) do ordenamento setorial.

Convém destacar, porém, algumas peculiaridades importantes. Por um lado, a IN CVM nº 361/2002 dispõe sobre o procedimento aplicável para a oferta pública de aquisição de ações de companhia aberta. A norma do art. 255 da Lei nº 6.404/76, especialmente após as modificações introduzidas pela Lei nº 9.457/97, ao estabelecer que “a alienação do controle de companhia aberta que dependa de autorização do governo para funcionar está sujeita à prévia autorização do órgão competente para aprovar a alteração do seu estatuto” contém uma regra de natureza eminentemente administrativa. A razão da existência do *caput* do art. 255 da Lei 6.404/76 estava na missão atribuída pelos parágrafos do mesmo artigo aos órgãos oficiais de zelar pelo tratamento equitativo aos acionistas minoritários. Assim, a revogação desses parágrafos, operada pela Lei nº 9.457/97, tornou a norma uma “cabeça sem corpo”, na expressão de Carvalhosa⁶⁷, trazendo para o âmbito da Lei das S.A. uma regra própria de direito administrativo. Portanto, caberá às Leis administrativas ou setoriais especificar a natureza e o alcance da competência para a concessão da autorização para a alienação do controle. Observe-se, ainda, que a proteção aos acionistas minoritários em decorrência da alienação do controle da companhia foi restabelecida, sob novos critérios, pela Lei nº 10.303/2001, que introduziu o art. 254-A

66 Cf. MEDAUAR, Odete. *O direito Administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 250-252.

67 Cf. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. v. 4, Tomo II. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 189-190.

na Lei nº 6.404/76. O tema, portanto, não guarda correspondência com a competência da ANS para a autorização dos atos de reestruturação empresarial e transferência de controle.

Por sua vez, o ordenamento setorial de Telecomunicações disciplina de maneira detalhada a função da ANATEL no controle da concorrência no setor, estipulando, inclusive, regras específicas sobre a transferência de controle societário (Lei 9.472/97, arts. 71, 201 e 202). No setor de telecomunicações, a análise da transferência de controle busca verificar eventual concentração empresarial que prejudique a concorrência. Não por outro motivo, a Resolução nº 101/99 da ANATEL, em seu art. 1º, vincula a apuração de controle e de transferência de controle ao exercício, pelo órgão regulador, das funções de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, no setor de telecomunicações. O mesmo se diga em relação ao ordenamento de defesa da concorrência, que tem por objetivo coibir a prática de atos, *sob qualquer forma manifestados*, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços (art. 54, da Lei nº 8.884/94; art. 36, da Lei nº 12.529/2011). Fala-se, inclusive, em um *direito societário concorrencial*, para ressaltar as peculiaridades que as categorias societárias adquirem no âmbito do direito da concorrência⁶⁸. Dessa forma, para os fins da proteção da concorrência, a doutrina tem admitido a flexibilização do conceito de controlador⁶⁹.

No entanto, diversamente do que previsto na Lei nº 9.472, a Lei de Planos de Saúde e a Lei de criação da ANS não estabelecem proibições específicas para a assunção do *status* de controlador. Note-se que sequer consta do art. 24-D da Lei nº 9.656/98 a remissão à Lei nº 9.447/97 (que dispõe sobre a responsabilidade solidária de controladores de instituições submetidas aos regimes de que tratam a Lei nº 6.024/1974, e o Decreto-lei nº 2.321/87), lacuna insuperável por meio da analogia, em razão da impossibilidade de extensão do regime gravoso da responsabilidade objetiva e solidária e da indisponibilidade de bens. Dessa forma, a responsabilidade do controlador de operadora de planos de saúde é aquela decorrente das próprias Leis empresariais (art. 117 da Lei nº 6.404/76) e falimentares (art. 82 da Lei nº 11.101/2005), inexistindo qualquer acréscimo legislativo decorrente do ordenamento setorial de saúde suplementar.

68 Cf. COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 4. ed. Rio de Janeiro:Forense, 2005. p. 43.

69 Cf. COELHO, Fábio Ulhoa. Reforma do Estado e direito concorrencial. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, p. 199.

A mera competência para a autorização do ato empresarial prevista no art. 4º, XXII, da Lei nº 9.961, não é suficiente para conferir à ANS uma competência normativa para tratar do tema da transferência de controle no âmbito do ordenamento setorial, a ponto de se entender como uma norma derogatória da Lei Societária (Teoria dos Grupos de Normas). Igualmente, não há uma degradação formal do grau hierárquico da Lei Societária por força do citado artigo da Lei nº 9.961, para que se entenda que a matéria atinente à transferência de controle possa, a partir de então, ser regulada por simples regulamento (tese da deslegalização). Não há, por fim, na citada norma de competência qualquer *standard* ou finalidade pública, veiculados por meio de referência genérica “a valores morais, políticos e econômicos existentes no seio da sociedade”, conferindo “à Administração Pública um grande poder de integração do conteúdo da vontade do legislador, dentro dos quadros por ele estabelecidos”⁷⁰ (tese da lei-quadro).

Diante desse fraco (ou quase inexistente) regramento que o ordenamento setorial de saúde suplementar dispensa à figura do controle societário, impõe-se reconhecer que não há densidade normativa mínima⁷¹ a justificar a edição de uma norma setorial regulando o instituto da transferência de controle de maneira distinta daquela consagrada nas Leis societárias. É certo que a competência normativa pode ser extraída implicitamente do sistema; essa constatação nada mais é do que a aplicação da doutrina dos poderes implícitos, formulada no âmbito do Direito Constitucional, à seara regulatória. Porém, não se pode admitir que o poder de autorizar inclua o poder de estabelecer os contornos do negócio a ser autorizado, uma vez que o exercício do poder normativo não pode ampliar a regra de competência que o legitima. Em outras palavras: o poder normativo deve ser exercido dentro dos limites das leis delegantes⁷².

Definir se a autorização concedida pela ANS compreende ou não a análise concorrencial passa por duas questões distintas,

70 ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 408.

71 “A grande questão da matéria do poder regulamentar da Administração Pública não é propriamente a de se determinar a extensão deste, mas sim definir qual é a densidade normativa mínima que a sua base legal deve ter para que seja consentânea com o Estado Democrático de Direito e com a natureza subordinada do poder regulamentar.” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *A concepção pós-positivista do princípio da legalidade*. RDCI nº 65/7)

72 Cf. ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 411.

mas interdependentes: (i) a delimitação da base normativa para o desempenho dessa análise concorrencial; e (ii) a indagação quanto ao efetivo desempenho pela Agência da análise concorrencial no exercício da competência de autorização dos atos de cisão, fusão, incorporação e alteração ou transferência de controle. A primeira questão é *normativa* (do mundo do dever-ser), enquanto a segunda é *fática* (do mundo do ser). O intérprete, no entanto, não precisa temer a *guilhotina de Hume*⁷³, uma vez que não se trata de estabelecer uma confusão entre ser e dever-ser, mas apenas de reconhecer a necessidade de coerência entre as normas editadas pela Agência e a prática regulatória. E conforme demonstrado no presente texto, tanto a base normativa quanto a articulação institucional da Agência com os órgãos do sistema nacional de defesa da concorrência levam ao reconhecimento de que a ANS exerce apenas o monitoramento setorial da concorrência na análise dos atos de reestruturação societária e transferência de controle.

A ampliação do conceito de “transferência de controle” também esbarra na impossibilidade de extensão da regra de competência administrativa. A autorização da transferência de controle consiste no exercício de uma competência administrativa para a aprovação do ato privado, atuando sobre a esfera jurídica do administrado, de maneira a tornar juridicamente viável uma atuação privada proibida sem a autorização. E como se sabe, a regra de competência administrativa possui caráter excepcional⁷⁴, uma vez que nessa matéria vigora a *estrita e necessária vinculação legal*⁷⁵, como manifestação do princípio da legalidade administrativa. Assim, como o direito societário, de ordinário, somente regula o controle interno, vale dizer, a transferência da titularidade de direitos de sócio, seria preciso uma disposição expressa tratando da transferência de outras modalidades de controle para se admitir a competência da ANS para autorizá-los.

A RN n° 270/2011, portanto, consagra uma mudança - ou mesmo uma correção - de política regulatória, na medida em que deixou de exigir a prévia autorização para modificações que importem em ingerência efetiva, mesmo que não representem a transferência da titularidade de direitos de sócio.

73 Trata-se da tese pela qual a questão de “por que algo deve ocorrer” não pode ser respondida com uma asserção no sentido de que “algo ocorre”, mas apenas por uma asserção no sentido de que “algo deve ocorrer”. Cf. HUME, David. *Tratado da natureza humana*. 2. ed. São Paulo: UNESP, 2009. p. 509.

74 Cf. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 150.

75 Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 134

6 DA SITUAÇÃO ESPECÍFICA DAS COOPERATIVAS

Impõe-se uma interpretação em parte extensiva (que não se confunde com a analogia, uma vez que esta demanda a necessária verificação da existência de um caso não regulado, vale dizer, de uma “lacuna normativa”) e em parte restritiva da norma do art. 4º, XXII, da Lei nº 9.961/2000, no que se refere à aplicação à situação especial das cooperativas.

De fato, não se pode interpretar a citada norma como abrangente apenas das hipóteses de reestruturação empresarial, vale dizer, dos casos de fusão, cisão e incorporação, regidos pelas leis societárias. Também as hipóteses de reestruturação de cooperativa – que “não se ajustam ao conceito pleno de sociedade, uma vez que a cooperativa em si mesma não tem fim lucrativo”⁷⁶ – estão sujeitas à prévia aprovação da ANS, desde que, evidentemente, se trate de operadora de plano de saúde. A Lei nº 5.764/71 disciplina a reestruturação de cooperativas nos arts. 45, II e 57 a 62, indicando as hipóteses de fusão, incorporação e desmembramento de cooperativas. Vale consignar que “a cisão apareceu regulada, pela primeira vez no Brasil, na Lei nº 6.404/1976, embora também já fosse conhecida sob o nome de desmembramento na Lei 5.764/1971, que dispôs sobre as sociedades cooperativas (arts. 60 a 62)”⁷⁷. A denominação “cisão”, portanto, foi introduzida no ordenamento jurídico pela Lei 6.404, em 1976, posteriormente à Lei das cooperativas, que data de 1971. Esse dado histórico explica a divergência de nomenclaturas utilizadas para institutos de mesma natureza. O desmembramento de cooperativa nada mais é do que a cisão, uma vez que também nesse instituto se verifica a fragmentação da sociedade cooperativa⁷⁸.

No entanto, deve-se realizar uma interpretação restritiva da norma, no que se refere à alteração ou transferência de controle societário. Isso porque a noção de controle não se revela própria às cooperativas, tendo em vista o que dispõe o art. 41, da Lei nº 5.764/71: “nas cooperativas singulares, cada associado presente não terá direito a mais de 1 (um) voto, qualquer que seja o número de suas quotas-partes”. Em igual sentido, o art. 1.094, VI, do Código Civil estabelece dentre as características da sociedade cooperativa: “direito de cada sócio a um só voto nas

76 BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 9-10.

77 GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 506.

78 SOUZA, Jordana Miranda. *Incorporação da sociedade cooperativa*. Dissertação apresentada ao curso de mestrado da Faculdade de Direito Milton Campos.

deliberações, tenha ou não capital a sociedade, e qualquer que seja o valor de sua participação”. Note-se que mesmo em relação às cooperativas centrais, federações e confederações, em que pese ser possível para elas regra estatutária estabelecendo o critério da proporcionalidade (Lei nº 5.764/71, Art. 4º, V), não se pode adotar o conceito de controle. Isso porque não há na Lei das cooperativas regras que definam o controle. Assim, somente pela aplicação da Lei das Sociedades Anônimas ou do art. 1.098 do Código Civil se poderia cogitar de transferência de controle. Ocorre que tal aplicação não se revela possível, em decorrência do que prevê o art. 982, parágrafo único do Código Civil: “independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa”; bem como no estipulado no art. 1.096 do mesmo Código: “No que a lei for omissa, aplicam-se as disposições referentes à sociedade simples, resguardadas as características estabelecidas no art. 1.094”.

7 CONCLUSÃO

Das reflexões desenvolvidas no presente trabalho verificou-se que vigora um regime de competências concorrentes entre a ANS e os órgãos do sistema nacional de defesa da concorrência no que diz respeito à análise dos atos de cisão, fusão, incorporação e alteração ou transferência de controle societário, com base na independência relativa dos ordenamentos setoriais. A função regulatória exercida pela ANS na análise dos atos societários restringe-se à análise da regularidade da situação econômico-financeira das operadoras envolvidas e a preservação de específicos interesses setoriais, tais como a garantia do atendimento à carteira de beneficiários dos Planos de Saúde. A ANS exerça, ainda, o monitoramento setorial da concorrência, para fins de comunicação aos órgãos do sistema nacional de defesa da concorrência.

Verificou-se, também, que o conceito estabelecido no Direito Empresarial para o controle societário (arts. 116 e 243, § 2º da Lei nº 6.404/76 e art. 1.098, do Código Civil) exige a titularidade de direitos de sócio para sua configuração, excluindo-se, assim, as hipóteses de coligação de empresas (em que se apresenta o instituto da influência significativa), as hipóteses de controle externo (em que se opera a ingerência efetiva) e mesmo o controle interno gerencial. Por sua vez, o tratamento dispensado pelas normas do ordenamento setorial de saúde suplementar ao controle societário não conferem normatividade mínima a legitimar a edição de ato normativo pela ANS estabelecendo um conceito mais elástico para a transferência do controle das sociedades empresariais.

Dessa forma, a norma do art. 4º, XXII, da Lei nº 9.961/2000 consiste em uma regra de competência administrativa para o exercício do poder de polícia funcionalizado de autorização de atividade privada, possuindo caráter excepcional, razão pela qual não se admite a sujeição à prévia autorização de outros atos que não importem em alteração ou transferência da titularidade de direitos de sócio. A edição da RN nº 270/2011, pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, corrigiu o excesso que antes se encontrava previsto na RDC nº 83/2001, que submetia à prévia autorização quaisquer atos que pudessem implicar em ingerência efetiva na administração das operadoras.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *A concepção pós-positivista do princípio da legalidade*. RDCI nº 65/7.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARBOSA, Henrique Cunha. *A exclusão do acionista controlador nas sociedades anônimas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. v. 4, Tomo II. São Paulo: Saraiva, 2003.

CASSESE, Sabino. *A crise do Estado*. Campinas: Saberes, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. Reforma do Estado e direito concorrencial. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. O poder de controle na sociedade anônima. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

EIZIRIK, Nelson. *Aquisição de controle minoritário*. Inexigibilidade de oferta pública. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; MOURA AZEVEDO, Luís André N. de (coord.). Poder de controle e outros temas de direito societário e mercado de capitais. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de direito de saúde suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde*. São Paulo: MP, 2006.

GARCIA, Flávio Amaral. Conflito de competência entre o CADE e as Agências Reguladoras que atuam no campo dos serviços públicos. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 11. 2002.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

HUME, David. *Tratado da natureza humana*. 2. ed. São Paulo: UNESP, 2009.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Direito das Telecomunicações e ANATEL. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MENEZES, Maurício Moreira Mendonça de. Reflexões sobre o regime jurídico da coligação societária e a transferência de tecnologia entre sociedades coligadas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, ano XLV, n. 141, jan./mar. 2006. São Paulo: Malheiros.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ROMANO, Santi. *O Ordenamento Jurídico*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. A função administrativa no controle dos atos de concentração. In: ÁVILA, Humberto (org.). Fundamentos do Estado de Direito: *estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA, Jordana Miranda. *Incorporação da sociedade cooperativa*. Dissertação apresentada ao curso de mestrado da Faculdade de Direito Milton Campos.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de (et. al.). *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. v. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de; WAISBERG, Ivo. Fusões, Incorporações e Aquisições – aspectos societários, contratuais e regulatórios. In: WARDE JR., Walfrido Jorge (coord.). *Fusão, Cisão, Incorporação e temas correlatos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

REGIME JURÍDICO DA FUNGIBILIDADE DAS DEMANDAS PREVIDENCIÁRIAS

*LEGAL REGIME OF SOCIAL SECURITY
FUNGIBILITY OF DEMAND*

*Fabio Alessandro Fressato Lessnau - Procurador Federal
Membro Fundador da Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDCConst .
Especialista em Direito Tributário pela Unicuritiba. Especialista em Direito
Público pela ESMAFE/PR. Especialista em Direito Processual Civil pela UNIPAR
Especialista em Direito Previdenciário pela UNIDERP*

SUMÁRIO: Introdução; 1. Princípio da fungibilidade; 2 Busca pela Verdade Real no Processo Previdenciário e o Ativismo Judicial; 3 Condições da Ação, Elementos da Ação, Fungibilidade do Interesse Processual, da Causa de Pedir e do Pedido; 4 Interesse Processual e a Possibilidade da Autarquia Previdenciária Conceder o Benefício Mais Vantajoso ao Segurado; 5 Fungibilidade das Ações Previdenciárias; 6 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar se há amparo legal para o magistrado, valendo-se do princípio da fungibilidade, em conceder benefícios previdenciário ou assistenciais diversos daqueles que foram postulados na petição inicial, bem como o limite para essa atuação, por meio de uma revisão de literatura. A Constituição Federal estabelece em seu artigo 194 que a Seguridade Social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. O Estado Social desempenha a função de atender as necessidades comuns dos cidadãos e, conseqüentemente, materializar os ideais de bem estar e de justiça social. O segurado, ao deparar-se com o indeferimento administrativo de seu requerimento de benefício previdenciário ou assistencial, poderá socorrer-se ao Poder Judiciário para reforma do ato estatal. Incumbe ao julgador a tarefa de dar aplicabilidade a mecanismos de eficácia oferecidos pelo direito processual civil, entre os quais se destacam os institutos da instrumentalidade das formas e do princípio da fungibilidade das demandas previdenciárias. Através desses mecanismos será possibilitado o oferecimento de uma decisão mais próxima da realidade. Ademais, o Poder Judiciário deve prestar tutela jurisdicional adequada ao jurisdicionado, entregando-lhe o direito material correspondente aos fatos expostos e provados, contudo, esse método não prescinde de parâmetros, de maneira que deve ser limitado às demandas da mesma natureza em que se identifique um núcleo intrínseco que liga os requisitos dessas ações.

PALAVRAS-CHAVE: Seguridade Social. Proteção Social. Princípio da Fungibilidade das Ações Previdenciárias.

ABSTRACT: This article aims to examine whether there are legal grounds for the magistrate, taking advantage of the principle of fungibility, to grant benefits that were different from those postulated in the application, as well as the limit for this activity, through a literature review. The Federal Constitution establishes in its article 194 that Social Security comprises an integrated set of actions initiated by the Government and society, aimed at ensuring the rights to health, welfare and social assistance. The welfare state plays the role of social needs and therefore seek to materialize the ideals of wellness and social justice. The insured, when faced with the administrative refusal of his application for benefits or assistance, you can avail itself to the judiciary to reform the state act. It is up to the task to judge the applicability instrumentality of the forms and the principle of fungibility of social security demands, considering the state of vulnerability of the insured

for that decision is made to portray the reality. Moreover, the judiciary can provide appropriate judicial protection to the courts, handing him the right material corresponding to the facts alleged and proved, as well as attention to the need presented at the time, however, this method does not obviate the parameter delimiters, and must be restricted to demands the same kind in which it identifies a core that connects the intrinsic requirements of these actions.

KEYWORDS: Social Security. Social Protection. Principle of Fungibility of shares pension.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal estabelece em seu Art. 194 que a Seguridade Social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

A Seguridade Social objetiva assegurar cobertura dos riscos sociais, consubstanciada em verdadeiro sistema de proteção que se desenvolve através de medidas de amparo aos trabalhadores, especialmente, em situações emergenciais de incapacidade para o trabalho em razão de doença, idade avançada, acidente de trabalho e casos equiparados. Protegem-se, igualmente, os dependentes dos segurados em decorrência de morte e reclusão.

O caráter contributivo está presente unicamente na previdência social, sendo este o principal fator de distinção entre os três segmentos da seguridade social, conforme expressamente consignado no artigo 201 da Carta Maior.

Assim sendo, a saúde é ofertada a todos e caracteriza-se como dever do Estado, este incumbido de realizar medidas políticas sociais e econômicas, visando à redução do risco de doença e de outros agravos, como também possibilitar o acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, conforme estabelece o Art. 196 do Texto Constitucional. Por sua vez, a Assistência Social será prestada a quem dela necessitar, independente de contribuição à seguridade social, nos termos do artigo 203 da Carta Magna.

Dessa forma, a Constituição Federal de 1988 estabelece que a Seguridade Social é gênero do qual são espécies a saúde, a previdência social e a assistência social, as quais desempenham o papel de

instrumentos do Estado Social para a satisfação das necessidades comuns e, conseqüentemente, buscam materializar os ideais de bem estar e a justiça social.

Por conseguinte, o cidadão atingido por uma contingência social poderá socorrer-se ao Estado para a sua proteção, de modo que estará sendo desempenhada a função estatal de proteção social. Porém, caso o órgão estatal, após o devido processo administrativo, entenda que não seria cabível na hipótese qualquer prestação, caberá ao segurado buscar a reforma do ato administrativo através de provimento expedido pelo Poder Judiciário.

Portanto, no momento em que um segurado requer uma prestação estatal de natureza previdenciária ou assistencial junto à Autarquia Previdenciária e tem seu pedido indeferido, surge o interesse de postular junto ao Poder Judiciário o direito recusado.

Encontra-se consagrado que o processo civil deve servir como instrumento para a concretização do direito material postulado, de forma que seja entregue ao jurisdicionado o provimento jurisdicional adequado, justo, célere e eficaz. Para o alcance desse desiderato, o Poder Judiciário pode atuar no sentido de buscar a verdade real. Contudo, em certos momentos essa atuação pode ultrapassar os limites estabelecidos pelas normas do processo civil, ao ponto de alterar o pedido e a causa de pedir da demanda previdenciária ou assistencial posta ao seu crivo, concedendo ao segurado um benefício diverso daquele que foi requerido na exordial.

Com esse propósito, o presente trabalho tem como objetivo analisar se há amparo legal para o magistrado, valendo-se do princípio da fungibilidade, em conceder benefícios diversos daqueles que foram postulados na petição inicial, bem como o limite para essa atuação, por meio de uma revisão de literatura.

1 PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE

O direito de ação, na sua concepção constitucional atual, exige a prestação de tutela jurisdicional efetiva, bem como que contemple uma sentença justa e, sobretudo, que a sua execução possa ser promovida de forma adequada e no menor tempo possível para que seja eficaz, observando-se as normas constitucionais ínsitas ao devido processo legal.

Nesse sentido, surge o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva que obriga os aplicadores da lei buscar técnicas processuais aptas

a materializar o conceito constitucional de ação. Tais técnicas podem ser verificadas através do instituto da instrumentalidade do processo e do princípio da fungibilidade processual. Candido Rangel Dinamarco¹ ensina que a instrumentalidade do processo apresenta-se em duplo aspecto:

[...] (i) negativo: negação do processo como valor em si mesmo e repúdio aos exageros processualísticos formalistas; (ii) positivo: preocupação em extrair do processo, como instrumento, o máximo de proveito quanto à obtenção de seus resultados (efetividade do processo). Soma-se a este pensamento a necessidade de análise da realidade social envolvida na causa para que seja alcançada a pacificação social dos conflitos.

Por seu turno, o princípio processual da fungibilidade se apresenta como um mecanismo para que a prestação jurisdicional possa ser realizada de modo efetivo, pois se consubstancia na perspectiva de que a forma não pode limitar e/ou prejudicar o exercício do direito. Assim, busca-se flexibilizar algumas normas processuais para que o direito material objetivado na demanda possa ser entregue ao postulante e, conseqüentemente, o processo passe a ser visto como um instrumento de realização do direito pleiteado.

No direito processual civil, o princípio da fungibilidade teve sua origem na teoria recursal, pois visava abrandar o hermético sistema disciplinado no Código de Processo Civil de 1939. O seu Art. 810 estabelecia que: “salvo hipótese de má-fé ou erro grosseiro, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro, devendo os autos ser enviados à câmara, ou turma, a que competir o julgamento”. Este dispositivo não foi reproduzido no Código de Processo Civil de 1973. Contudo, ainda é reconhecido como aplicável em certas situações pela doutrina e jurisprudência em decorrência do princípio da instrumentalidade.

Além da aplicação no sistema recursal, o princípio da fungibilidade tem aproveitamento nas tutelas de urgência, conforme disposto no §7º do Art. 273 do Digesto Processual, nas demandas possessórias e cautelares, bem como nos provimentos decorrentes de tutela específica das obrigações de fazer, não fazer e de entrega de coisa. Denota-se, porém, que a aplicação desse princípio nas ações previdenciárias ainda é incipiente nas manifestações doutrinárias.

1 DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 265.

Traçadas essas primeiras linhas sobre o princípio da fungibilidade, torna-se possível descrever seu conceito. Guilherme Freire de Barros Teixeira² afirma que “[...] para o direito material, a fungibilidade é uma qualidade de um bem ou de uma prestação que pode ser substituído(a) por outro(a)”. No Direito Processual Civil, o mesmo autor descreve o seguinte conceito:

[...] a possibilidade de substituição de uma medida processual por outra, admitindo-se aquela erroneamente utilizada como se tivesse sido empregada uma outra mais adequada à situação concreta existente nos autos, sendo irrelevante eventual equívoco no manejo de medida inapropriada pela parte, adotando-se como premissa para o seu emprego a idéia de que a forma não deve prejudicar o exercício do direito.

Destarte, o princípio da fungibilidade encontra-se profundamente interligado ao princípio da instrumentalidade das formas, ou seja, a forma não deve prevalecer como um valor absoluto, caso não exista uma garantia constitucional ou regramento processual cogente que justifique sua aplicabilidade, pois para que o processo atinja a pacificação social, os meios comuns podem ser ultrapassados.

Portanto, o direito de ação, fundamentado nas normas constitucionais processuais, deve objetivar uma tutela jurisdicional efetiva, observando o devido processo legal para que a prestação jurisdicional apresente-se adequada às necessidades do direito material e, portanto, que seja justa, rápida e eficaz. Para alcançar esse escopo, o magistrado pode se valer de instrumentos que privilegiem o fim que deve ser alcançado pelo processo em detrimento de normas pouco flexíveis, dando ensejo à aplicabilidade do princípio da fungibilidade.

2 BUSCA PELA VERDADE REAL NO PROCESSO PREVIDENCIÁRIO E O ATIVISMO JUDICIAL

Os diversos benefícios previstos no Regime Geral de Previdência (RGPS) possuem características distintas para a sua concessão, de modo que o segurado, ao preenchê-las, passa a ter direito à prestação previdenciária. Com efeito, o preenchimento desses requisitos e a concessão do direito material aos beneficiários da Previdência Social exigem a análise aprofundada dos fatos alegados, bem como a sua

² TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *Teoria do princípio da fungibilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 94.

comprovação documental, não bastando a simples subsunção dos fatos afirmados pelo segurado à norma de regência da matéria, pois todo o direito pleiteado deve ser provado.

Assim, a demanda previdenciária requer análise de prova para que sejam confirmados os fatos declarados pelo segurado, consistindo em um verdadeiro processo voltado para a busca da verdade real.

Na hipótese de um pedido de aposentadoria por idade pelo segurado especial, a lei exige idade mínima e comprovação do exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período correspondente à carência. A comprovação do período de carência fundamenta-se em início de prova material, podendo ser completada por outros meios de prova, entre os quais se destaca a prova testemunhal.³

O §2º do Art. 115 da Instrução Normativa INSS/PRES Nº 45, de 6 de agosto de 2010, estabelece que para aposentadoria por idade, a ausência da documentação descrita na norma, em intervalos não superiores há três anos, não prejudicará o reconhecimento do direito à aposentadoria. Nessa situação, diante da indisponibilidade de prova material para cada ano de exercício da atividade rural, o administrador formará a sua convicção através da presunção de que o segurado permaneceu exercendo seu labor campesino no ínterim de até três anos após a data do documento apresentado.

No âmbito administrativo, ao processar o requerimento de benefício previdenciário o servidor público deve atuar dentro da estrita legalidade, ou seja, seus atos devem estar pautados nas leis ou instrumentos normativos, não havendo espaço para interpretação ou expressão de entendimento subjetivo. Dessa forma, a atuação administrativa no exemplo acima citado, encontra-se limitada ao campo da presunção disciplinada pela lei, não podendo fundamentar a decisão simplesmente em impressões pessoais adquiridas através do depoimento do segurado e testemunhas ouvidas no processo administrativo.

Por sua vez, na esfera judicial há um campo de atuação muito mais amplo para o magistrado operar, sendo que pode, inclusive, decidir a demanda posta ao seu crivo com base no critério da equidade. No ramo previdenciário, o bem jurídico que se busca tutelar é o direito à subsistência, de modo que se torna impróprio impor a busca pela

3 Nesse sentido é a letra do §3º do artigo 55 da Lei 8.213/91 e Súmula 149 do Superior Tribunal de Justiça.

certeza como condicionante à concessão desse direito, reconhecendo-se a aplicação da equidade como solução suficiente em favor do segurado.

No contexto do direito previdenciário, o segurado enquadra-se como parte hipossuficiente, induzindo o intérprete no momento da análise da norma previdenciária a escolher, entre duas ou mais interpretações possíveis, aquela que mais favoreça o segurado. Trata-se da aplicação da solução *in dubio pro misero*, que não se assemelha ao princípio do *in dubio pro operario* consagrado no direito do trabalho, pois esse princípio não tem aplicação em matéria probatória, impondo-se ao autor a prova do fato constitutivo do direito e ao réu a prova da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo.

Observa-se que o Poder Judiciário tem dado prevalência à verdade real em situações que o segurado não dispõe de documentos suficientes para comprovar sua condição de rurícola, notadamente quando qualificado como trabalhador bóia-fria, admitindo-se exclusivamente como prova da condição campesina os relatos de testemunhas⁴.

Neste sentido decidiu o Tribunal Regional Federal da 4^a Região que no caso dos trabalhadores bóias-frias, considerando-se a informalidade com que é exercida sua atividade no meio rural e a dificuldade de comprovação documental “a exigência de início de prova material deve ser abrandada, permitindo-se, em algumas situações extremas, até mesmo a prova exclusivamente testemunhal”⁵

4 Abordando o tema da verdade processual, Marco Aurélio Marraffon leciona que “Para RESTA, a concepção do juiz como *“maitre du langage”* é rica de sentidos e bastante adequada para caracterizar a atividade judicial durante o julgamento. Primeiro porque ele acentua a idéia de que o processo é fundado na palavra e seu poder constitutivo, deixando manifesta a concepção de que o juiz, enquanto senhora da linguagem, é quem determina a verdade e a duração do processo, dentro das possibilidades normativas a ela conferidas. Depois, ela sugere que o juiz traduza cada palavra em sua própria linguagem e, através dela, crie realidades [...] Neste processo construtivo, a verdade processual emerge da ação produtiva do magistrado, possível através do movimento contínuo e complexo de “fusão de horizontes”, marcado pela incidência de inúmeros “discursos sobre a verdade” que leva à *applicatio*. Ademais, por se tratar de uma verdade interpretativa artificialmente construída também a partir das escolhas normativas de uma sociedade, o método (trajeto) percorrido pelo magistrado deve, prudencial e estilisticamente, levar a uma decisão que possa ser tida como juridicamente justa. Para tanto, o magistrado deve, na maior medida possível, escolher corretamente o parâmetro normativo e sua interpretação, acertar sua adequação aos fatos e obedecer ao procedimento juridicamente válido.” (MARRAFON, Marco Aurélio. *O Caráter Complexo da Decisão em Matéria Constitucional: Discurso sobre a Verdade, Radicalização Hermenêutica e Fundação Ética na Práxis Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 170-177)

5 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4^a Região. Apelação Cível 0001706-93.2010.404.9999, Sexta Turma, Relator Luís Alberto D'azevedo Aurvalle. J. 02.06.2010, D.E. 09.06.2010. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br/>>. Acesso em: 31 outubro 2010.

Admitindo que o Direito Previdenciário deve buscar a verdade real para a concessão dos benefícios previdenciários, o magistrado José Antonio Savaris⁶ enfatiza que:

O direito à concessão de um benefício da seguridade social não pode ser aferido a partir dos critérios milimétricos estabelecidos pela legislação previdenciária. O direito à proteção social para subsistência não se expressa de um modo matemático. Os problemas de sobrevivência que se apresentam em um processo previdenciário não serão adequadamente solucionados numa perspectiva positivista, no sentido de serem os requisitos postos à evidência do juiz.

A simples aplicação das normas previdenciárias como um método matemático poderia resultar em decisões iníquas, uma vez que diante de ausência de vasta prova documental estaria sendo desconsiderado o histórico de vida dos trabalhadores e os relatos daqueles que presenciaram sua atividade campesina.

Arrematando esse entendimento e propugnando por uma postura jurisdicional voltada a uma tutela equânime, em que as normas previdenciárias apresentam-se como plano a ser seguido sem qualquer vinculação cogente, Jose Antonio Savaris⁷ assim se posiciona:

Uma solução de equidade comporta, no caso concreto, a flexibilização dos requisitos milimetricamente estabelecidos para a atuação da proteção previdenciária. Os pressupostos para a concessão de benefícios passam a ser vistos como diretrizes gerais, mas não totalitárias. [...] O juízo de equidade, inspirado nos ideais constitucionais de concretização do direito fundamental e da promoção de justiça e bem-estar sociais, é essencialmente subjetivo e para o caso concreto. O franco juízo de subjetividade exige mais do que a velada objetividade.

Destaca-se que a decisão equânime não pode distanciar-se das normas constitucionais protetoras dos direitos fundamentais, bem como da promoção da justiça e do bem estar social. Por outro lado, abre-se um campo para que o magistrado possa externar suas impressões subjetivas diante dos elementos que lhe foram apresentados nos autos.

⁶ SAVARIS, José Antonio. *Direito Processual Previdenciário*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 43.

⁷ *Ibidem*, p. 45-46.

Analisando a decisão proferida por equidade de forma superficial, poder-se-ia afirmar que o princípio dispositivo⁸ estaria sendo violado. Entretanto, diante das necessidades sociais urgentes presente nas lides previdenciárias, o magistrado deve participar de forma ativa na instrução da causa para encontrar a verdade real e entregar o bem da vida pleiteado, cabendo a ressalva de que toda a atuação deve estar pautada pelo princípio constitucional do devido processo legal, de sorte que seja ofertado às partes o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Eduardo Cambi⁹ entende que a relevância do princípio dispositivo pode ser minimizada diante da busca pela verdade no processo, conforme as seguintes lições:

As linhas da reforma do processo estão voltadas à minimização dos efeitos do princípio dispositivo, retomando a preocupação publicista pela descoberta da verdade e, por isso, preocupada em, por exemplo, superar a enumeração taxativa dos meios de prova, pela consagração do princípio da atipicidade; aumentar os poderes instrutórios exercitáveis de ofício pelo juiz; e abandonar os efeitos probatórios vinculantes inerentes ao sistema da prova legal.

Portanto, ao adotar o posicionamento de decidir com base na equidade, o magistrado busca proferir tutela jurisdicional mais próxima à realidade de vida do segurado, valendo-se, para tanto, de todos os elementos de convicção postos ao seu conhecimento.

Porém, pode-se entender que o procedimento para se alcançar este ideal de sentença justa represente um ativismo judicial que ultrapassa os limites de atuação imparcial do juiz no processo. Na hipótese do ajuizamento de demanda previdenciária em que se pleiteia aposentadoria por invalidez, faz-se necessária a produção de prova pericial a respeito do estado clínico

8 Através do princípio dispositivo atribui-se às partes “toda a iniciativa, seja na instrução do processo, seja no seu impulso. As provas só podem, portanto, ser produzidas pelas próprias partes, limitando-se o juiz à função de mero espectador. [...] Há duas derivações importantes do princípio dispositivo, em nosso sistema processual civil: a) o princípio da demanda e b) o princípio da congruência. Pelo primeiro, só se reconhece à parte o poder de abrir o processo: nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando requerida pela parte (CPC, art. 2º), de sorte que não há instauração de processo pelo juiz *ex officio*. Pelo segundo princípio, que também se nomeia como princípio da adstrição, o juiz deverá ficar limitado ou adstrito ao pedido da parte, de maneira que apreciará e julgará a lide ‘nos termos em que foi proposta’, sendo-lhe vedado conhecer questões não suscitadas pelo litigantes (THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo do Conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 29-30).

9 CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001. p. 86.

do segurado. Caso seja declarado no laudo pericial que o segurado teria direito à concessão do benefício de auxílio doença, poderia o magistrado conceder-lhe esse último benefício que não foi objeto do pedido?

Para responde ao questionamento há a necessidade de analisar com cautela as formas de atuação ativa do juiz no processo. Conforme entendimento de o Luiz Flávio Gomes¹⁰, o ativismo judicial pode se distinguir em duas espécies: “[...] há o ativismo judicial inovador (criação, *ex novo*, pelo juiz de uma norma, de um direito) e há o ativismo judicial revelador (criação pelo juiz de uma norma, de uma regra ou de um direito, a partir dos valores e princípios constitucionais ou a partir de uma regra lacunosa)”. O autor entende que nesse último caso o juiz chega a inovar o ordenamento jurídico, mas não no sentido de criar uma norma nova, sim, no sentido de complementar o entendimento de um princípio ou de um valor constitucional ou de uma regra lacunosa.

Retornando à hipótese aventada, salienta-se que ao conceder benefício por incapacidade diverso daquele pleiteado na exordial, o juiz estaria dando aplicabilidade ao princípio da fungibilidade das demandas com base na finalidade principal da Seguridade Social, consistente na cobertura dos riscos sociais - direito fundamental consagrado no Texto Constitucional.

Por sua vez, a atuação do Poder Judiciário não poderia ultrapassar limites de razoabilidade, ao ponto de caracterizar-se ativismo inovador, pois correria o risco de “[...] perder sua legitimidade democrática, que é indireta” no sentido que “as decisões dos juízes são democráticas na medida em que seguem (nas decisões judiciais) aquilo que foi aprovado pelo legislador”¹¹

No momento em que o Poder Judiciário inaugura regras processuais inéditas acaba invadindo atribuição típica do Poder Legislativo, vulnerando, assim, o princípio da separação dos Poderes.

Por conseguinte, no âmbito judicial existe a possibilidade de se buscar o conhecimento dos fatos através de métodos que estão além das normas de regência da matéria em debate. Dessa forma, tornar-se-ia possível uma resposta estatal mais próximo da realidade. Incumbe ao

10 GOMES, Luiz Flávio. *O STF está assumindo um “ativismo judicial” sem precedentes?* O Estado do Paraná, Curitiba, 07 de junho de 2009, Direito e Justiça, p 6.

11 *Ibidem*.

julgador a tarefa de relativizar o excesso de rigor na norma processual e dar aplicabilidade à instrumentalidade das formas e ao princípio da fungibilidade das demandas previdenciárias.

Portanto, admite-se a que decisão judicial considere o estado de vulnerabilidade do segurado para proporcionar-lhe uma interpretação mais favorável e, conseqüentemente, utilize o processo para a obtenção de um pronunciamento jurisdicional justo e que retrate a realidade.

3 CONDIÇÕES DA AÇÃO, ELEMENTOS DA AÇÃO, FUNGIBILIDADE DO INTERESSE PROCESSUAL, DA CAUSA DE PEDIR E DO PEDIDO

O Estado dispõe de diversas atribuições, dentre as quais se destaca a função jurisdicional, consistente em substituir as partes envolvidas em um determinado litígio para impor a pacificação social, a qual é feita “[...] mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentado em concreto para ser solucionado”¹², sendo que esse desiderato é instrumentalizado através do processo.

A jurisdição é regida por diversos princípios, destacando-se para o escopo do tema estudado o princípio da inafastabilidade ou do controle jurisdicional. Com efeito, a Constituição Federal de 1988 qualifica essa norma como garantia fundamental ao estabelecer no inciso XXXV do Art. 5º que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, ao passo que o Art. 126 do Código de Processo Civil, disciplina que o juiz não se eximirá de decidir a pretexto de lacuna ou obscuridade da lei, de maneira que deverá aplicar as normas legais e, caso não existam, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

Ao atuarem em um conflito de interesses, as partes esperam do Poder Judiciário a promulgação de uma decisão que materialize o ideal de justiça. Cintra, Grinover e Dinamarco¹³ entendem que para ser cumprida a missão social do processo relativa à eliminação dos conflitos e alcance da justiça, faz-se necessário superar determinados óbices que se situam em pontos sensíveis, dentre os quais se destaca o *acesso à justiça*¹⁴, em que

12 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 149.

13 *Ibidem*. p. 40-41.

14 Luiz Guilherme Marinoni e Sergio Cruz Arenhart lecionam que “por direito de acesso à justiça entende-se o direito à pré-ordenação de procedimentos realmente capazes de prestar a tutela adequada, tempestiva e efetiva” (MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 65)

“[...] o juiz deve pautar-se pelo critério de justiça, seja (a) ao apreciar a prova, (b) ao enquadrar os fatos em normas e categorias jurídicas ou (c) ao interpretar os textos de direito positivo”.

Formulados estas concepções iniciais, pode-se conceituar o direito de ação como direito constitucional de natureza pública consistente em pedir uma resposta justa ao Estado através do processo, sem prescindir da observância do devido processo legal.

Aprofundando o entendimento sobre o conteúdo do direito de ação Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart¹⁵ sustentam que “[...] o direito de ação, se necessita conferir ao cidadão o mesmo resultado que o direito material lhe daria caso suas normas fossem espontaneamente observadas, passou a ser pensado como um direito à adequada tutela jurisdicional”, ou seja, cujas normas previamente definidas sobre o procedimento a ser adotado objetive alcançar uma resposta estatal adequada ao direito material pretendido.

Importante destacar que há diferença entre o direito de ação e o direito material pleiteado na demanda, pois o primeiro apresenta-se como uma garantia constitucional para a realização concreta do direito sustentado no segundo¹⁶.

Destarte, estando definido que cabe ao Estado a função referente ao serviço jurisdicional, o cidadão que necessite exercitar esta atividade estará dando aplicabilidade ao seu *direito constitucional de ação* através de um conjunto de atos consubstanciados no processo, o qual será finalizado com a prestação de uma tutela jurisdicional que busque ser efetiva, justa e adequada.

O legislador ordinário estabeleceu que o direito de ação deveria estar submetido a determinadas condições, quais sejam, possibilidade jurídica do pedido, interesse processual e legitimidade *ad causam*. Caso não estejam reunidas todas essas condições da ação, o processo

15 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 60.

16 Oportuno observar também a distinção entre direito *objetivo* e *subjetivo*, para tanto, se adota a doutrina de Tércio Sampaio Ferraz Junior (1996, 146), o qual assevera que o primeiro “é um fenômeno *objetivo*, que não pertence a ninguém socialmente, que é um *dado* cultural, composto de normas, instituições mas que, por outro lado, é também um fenômeno *subjetivo*, no sentido de que *faz*, dos sujeitos, *titulares* de poderes, obrigações, faculdades”, de modo que existe entre ambos uma relação (FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1996. p. 146).

deveria ser extinto sem resolução do mérito, nos termos da letra do inciso VI do Art. 267 do Código de Processo Civil, em razão da impossibilidade jurídica de análise do direito material¹⁷ discutido e da pretensão requerida.

Em uma cognição incipiente, define-se *possibilidade jurídica do pedido* como o meio pelo qual o juiz analisa a viabilidade jurídica da pretensão almejada pela parte diante do direito material aplicável à lide. Por sua vez, *legitimidade para a causa* refere-se à titularidade da ação, de sorte que somente aquela pessoa que se diz titular de um direito subjetivo material poderia demandar em juízo.

O *interesse processual* exige um estudo mais aprofundado. Compete ao Estado a prestação da tutela jurisdicional através do Poder Judiciário, sendo que esse Poder Instituído somente poderia ser movimentado para expressar resultado útil e prático. Deste conceito extrai-se o binômio “necessidade-adequação”, pelo qual “necessidade” refere-se à imperativa intervenção do Estado para a obtenção do direito material pleiteado, de maneira que se veda a utilização da autotutela.

A “necessidade”, conforme leciona Arruda Alvim¹⁸ é verificada na situação “[...] que nos leva a procurar uma solução judicial, sob pena de, se não fizermos, vermo-nos na contingência de não podermos ter satisfeita uma pretensão (o direito de que nos afirmamos titulares)”. Ademais, exige-se “adequação”, através da qual o fato narrado pela parte em juízo deve estar relacionado ao provimento jurisdicional apropriado, ou seja, se o autor ajuizar ação indevida ou utilizar procedimento equivocado, a resposta estatal não lhe será útil.

17 Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco explicam a diferença entre o conceito de *direito processual* e *direito material* nos seguintes termos: “[...] chama-se *direito processual* o complexo de normas e princípios que regem tal método de trabalho, ou seja, o exercício conjugado da jurisdição pelo Estado-juiz, da ação pelo demandante e da defesa pelo demandado. *Direito material* é o corpo de normas que disciplinam as relações jurídicas referentes a bens e utilidades da vida (direito civil, penal, administrativo, comercial, tributário, trabalhista, etc.). O que distingue fundamentalmente direito material e direito processual é que este cuida das relações dos sujeitos processuais, da posição de cada um deles no processo, da forma de se proceder aos atos deste – sem nada dizer quanto ao bem da vida que é objeto do interesse primário das pessoas (o que entra na órbita do direito substancial)” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo Cintra; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 46).

18 Apud ALVIM, Arruda. Código de Processo Civil Comentado. 1. ed. 1975, V I in THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo do Conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 67.

Ainda no âmbito exclusivo do direito processual civil, resta expor que a ação é identificada através de três elementos utilizados para individualizá-la, quais sejam: *partes*, *causa de pedir* e *pedido*. *Partes* são aquelas pessoas titulares da relação jurídica controvertida no processo. *Causa de pedir* são os fundamentos de fato e de direito que sustentam a pretensão deduzida em juízo. *Pedido* é o bem jurídico pleiteado pelo autor perante o réu.

Com efeito, ao ser proposta uma demanda previdenciária objetivando a concessão de prestação assegurada pela Previdência Social, o autor busca resposta do Poder Judiciário em decorrência do requerimento administrativo ter sido negado pelo órgão da Autarquia Previdenciária. O interesse processual dessa ação está representado na necessidade de intervenção do Poder Judiciário para que seja possível a obtenção de provimento jurisdicional *adequado* ao caso concreto exposto na petição inicial, de sorte que:

[...] esta tutela jurisdicional a ser alcançada não reside apenas naquela sugerida pelo autor, mas isto sim, naquela que evidentemente se mostra adequada e necessária ao caso concreto [...]. Assim, o interesse de agir se revela hodiernamente na necessidade de se obter a tutela jurisdicional adequada ao caso concreto ¹⁹.

Portanto, pode-se dizer que há interesse processual na demanda acima mencionada, pois o Estado estaria apto corrigir o ato administrativo emitido em desacordo com as normas de regência dos benefícios previdenciários, de maneira que poderia prestar a tutela adequada após analisar o caso concreto, revelando-se, dessa forma, a possibilidade de fungibilidade do interesse processual. O interesse de agir/interesse processual representa mais do que a simples necessidade de buscar uma resposta útil do Estado, mas uma tutela que seja apropriada ao caso concreto posto ao seu crivo.

A respeito da fungibilidade da causa de pedir, Jônatas Moreira de Paula²⁰ sustenta que:

[...] se ordinariamente o conteúdo da ação é ditado pela causa de pedir e pela pretensão formulada, da qual se extraem as condições

19 PAULA, Jônatas Moreira de Paula. Interesse processual e a fungibilidade da causa de pedir. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 34, n. 177, nov. 2009. p. 351-353.

20 *Ibidem*. p. 353.

da ação [...] a proposta de admissibilidade da fungibilidade da causa de pedir e do pedido, além do contido nos arts. 461 e 461-A do CPC, e art. 84 do CDC, estão a dizer um novo conteúdo da ação: o direito à tutela jurisdicional adequada ao direito material, [...] permitirá flexibilidade na investigação do direito material litigado e conferir ao juiz a possibilidade de melhor formular a tutela jurisdicional, que deverá ser adequada ao caso concreto, para efetivar o direito adequadamente [...].

Com base nesse entendimento, a causa de pedir e o pedido formulado na petição inicial são reconhecidos como um indício da pretensão autoral ao qual o juiz não está necessariamente vinculado, pois poderá conceder o bem da vida mais adequado aos fatos narrados²¹. Ainda, na hipótese de não haver adequação entre causa de pedir e pedido, mas havendo possibilidade de fungibilidade destes elementos da ação, a demanda não deixaria de objetivar uma tutela jurisdicional adequada, de maneira que poderá ser materializado o direito de acesso à justiça.

Adverte-se, contudo, que a proposta de fungibilidade do interesse processual e da causa de pedir e pedido não poderia representar qualquer espécie de livre interpretação das condições da ação e dos elementos da ação ao ponto de desconsiderar por completo as normas processuais que disciplinam a matéria com o escopo de se tutelar o direito material pretendido. Conforme será demonstrado mais adiante, somente nos casos de benefícios da mesma natureza seria possível admitir a fungibilidade sugerida.

Assim sendo, a Constituição Federal brasileira de 1988 garantiu o direito de acesso ao Poder Judiciário, de maneira que esse Poder Instituído não poderá deixar de apreciar qualquer lesão ou ameaça a direito, bem como deverá proferir uma tutela jurisdicional efetiva, tempestiva, adequada e que represente o ideal de justiça.

Esse objetivo poderia ser alcançado com maior eficácia ao se admitir a fungibilidade do interesse processual, consubstanciado na necessidade de se alcançar uma tutela jurisdicional adequada ao caso

21 Através da aceitação da doutrina da fungibilidade do pedido e causa de pedir “inegavelmente, os art. 128 e 460 do CPC tendem à derrogação, eis que fungibilidade da causa de pedir e do pedido não se restringe ao processo coletivo, mas também às demandas individuais. Portanto, o princípio da adstrição da sentença ao pedido e a regra proibitiva do proferimento de sentença *extra e ultra petita* tendem a ser expurgados do sistema processual (PAULA, Jônatas Moreira de Paula. Interesse processual e a fungibilidade da causa de pedir. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 34, n. 177, nov. 2009. p. 353).

concreto, bem como na fungibilidade da causa de pedir e do pedido, por meio do qual se procure uma resposta útil e apropriada para a solução da lide materializada através da prestação de uma tutela jurisdicional adequada ao direito material.

4 INTERESSE PROCESSUAL E A POSSIBILIDADE DA AUTARQUIA PREVIDENCIÁRIA CONCEDER O BENEFÍCIO MAIS VANTAJOSO AO SEGURADO

Merece lembrar que o interesse processual pode revelar-se como a necessidade de obtenção de uma tutela jurisdicional adequada e necessária ao caso concreto, de maneira que seria possibilitado ao magistrado um campo de maior liberdade para decidir diante dos elementos apresentados na demanda. Surge, então, o questionamento se estaria presente o interesse processual ante a ausência de correspondência entre o requerimento efetuado na esfera administrativa e o pedido formulado no processo judicial²².

Na seara dos Juizados Especiais Federais têm sido proferidas decisões no sentido de que ao receber um requerimento de benefício previdenciário ou assistencial, o INSS tem a obrigação legal de informar o requerente acerca dos requisitos necessários para a concessão da prestação, da forma do procedimento a ser adotado, bem como de todos os direitos subjetivos que ele possui junto à previdência social destinados ao seu amparo.

²² Os Tribunais pátrios vêm pacificando o entendimento no sentido que nas ações previdenciárias a ausência de requerimento administrativo perante o órgão da Administração Previdenciária vicia a demanda por carência de ação decorrente da falta de interesse processual, de maneira que o processo deve ser julgado extinto sem resolução do mérito. O acesso à Justiça é direito fundamental, porém não representa garantia absoluta, pois nos casos em que não resta evidenciada a lesão ou ameaça a direito não caberia sua intervenção. Dessa forma, somente após o indeferimento administrativo ou a ausência de decisão em prazo razoável, estaria caracterizado o conflito de interesse resultante de uma pretensão resistida que possibilite ao segurado socorrer-se ao Poder Judiciário. Nesse sentido é o entendimento pacificado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região: PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. TEMPO DE SERVIÇO RURAL. SEGURADO ESPECIAL. REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. 1. Consoante pacífica jurisprudência, quando o pedido do segurado não é requerido na esfera administrativa, e a Autarquia comparece em Juízo e não contesta o mérito da demanda, caracteriza a falta de interesse de agir da parte autora, implicando na extinção do processo, sem resolução do mérito, à luz do art. 267, VI do CPC. 2. Cabe à parte autora o pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, cuja exigibilidade fica suspensa por ser beneficiária da AJG. (BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Apelação Cível 0004896-64.2010.404.9999, Sexta Turma, Relator Luís Alberto D'azevedo Aurvalle. J. 02.06.2010, D.E. 09/06/2010. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2010a.

Do exposto, entende-se que a Autarquia Previdenciária está vinculada à concessão do melhor benefício ao segurado, caso tenha direito a prestações distintas, bem como à concessão de qualquer benefício, mesmo que diverso daquele pleiteado no requerimento administrativo. Este posicionamento fundamenta-se na interpretação do Art. 88 da Lei nº 8.213/91 e no Enunciado nº 5 do Conselho de Recursos da Previdência Social, redigidos respectivamente nos seguintes termos:

Art. 88. Compete ao Serviço Social esclarecer junto aos beneficiários seus direitos sociais e os meios de exercê-los e estabelecer conjuntamente com eles o processo de solução dos problemas que emergirem da sua relação com a Previdência Social, tanto no âmbito interno da instituição como na dinâmica da sociedade”

Enunciado nº 5. A Previdência Social deve conceder o melhor benefício a que o segurado fizer jus, cabendo ao servidor orientá-lo nesse sentido.

Compete, portanto, à Autarquia Previdenciária orientar o segurado no momento do pleito administrativo, informando-o sobre os requisitos necessários e procedimentos regulamentares para a concessão dos benefícios previdenciários, isto como decorrência lógica da aplicação do princípio da legalidade e moralidade que orientam a Administração Pública.

Ao servidor autárquico compete analisar qual prestação seria cabível diante das informações prestadas pelo próprio segurado, ou seja, ao ser relatado um infortúnio que torne incapaz o desenvolvimento de atividade laboral, será processado um benefício por incapacidade. Portanto, neste momento o processo administrativo deve ser instruído com elementos que preencham os requisitos necessários para a concessão do benefício correspondente ao fato concreto explicitado pelo segurado.

Por outro lado, não caberia ao INSS avaliar todas as possibilidades de prestações previdenciárias, primeiro pelo fato de que estaria atuando de ofício e sem qualquer manifestação de pretensão por parte do segurado, podendo, inclusive, vir a conceder um benefício contrário à sua vontade ou contra seus interesses. Por exemplo, o segurado desempregado, mas ainda em período de graça, solicita auxílio-doença em razão de infortúnio sofrido. O diligente servidor autárquico instaura o processo administrativo para concessão de benefício assistencial ao idoso por considerar que o auxílio-doença dispõe de natureza precária, podendo ser cessado no momento que

fosse constatada a capacidade laboral, ao passo que o benefício assistencial somente seria revisto a cada dois anos²³. Porém, o benefício assistencial não gera direito a pensão por morte, de maneira que os dependentes deste segurado estariam desamparados desse benefício.

Em segundo lugar, não se poderia admitir que o ato administrativo proferido pela Administração Previdenciária ostentasse um duplo efeito²⁴, ou seja, primeiramente deferisse expressamente um benefício de amparo social ao idoso, o qual possui natureza assistencial, e implicitamente indeferisse qualquer outra espécie de benefício de natureza previdenciária. Nessa hipótese, a ação judicial que pleiteasse benefício previdenciário deveria ser julgada extinta sem resolução do mérito por falta de interesse processual em decorrência de ausência de prévio requerimento administrativo. Ademais, é importante salientar que a Autarquia Previdenciária não teria praticado ato ilegal que devesse ser corrigido pelo Poder Judiciário, pois emitiu ato administrativo relacionado aos fatos narrados pela parte interessada.

Por sua vez, seria possível admitir que o ato administrativo que concedesse uma aposentadoria por invalidez, necessariamente estivesse indeferindo o acréscimo de 25% concedido aos segurados que necessitassem da assistência permanente de outra pessoa, conforme estabelece o artigo 45 da Lei de Benefícios.

Da mesma forma, no caso de indeferimento administrativo do benefício de auxílio-doença, implicitamente estaria sendo indeferida a aposentadoria por invalidez ou até mesmo benefício assistencial ao portador de deficiência. Nesses casos, verifica-se que há certa semelhança entre os requisitos para concessão dos benefícios. Além disso, estaria presente o interesse processual no ajuizamento de demanda que objetivasse a concessão do acréscimo de 25% ou qualquer benefício

23 Lei 8.742/93. Art. 21. O benefício de prestação continuada deve ser revisto a cada 2 (dois) anos para avaliação da continuidade das condições que lhe deram origem.

24 O ato administrativo dispõe de cinco elementos, quais sejam: sujeito competente, forma, motivo, objeto e finalidade. O motivo “representa as razões que justificam a edição do ato. É a situação de fato e de direito que gera a vontade do agente quando da prática do ato administrativo. Pode ser dividido em: pressuposto de fato, enquanto conjunto de circunstâncias fáticas que levam à prática do ato, e pressuposto de direito que é a norma do ordenamento jurídico e que vem a justificar a prática do ato. [...] Para a legalidade do motivo e, por consequência, validade do ato administrativo é preciso que ele obedeça a algumas exigências. Primeiro, exige-se a materialidade do ato, isto é, o motivo em função do qual foi praticado o ato deve ser verdadeiro e compatível com a realidade fática apresentada pelo administrador.” (MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. Vol I. 3. ed. Salvador: Jus Podivm. 2007. p. 208-209). Destarte, o ato emitido pelo administrador deve estar vinculado aos fatos que lhe foram narrados, sob pena de invalidade.

por incapacidade, respectivamente, podendo, inclusive, ser adotada a técnica da fungibilidade do interesse processual para prestação da tutela jurisdicional adequada ao caso concreto.

Portanto, “a Administração Previdenciária somente exerce suas funções com observância do princípio da legalidade e, conseqüentemente, todos seus atos necessitam de idônea motivação, pressuposto que autoriza a prática do ato”.²⁵ Para que seja alcançada a legalidade do motivo, exige-se que o ato administrativo seja compatível com a realidade dos fatos expostos pelo administrado, de modo que não seria admissível a concessão indiscriminada de benefício previdenciário em desarmonia com os eventos relatados pelo interessado.

5 FUNGIBILIDADE DAS AÇÕES PREVIDENCIÁRIAS

O direito de ação objetiva uma tutela jurisdicional efetiva para que a prestação jurisdicional apresente-se adequada às necessidades do direito material e, portanto seja justa, rápida e eficaz. Para se alcançar esse desiderato, o magistrado pode lançar mão de instrumentos que privilegiem a finalidade a ser alcançada através do processo. Nesse contexto, apresenta-se o princípio da fungibilidade como instituto intimamente interligado ao princípio da instrumentalidade das formas.

A fungibilidade do interesse processual retrata a necessidade de alcançar uma tutela jurisdicional adequada ao caso concreto. Por sua vez, a fungibilidade da causa de pedir e do pedido procura encontrar uma resposta útil e apropriada para a solução do conflito através de ordem jurisdicional adequada ao direito material. Enfim, a aplicação do princípio da fungibilidade das ações tem o condão de dar prevalência à busca pela verdade real dentro do processo.

O emprego do princípio da fungibilidade das demandas deve ser considerado com precaução nas ações previdenciárias, principalmente pelo fato de que não existe regulamentação específica sobre o tema, uma vez que sua aplicação provém da construção doutrinária e jurisprudencial.

Diferentemente, o Código de Processo Civil, em seu artigo 920²⁶, disciplina a matéria relativa à fungibilidade das ações possessórias,

²⁵ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 367.

²⁶ Código de Processo Civil. Art. 920. A propositura de uma ação possessória em vez de outra não obstará a que o juiz conheça do pedido e outorgue a proteção legal correspondente àquela, cujos requisitos estejam provados.

visando proteger a posse de maneira efetiva e conforme as circunstâncias presentes no momento do julgamento. Mário Helton Jorge²⁷ abordou o tema da fungibilidade das ações possessórias em artigo específico, do qual se extraem alguns ensinamentos:

[...] a situação fática pode revelar-se dinâmica, pois que, sob hipótese, o simples receio (de ameaça) pode concretizar-se em turba ou em esbulho da posse, devendo operar-se a conversibilidade da providência jurisdicional com a expedição do competente mandado de manutenção ou de reintegração da posse. [...] Pode ocorrer ainda a concessão, dada pelo juiz, de uma tutela por outra decorrente da correta qualificação jurídica dos fatos narrados, não havendo a necessidade de conversão de uma demanda por outra, vez que se trata do mesmo procedimento e do mesmo bem a ser protegido [...] em que pese o demandante individualizar, na petição inicial, os fatos e os fundamentos do pedido, existe previsão – em decorrência das peculiaridades da situação do direito material (posse) – de, no curso do processo, o juiz, examinando a causa de pedir originária e sua variação, alterar a extensão da pretensão relatada [...].

Assim, considerando o dinamismo que envolve a matéria relativa à posse, o Código de Processo Civil oferece solução processual efetiva para o caso de alteração das circunstâncias fáticas apresentadas originariamente na exordial. Contudo, adverte-se que o juiz, ao analisar o caso posto ao seu crivo, deve limitar-se a decidir conforme os fatos deduzidos pela parte interessada, incluindo-se os fatos supervenientes apresentados, de modo que não lhe é lícito alterar a causa de pedir.

Por seu turno, as ações previdenciárias não dispõem de regramento específico para aplicação do princípio da fungibilidade. Dessa forma, entende-se que somente seria cabível a conversão de demandas que compartilhassem um mesmo núcleo ou que dispusessem da mesma natureza.

Esse posicionamento pode ser facilmente compreendido frente à análise das hipóteses de prestação de benefícios por incapacidade oferecidos pelo Regime Geral da Previdência Social. Com efeito, no caso de redução ou perda da capacidade para o trabalho, o segurado dispõe de

²⁷ JORGE, Mário Helton. O Regime Jurídico da Fungibilidade das Demandas e dos Provedimentos, no Código de Processo Civil: Relativização dos Dogmas da Inércia da Jurisdição, da Correlação entre Pedido e Decisão, da Vinculação aos Fatos da Causa e da Imutabilidade da Coisa Julgada. *Revista Bonijuris*. ano XVI – n. 482, jan. 2004. p. 06.

cobertura previdenciária específica através dos seguintes benefícios: (i) aposentadoria por invalidez; (ii) auxílio-doença; (iii) auxílio-acidente; (iv) benefício assistencial à pessoa portadora de deficiência. Observa-se que todos esses benefícios possuem em comum a exigência de incapacidade laboral. Superado esse requisito, deve-se analisar as peculiaridades de cada prestação.

Nesse sentido, José Antonio Savaris²⁸ afirma:

[...] como há um núcleo a ligar o requisito específico desses quatro benefícios da seguridade social – a redução ou inexistência de capacidade para o trabalho – tem-se admitido uma espécie de fungibilidade das ações previdenciárias que buscam sua concessão. Isso tem dois efeitos importantes. O primeiro refere-se à correspondência entre o requerimento administrativo e a petição inicial, à luz da condicionante de prévio indeferimento administrativo. O segundo toca a correspondência entre a pretensão deduzida na petição inicial e a sentença à luz do princípio da adstrição ou congruência da sentença.

O primeiro efeito mencionado pelo autor – correspondência entre requerimento administrativo e a petição inicial – não poderia representar óbice à concessão judicial de qualquer benefício por incapacidade, desde que seja oferecido à Autarquia Ré oportunidade para defesa. Nesse particular, comunga-se com o entendimento de José Antonio Savaris de que “[...] se o INSS indeferiu o auxílio-doença porque não reconheceu a incapacidade para o trabalho, com maior razão indeferiria o pedido de aposentadoria por invalidez ou de benefício de prestação continuada da assistência social”²⁹.

Em relação ao segundo efeito tratado, correspondência entre a pretensão deduzida na petição inicial e a sentença, Savaris justifica o método com base “[...] no princípio *juris novit curia* para reconhecer a legitimidade da sentença que concede benefício por incapacidade distinto do que pleiteado pelo autor da demanda, fundada em prova técnica superveniente e outros meios de prova”³⁰.

28 SAVARIS, José Antonio. *Direito Processual Previdenciário*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 66.

29 Ibidem

30 Ibidem. p. 66.

Segundo esse raciocínio, não seria cabível a conversão de uma ação previdenciária de aposentadoria por idade rural (a qual exige análise de idade mínima e comprovação de carência através de provas materiais e testemunhais), em ação assistencial para concessão de benefício de amparo social ao portador de deficiência (que exige comprovação de miserabilidade e incapacidade laboral), pois se tratam de demandas cujas naturezas ou núcleos não se confundem.

Portando, através do conceito de fungibilidade das ações previdenciárias, o Poder Judiciário pode prestar tutela jurisdicional adequada ao jurisdicionado, entregando-lhe o direito material correspondente aos fatos expostos e provados, bem como em atenção à necessidade apresentada no momento. Contudo, sua aplicação não prescinde de parâmetros delimitadores, de modo que o emprego desse método deve limitar-se às demandas da mesma natureza em que se identifique um núcleo intrínseco que liga os requisitos dessas ações, uma vez que aplicar o princípio da fungibilidade em demandas com naturezas distintas resta por desvirtuar o conceito do instituto³¹.

Ainda, a conversão de demandas previdenciárias que possuem naturezas distintas encontra limitação no Código de Processo Civil, ao

31 Nesse sentido são as decisões proferidas nos autos 2009.70.54.002179-3 e 2010.70.54.000873-0, que tramitaram perante o Juizado Especial Federal de Umuarama. A Turma Recursal do Paraná reformou as decisões proferidas pelo Juízo monocrático, fundamentando-se nas razões do recurso interposto pela AGU/PGF/PFE-INSS. Assim, a Turma Recursal do Paraná concluiu que (2009.70.54.002179-3) “o princípio invocado não se aplica à espécie, pois se tratam de benefícios diversos e com suas respectivas exigências. Ademais, não há se falar em pretensão resistida vez que o requerimento administrativo versava especificamente sobre a possibilidade de concessão de aposentadoria por idade rural, constatando-se nestes autos que de fato a autora não preenchia os necessários requisitos para a sua obtenção. Como sustentado na peça recursal, o benefício concedido difere inteiramente daquele pretendido na exordial. Extrai-se dos autos que desde a esfera administrativa a autora sempre buscou a sua aposentadoria por idade e não o benefício assistencial. Assim, certo é que incorre em julgamento *extra petita* a sentença que julga o pedido não formulado na petição inicial”. Nos autos 2010.70.54.000873-0 consignou que “tenho que a condenação imposta à autarquia ré é *extra petita*, pois foge ao objeto da lide. Note-se que o INSS não teve oportunidade para se manifestar acerca do alegado direito do autor ao recebimento do benefício de auxílio-doença em momento algum antes da fase recursal. E não há que se falar, no caso, em fungibilidade entre o benefício assistencial e os benefícios previdenciários por incapacidade, vez que possuem naturezas distintas. Nesse sentido é o entendimento desta 1ª Turma Recursal (RCI 5010734-33.2011.404.7002, Rel. Ana Beatriz Vieira da Luz Palumbo, julg. em 29/02/2012). De todo modo, observo que as provas colacionadas aos autos para a comprovação do vínculo de emprego não são suficientemente seguras para confirmar a presença dos requisitos da carência e da qualidade de segurado quando do início da incapacidade, necessários à concessão do benefício de auxílio-doença. Sendo assim, deve ser afastada a condenação da autarquia ao pagamento do benefício de auxílio-doença, em razão da inexistência de pedido da parte autora nesse sentido” (BRASIL. Justiça Federal do Estado do Paraná, autos n.º 2009.70.54.002179-3, Juizado Especial Federal de Umuarama, Juiz Bruno Henrique Silva Santos. J.08.01.2010. Disponível em http://www.jfpr.jus.br/consulta/acompanhamento/resultado_pesquisa.php?txtValor=200970540021793&selOrigem=PR&chkMostrarBaixados=&todas fases=S&selForma=NU&todaspartes=&hdnRefId=&txt PalavraGerada=>. Acesso em: 15 novembro 2010b e BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Cível 73.878 – SE (9505018053); Apelante: Erivaldo Leite Sé; Apelado: INSS; Rel. Juiz Castro Meira; DJ 30/05/95. Disponível em: <[HTTP://www.trf5.jus.br](http://www.trf5.jus.br)>. Acesso em: 15 novembro 2010c).

prever em seu Art. 460 que: “É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”.

Enfim, resta esclarecer que ao converter um pedido de benefício em outro de distinta natureza, o Poder Judiciário passa a atuar em atribuição destinada exclusivamente ao Poder Executivo, ao qual compete apreciar com exclusividade a regularidade dos requerimentos de concessão de benefícios formulados pelos segurados da Previdência Social.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal estabelece em seu Art. 194 que a Seguridade Social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

O cidadão atingido por uma contingência social pode socorrer-se ao Estado para que seja fornecida a proteção social necessária, de modo que estará sendo desempenhada a função estatal de proteção social. Porém, caso o órgão estatal, após o devido processo administrativo, entenda que não seria cabível na hipótese qualquer prestação previdenciária, caberá ao segurado buscar a reforma do ato administrativo através de provimento expedido pelo Poder Judiciário.

Nesse sentido, disponibiliza-se ao cidadão o direito de ação que, em sua concepção constitucional atual, exige uma tutela jurisdicional efetiva que busque sempre uma sentença justa, bem como que sua execução possa ser promovida de forma adequada e no menor tempo possível para que seja eficaz, observando-se as normas constitucionais ínsitas ao devido processo legal.

O princípio processual da fungibilidade se apresenta como um mecanismo para que a prestação jurisdicional possa ser realizada de modo efetivo, pois se consubstancia na perspectiva de que a forma não pode limitar ou prejudicar o exercício do direito. Assim, busca-se flexibilizar algumas normas processuais para que o direito material objetivado na demanda possa ser entregue ao postulante, dessa forma, o processo passa a ser um instrumento para realização do direito pleiteado.

Ademais, admite-se que a decisão considere o estado de vulnerabilidade do segurado para proporcionar-lhe uma interpretação

mais favorável e, conseqüentemente, utilize o processo para a obtenção de um pronunciamento que retrate a realidade. Este objetivo poderia ser alcançado com maior eficácia ao admitir a fungibilidade do interesse processual, consubstanciado na necessidade de se alcançar uma tutela jurisdicional adequada ao caso concreto, bem como na fungibilidade da causa de pedir e do pedido, por meio do qual se procure uma resposta útil e apropriada para a solução da lide materializada através da prestação do direito a uma tutela jurisdicional adequada ao direito material.

Por derradeiro, através do conceito de fungibilidade das ações previdenciárias, o Poder Judiciário pode prestar tutela jurisdicional adequada ao jurisdicionado, entregando-lhe o direito material correspondente aos fatos expostos e provados, bem como em atenção à necessidade apresentada no momento. Contudo, sua aplicação não prescinde de parâmetros delimitadores, de modo que o emprego desse método deve limitar-se às demandas da mesma natureza em que se identifique um núcleo intrínseco que liga os requisitos dessas ações, uma vez que aplicar o princípio da fungibilidade em demandas com naturezas distintas resta por desvirtuar o conceito do instituto.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível 0001706-93.2010.404.9999, Sexta Turma, Relator Luís Alberto D'azevedo Aurvalle. J. 02.06.2010, D.E. 09.06.2010. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br/>>. Acesso em: 31 out. 2010.

_____. Justiça Federal do Estado do Paraná, autos n.º 2009.70.54.002179-3, Juizado Especial Federal de Umuarama, Juiz Bruno Henrique Silva Santos. J.08.01.2010. Disponível em <http://www.jfpr.jus.br/consulta/acompanhamento/resultado_pesquisa.?txtValor=200970540021793&selOrigem=PR&chkMostrarBaixados=&todasfases=S&selForma=NU&todaspartes=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=>>. Acesso em: 15 nov. 2010b.

_____. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Cível 73.878 – SE (9505018053); Apelante: Erivaldo Leite Sé; Apelado: INSS; Rel. Juiz Castro Meira; DJ 30/05/95. Disponível em: <<HTTP://www.trf5.jus.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2010c.

_____. Justiça Federal do Estado do Paraná, autos n.º 2010.70.54.000873-0, Juizado Especial Federal de Umuarama, Juiz Gabriela Hardt. J.29.09.2010. Disponível em: <<http://www3.jfpr.jus.br/consulta/acompanhamento/>>

resultado_pesquisa.?txtValor=2010705400 08730& selOrigem=PR&chkMost rarBaixados=&todasfases=S&selForma=NU&todaspartes=&hdnRefId=&txt PalavraGerada=>. Acesso em: 15 nov. 2010c.

_____.Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Apelação Cível 0004896-64.2010.404.9999, Sexta Turma, Relator Luís Alberto D'azevedo Aurvalle. J. 02.06.2010, D.E. 09/06/2010. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2010a.

CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo Cintra; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampáio. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um “ativismo judicial” sem precedentes? *O Estado do Paraná*, Curitiba, 07 de junho de 2009, Direito e Justiça.

JORGE, Mário Helton. O Regime Jurídico da Fungibilidade das Demandas e dos Provimentos, no Código de Processo Civil: Relativização dos Dogmas da Inércia da Jurisdição, da Correlação entre Pedido e Decisão, da Vinculação aos Fatos da Causa e da Imutabilidade da Coisa Julgada. *Revista Bonijuris*, ano XVI, n. 482, jan. 2004.

MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. v. I. 3. ed. Salvador: Jus Podivm. 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARRAFON, Marco Aurélio. *O Caráter Complexo da Decisão em Matéria Constitucional: Discurso sobre a Verdade, Radicalização Hermenêutica e Fundação Ética na Práxis Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

PAULA, Jônatas Moreira de Paula. Interesse processual e a fungibilidade da causa de pedir. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 34, n. 177, nov. 2009.

SAVARIS, José Antonio. *Direito Processual Previdenciário*. Curitiba: Juruá, 2008.

TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *Teoria do princípio da fungibilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo do Conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.



**DA INAPLICABILIDADE DA COISA
JULGADA *SECUNDUM EVENTUM
PROBATIONIS* NAS AÇÕES INDIVIDUAIS
PREVIDENCIÁRIAS COMO CONDIÇÃO
PARA UM PROCESSO JUSTO**

***THE INAPPLICABILITY OF RES JUDICATA SECUNDUM EVENTUM
PROBATIONIS IN INDIVIDUAL SOCIAL SECURITY ACTIONS AS A
CONDITION OF DUE PROCESS***

Felipe Simor de Freitas

*Procurador Federal na Procuradoria-Seccional Federal de Passo Fundo, RS
Especialista em Direito Previdenciário pela Faculdade Meridional – MED, RS
Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Meridional – IMED, RS
Aperfeiçoamento na Escola Superior da Magistratura Federal – ESMAFE/AJUFERGS*

SUMÁRIO:Introdução; 1 Coisa julgada *secundum eventum probationis*. Compreensão; 2 Da coisa julgada *secundum eventum probationis* nas ações individuais previdenciárias; 2.1 Coisa julgada e Estado Democrático de Direito; 2.2 Da ideia da correção da justiça da sentença de improcedência; 2.3 Da (in)admissibilidade do juízo de ponderação entre a coisa julgada e a não preclusão do direito ao

benefício previdenciário; 2.4 Solução *pro misero*; 2.5 Da imprescritibilidade do direito; 3 Temas conexos; 3.1 Coisa julgada nos benefícios por incapacidade; 3.2 Da ação rescisória no direito previdenciário; 3.2.1 Da ação rescisória nos Juizados Especiais Federais. 4 Do problema da celeridade do processo e da utilização da lógica da não preclusão do direito ao benefício previdenciário. 5 Conclusão. Referências.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo estudar a possibilidade da adoção da coisa julgada *secundum eventum probationis* nas ações individuais previdenciárias. O tema assume relevância diante da atual celeridade imprimida ao processo previdenciário, muitas vezes em detrimento de uma adequada cognição dos fatos. No presente ensaio, constata-se que não há no ordenamento jurídico brasileiro autorização para o pretendido corte na cognição. O processo previdenciário individual é sempre de cognição plena e exauriente, mesmo quando tramitado pelo rito dos Juizados Especiais Federais. Excluída a possibilidade da relativização da coisa julgada previdenciária por insuficiência probatória, abre-se um dos caminhos para um processo justo, único capaz de efetivar o direito material de proteção social.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Previdenciário. Coisa Julgada. Relativização. Ação Rescisória. Processo Justo.

ABSTRACT: This article aims to study the possibility to adopting the *iudicata secundum eventum probationis* in the individual social security actions. The topic assumes relevance given the current speed to the pension process, often to the detriment of a proper cognition of facts. In the test, there is no authorization in the Brazilian legal system for the desired cutting in cognition. The individual pension process is always of full cognition and exaurient, even when brought by rite of Special Federal Courts. Excluded the possibility from the relativization of unappealable judgment social by insufficient evidentiary opens a path to a fair process, single able to effect the substantive law of social protection.

KEYWORDS: Social Security Law. Unappealable Judgment. Relativization. Motion for a New Trial. Fair Process.

INTRODUÇÃO

Desponta no âmbito das ações individuais previdenciárias a tese da aplicabilidade da coisa julgada *secundum eventum probationis*¹. O tema diz com a possibilidade do juiz extinguir o processo sem resolução do mérito quando entender insuficientes as provas para o acolhimento da pretensão ou da própria relativização do instituto da coisa julgada quando o segurado apresenta novos elementos de prova na demanda repetida, anteriormente julgada improcedente e acobertada pela coisa julgada material. De modo geral, os defensores da tese da relativização da coisa julgada previdenciária o fazem com base num juízo de ponderação entre o próprio instituto da coisa julgada e outros valores constitucionais ligados à previdência social. Pautam-se, sobremaneira, na ideia da não preclusão do direito ao benefício previdenciário. No lado oposto da não preclusão do direito à previdência social, indissociavelmente, está o valor da segurança jurídica², corolário do Estado Democrático de Direito, processualmente aqui indicada na garantia da coisa julgada.

Portanto, ao fim e ao cabo, a questão está inserida na operatividade de dois princípios jurídicos que ocupam lugar de destaque na teoria contemporânea do processo civil. Consoante destaca Oliveira³, os princípios da efetividade e da segurança atuam como sobreprincípios do processo, estando em constante colisão, já que quanto maior a efetividade menor a segurança e vice-versa.

O tema assume relevância principalmente diante da atual celeridade imprimida ao processo previdenciário, muitas vezes em detrimento de uma adequada cognição dos fatos necessários para verificação da ocorrência da hipótese de incidência previdenciária⁴.

- 1 Sobre o assunto em âmbito geral: "A tese da desconsideração da coisa julgada não é nova. É matéria já discutida no direito mundial e absolutamente superada, maxima venia concessa. Os temas da injustiça da sentença e da sentença ilegal ou inconstitucional são velhos conhecidos da dogmática constitucionalista e processualista mundial". (NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 50).
- 2 Em relação a distinção entre o valor da segurança jurídica e o princípio da segurança jurídica consultar: BIGOLIN, Giovani. *Segurança Jurídica: A estabilização do ato administrativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- 3 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: Proposta de um formalismo-valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 98.
- 4 No ponto consultar: BOLLMANN, Vilian. *Hipótese de incidência previdenciária e temas conexos*. São Paulo: LTr, 2005.

Então, busca-se no presente trabalho, mediante pesquisa da doutrina e da jurisprudência, responder ao questionamento sobre a aplicabilidade da coisa julgada *secundum eventum probationis* nas ações individuais previdenciárias.

O artigo está estruturado em quatro partes. Na primeira parte apresenta-se uma noção geral da coisa julgada *secundum eventum probationis*. Na segunda parte verifica-se o tratamento jurisprudencial da coisa julgada, segundo a prova produzida nos autos nas ações individuais previdenciárias, contextualizando o assunto na teoria da cognição do processo civil brasileiro. Em seguida, aborda-se cinco argumentos diversos para um adequado entendimento do assunto, quais sejam: a coisa julgada e o Estado Democrático de Direito; a ideia da correção da justiça da sentença de improcedência; a (in)admissibilidade do juízo de ponderação entre a coisa julgada e a não preclusão do direito ao benefício previdenciário; a técnica da solução *pro misero* e a previsão legislativa do instituto da decadência em matéria previdenciária. Na terceira parte aborda-se dois temas conexos ao assunto principal, como forma de complementar os argumentos já lançados, que são a existência de relações continuativas no direito previdenciário e os contornos específicos da ação rescisória no processo previdenciário, especialmente seu cabimento no âmbito dos Juizados Especiais Federais. Na quarta e última parte, incursiona-se brevemente no problema da celeridade do processo previdenciário e no afastamento da utilização da lógica da não preclusão do direito ao benefício previdenciário como forma de incentivo a um processo justo, único capaz de efetivar o direito material de proteção social.

1 COISA JULGADA SECUNDUM EVENTUM PROBATIONIS. COMPREENSÃO

O art. 6º, §3º da Lei de Introdução ao Código Civil define coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.

De acordo com o Código de Processo Civil denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário (art. 467, CPC).

Tesheiner⁵ conceitua a coisa julgada como a “imutabilidade (e, consequentemente, a indiscutibilidade) do conteúdo de uma sentença.

⁵ TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma Teoria Geral do Processo*. Disponível em <www.tex.pro.br> Acesso em: 01 ago. 2002. No mesmo sentido: “O Código de Processo Civil se utiliza do termo eficácia para caracterizar o fenômeno da coisa julgada. Todavia, o termo está promiscuamente colocado,

Não de seus efeitos”. Segundo o autor “posso renunciar a um direito declarado por sentença. Assim agindo, afastos os efeitos da sentença, sem, contudo, modificar seu conteúdo⁶”.

Distingue-se a coisa julgada formal que torna a sentença imutável somente dentro do processo na qual foi proferida, da coisa julgada material que torna a sentença imodificável dentro ou em qualquer outro processo, “imutabilidade que se impõe a quem quer que seja: autoridade judicial, administrativa ou mesmo legislativa⁷”.

Ensina Rodrigues⁸ que em razão da segurança jurídica a coisa julgada não pode atingir pessoas que não fizeram parte da relação processual ou depender de circunstâncias objetivas para sua formação, razão pela qual, a improcedência de uma ação por insuficiência de provas não pode servir de argumento para negar a formação da coisa julgada.

No entanto, a rejeição do pedido por insuficiência probatória e possibilidade de sua repetição sofre exceções, expressamente previstas em lei, no âmbito das ações coletivas.

A lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/65) prevê, no art. 18, que “a sentença terá eficácia de coisa julgada oponível *erga omnes*, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”.

vez que de eficácia não se trata. Como temos falado, a coisa julgada não é a aptidão para produzir efeitos (=eficácia), pois, como se sabe, a sentença produz efeitos antes mesmo de existir a coisa julgada, podendo-se citar como exemplos a hipoteca judicial e a execução provisória. Ademais, a denominada eficácia da sentença é mutável, já que nada impede que as partes possam alterar e convencionar o cumprimento de algo diverso do que nela está contido. Exemplo disso ocorre quando o réu é condenado a pagar mas faz acordo com o autor modificando o efeito daquilo que foi determinado pela sentença transitada em julgado. A única coisa que permanece imutável, em qualquer tempo, é justamente o conteúdo do que foi decidido, ou seja, a norma jurídica concreta individualizada na sentença, o conteúdo declaratório, constitutivo, condenatório e mandamental. A projeção do conteúdo para fora do processo, para o mundo prático, é efeito da sentença, e esse pode variar no tempo e se modificar.” (RODRIGUES, Marcelo Abelha. Elementos de Direito Processual Civil. 3. ed. São Paulo: RT, 2003, v. 1. p. 340-341).

6 TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma Teoria Geral do Processo*. Disponível em: <www.tex.pro.br> Acesso em: 01 ago. 2002.

7 TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma Teoria Geral do Processo*. Disponível em: <www.tex.pro.br> Acesso em: 01 ago. 2002.

8 RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2003, v.1. p. 343.

A lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) refere, no art. 16, que “a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”.

Por fim, cita-se o art. 103, I e II, do Código de Defesa do Consumidor, que enuncia que nas ações coletivas, a sentença fará coisa julgada “*erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81” (inciso I), e “*ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81” (inciso II).

2 DA COISA JULGADA SECUNDUM EVENTUM PROBATIONIS NAS AÇÕES INDIVIDUAIS PREVIDENCIÁRIAS

Não se encontra no ordenamento processual brasileiro, autorização para aplicação da coisa julgada *secundum eventum probationis* em ações individuais, especialmente no âmbito previdenciário. Nesse contexto, ao analisar os caminhos para o processo previdenciário, Savaris⁹ suscita a intrincada questão de separar o processo previdenciário do processo civil, para fins de melhor efetivação do direito material discutido, ante uma hipotética inadequação de algumas regras processuais que denomina de clássicas.¹⁰

9 SAVARIS, José Antônio. *Direito Processual Previdenciário*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 82-93.

10 O ponto que se coloca é da insuficiência do processo civil atual lidar com a especificidade de determinados direitos, no caso especificamente do direito previdenciário, a ponto de fundamentar uma construção teórica e normativa próprias. Seria necessário tal intento? O processo civil de hoje possui o mero interesse em uma solução que ofereça formalmente pacificação social? Parece-nos que as respostas são negativas. É que se é correto que todo o processo, e não apenas a ação, reage ao plano do direito material, numa relação de circularidade (MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 70-71; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo Civil e Parte Geral do Direito Processual Civil*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 8-9), e que “o direito processual civil, como manifestação da cultura, evidentemente não pode sobrar infenso à influência das características que a sociedade imprime ao Estado” (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: RT, 2009. p. 48), também parece correto buscar evidenciar como o atual momento metodológico do processo civil é capaz de solucionar os problemas da lide previdenciária, sem que tenhamos que buscar uma pretensa normatização própria, já que não

Fazendo seu juízo de ponderação, Savaris sustenta, inicialmente, que “a coisa julgada não deve significar uma técnica formidável de se ocultar a fome e a insegurança social para debaixo do tapete da forma processual, em nome da segurança jurídica.”¹¹ Para tanto, entende¹² que “enquanto o processo civil clássico aponta para o fechamento preponderantemente indiscutível da coisa julgada, o processo previdenciário busca apoiar-se no princípio constitucional do devido processo legal com as cores específicas da não-preclusão do direito previdenciário.”¹³

São conhecidos os julgamentos do Tribunal Regional Federal da 4^a Região no sentido da aplicação da coisa julgada *secundum eventum probationis* nas ações individuais previdenciárias:

PREVIDENCIÁRIO – APOSENTADORIA POR IDADE – RURÍCOLA – AUSÊNCIA DE PROVA MATERIAL – APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 149 DO STJ. 1 – O início de prova material exigido é aquele feito através de documentos que comprovem o exercício da atividade rural no período de carência, devendo ser, portanto, contemporâneos aos fatos, e indicar, ainda que de forma indireta, a função exercida pelo trabalhador. 2 – O princípio de prova material é pré-condição para a própria admissibilidade da lide. Trata-se de documento essencial, que deve instruir a petição inicial, pena de indeferimento (art. 283 c.c. 295, VI, do CPC). Conseqüentemente, sem ele, o processo deve ser extinto sem julgamento do mérito (art. 267, I, do CPC). E assim deve ser, porque o direito previdenciário não admite a preclusão do direito ao benefício, por falta de provas: sempre será possível, renovadas estas, sua concessão. Portanto, não cabe, na esfera judicial, solução diversa, certo que o Direito Processual deve ser enfocado, sempre,

imbuídos pelos valores do processualismo ou instrumentalismo, senão agora de um processo civil do Estado Constitucional.

11 SAVARIS, José Antônio. *Direito Processual Previdenciário*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 84.

12 *Ibidem*

13 Na crítica de Nery Junior: “Quando se fala em intangibilidade da coisa julgada, não se deve dar ao instituto tratamento jurídico inferior, de mera figura do processo civil, regulada por lei ordinária, mas, ao contrário, impõe-se o reconhecimento da coisa julgada com a magnitude constitucional que lhe é própria, ou seja, de elemento formador do estado democrático de direito, que não pode ser apequenado por conta de algumas situações, velhas conhecidas da doutrina e jurisprudência, como é o caso da sentença injusta, repelida como irrelevante, ou da sentença proferida contra a Constituição ou a lei, igualmente rechaçada pela doutrina, sendo que, nesta última hipótese, pode ser desconstituída pela ação rescisória (art. 485, n. V, CPC)”. (NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 44).

como meio de para a realização do direito material. (TRF4, AC 2001.04.01.075054-3, Quinta Turma, Relator Antonio Albino Ramos de Oliveira, DJ 18/09/2002)

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. BÓIA-FRIA. COISA JULGADA. RELATIVIZAÇÃO. - "O direito previdenciário não admite preclusão do direito ao benefício, por falta de provas: sempre será possível, renovadas estas, sua concessão" (AC nº 2001.04.01.075054-3, rel. Des. Federal Albino Ramos de Oliveira). Com base nesse entendimento, a 5ª Turma vem entendendo que, nos casos em que o segurado não prova as alegações, deve o feito ser extinto sem julgamento de mérito. Tem-se admitido a propositura de nova demanda ainda que uma outra, anteriormente proposta, tenha sido julgada improcedente, adotando-se, desse modo, em tema de Direito Previdenciário, a coisa julgada secundum eventum probationis. (TRF4, AC 2001.70.01.002343-0, Quinta Turma, Relator Paulo Afonso Brum Vaz, DJ 21/05/2003)

Extraí-se das duas decisões a equiparação das provas constitutivas do direito aos documentos essenciais que devem acompanhar a inicial, ônus que ao não ser atendido levaria a extinção do processo sem resolução do mérito. O problema das decisões citadas está que "soluções exóticas, com clara afronta ao sistema, além de surpreender, deslegitimam o Poder Judiciário perante a sociedade civil."^{14/15} E não há nada mais exótico na extinção do processo sem resolução do mérito, inicialmente¹⁶ ou após toda a instrução

14 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: Proposta de um formalismo-valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 100.

15 No mesmo sentido: "Principalmente, busquei realizar uma reflexão crítica sobre a situação atual do Poder Judiciário, cada vez mais premido pelo aumento geométrico das causas que chegam ao sistema, o que aliás constitui fenômeno de portada mundial. Preocupa-me, no entanto, que a reação a se expresse às vezes em uma espécie de efetividade pernicioso, conducente a um formalismo excessivo e não valorativo, baseado apenas no desempenho numérico e na estatística. Em outras hipóteses, não muito raras, as soluções encontradas mostram-se heterodoxas e surpreendentes, colocando em xeque o direito fundamental da segurança, apanágio do Estado Constitucional e Democrático de Direito. Parece-me que esse tipo de tratamento, embora possa contribuir para desafogar o Judiciário, não coopera para sua legitimação perante a sociedade civil, nem resolve realmente o problema". (Da nota prévia do autor à 4ª edição de sua obra: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: Proposta de um formalismo-valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 13)

16 E mesmo no caso de indeferimento da inicial por ausência dos documentos necessários para a propositura da demanda, a prática judiciária esbarraria na seguinte advertência: "Ocorre que só se legitima o indeferimento da petição inicial após o juiz ter dialogado com a parte a respeito do problema por ele verificado, determinando a emenda da petição inicial (art. 284, CPC). A paridade na condução do processo pelo Estado-juiz está justamente em que esse submete a sua visão do material do processo ao contraditório prévio do demandante antes de decidir assimetricamente. A propósito, em nenhum dos

processual¹⁷, com base na afirmação da ausência de comprovação do direito do segurado.

O Superior Tribunal de Justiça não reconhece a possibilidade de relativização da coisa julgada mediante propositura de nova ação cognitiva, entendendo que a insuficiência ou falta de provas acarreta a improcedência do pedido, e não a extinção do processo sem resolução do mérito, admitindo, quando muito, o manejo de ação rescisória:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. AJUIZAMENTO DE AÇÃO ANTERIOR. PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. JUÍZO DE MÉRITO. PRECEDENTES DO STJ. AJUIZAMENTO

casos previstos em nossa legislação como suficientes ao indeferimento da petição inicial mostra-se possível, em uma estrutura de processo civil cooperativo, indeferimento da petição inicial sem prévio debate com o demandante. E tal se aplica inclusive no que concerne às questões que tem o juiz o dever de conhecer de ofício. Há aí o inequívoco dever de esclarecimento e de prevenção do órgão jurisdicional para com as partes, próprios de um processo civil cuja pedra 'angular e exponencial' encontra assento na ideia de colaboração entre todos aqueles que participam do processo. Não havendo debate, a decisão é de todo ineficaz". (MITIDIERO, Daniel. Colaboração no Processo Civil: Pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: RT, 2009. p. 109-110).

- 17 Corretamente disserta Roberti Junior: "Cumpre ressaltar que se afigura inadequada a solução processual encontrada em alguns julgados, que, movidos pela preocupação em não causar prejuízo injusto e supostamente definitivo ao autor, preferem reputá-lo carecedor de ação na demanda primitiva, reconhecendo a sua ausência de interesse processual quando o início de prova material é insuficiente. É clarividente que, se houve um juízo de valor a respeito dos documentos apresentados, se está, a partir da análise documental, apreciando o mérito da causa e, em sendo o resultado do exame probatório desfavorável, deve-se julgar o pleito improcedente, em vez de se tentar driblar a constituição da coisa julgada material, mediante o reconhecimento artificial da ausência de interesse de agir, cujo único intuito é o de não fechar a porta judicial para uma nova ação devidamente instruída. Do mesmo modo, não é acertado que a inicial, que versa sobre tempo de serviço, seja indeferida por encontrar-se desacompanhada da respectiva documentação probatória, ao argumento da indispensabilidade de início de prova material para a propositura da ação (art. 283 do CPC), porquanto a falta de documento probatório do tempo de serviço não acarreta a negação ao exercício do direito de ação, mas sim o não reconhecimento do direito material, conforme se observa da leitura do art. 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91. Nesse sentido, ao se deparar com processo previdenciário que contenha provas documentais precárias ou simplesmente não contenha qualquer início de prova material, o juiz não pode deixar de julgar o mérito da demanda, ele deve ser fiel à técnica processual, posicionando-se sobre o direito em litígio e firmando a sua improcedência, se for o caso. Sua preocupação em fazer justiça deve cingir-se a fundamentar com clareza que a improcedência do pedido se baseou na ausência ou na deficiência documental, permitindo, assim, que a coisa julgada material formada na ação possa ser revista a partir da apresentação de novos documentos que supram a carência material apontada como motivo da rejeição do pleito". (ROBERTI JÚNIOR, João Carlos Barros Roberti Junior. A relativização da coisa julgada material nas ações previdenciárias. Revista de Doutrina da 4ª Região. Porto Alegre, n. 35, abril, 2010. Disponível em <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edição035/joao_riberti.html> Acesso em: 06 jul. 2010).

DE NOVA E IDÊNTICA AÇÃO DE RITO ORDINÁRIO COM A JUNTADA DE DOCUMENTOS. IMPOSSIBILIDADE. ÓBICE DE COISA JULGADA MATERIAL. VIA ADEQUADA PARA DESCONSTITUIÇÃO. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, CAPUT, DO CPC. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. 1. "Dúvida não há, portanto, de que a insuficiência ou falta de provas acarreta a improcedência do pedido, não a extinção do processo sem julgamento do mérito. Se o autor não consegue provar o fato constitutivo de seu direito, deverá sofrer as conseqüências da ausência ou insuficiência de provas, que invariavelmente será a improcedência de seu pedido, nos termos do art. 269-1, CPC. Em outras palavras, não provado o direito postulado, o julgador deve negar a pretensão, que ocorrerá com o julgamento de mérito do pedido" (REsp 330.172/RJ, Quarta Turma, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, DJ 22/4/02). 2. A reversão de julgamento de mérito acobertado pela autoridade da coisa julgada material, nos termos da sistemática processual civil em vigor, reclama o manejo de competente ação rescisória, actio autônoma, a teor do art. 485, caput, do CPC. 3. Recurso especial improvido. (REsp 873.884/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 02/03/2010, DJe 29/03/2010)

No mesmo sentido, é de se destacar o voto divergente da Juíza Federal Jacqueline Michels Bilhalva, no incidente de uniformização nº 2008.72.51.003632-0, da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federal da 4ª Região:

No mérito, voto por negar provimento ao pedido.

Isto porque, seguindo o entendimento assentado na 2ª Turma Recursal do Rio Grande do Sul, a falta de apresentação de documentação comprobatória do tempo de serviço alegado importa em descumprimento do ônus da prova previsto no art. 333, inc. I, do CPC, conduzindo à improcedência da ação, e não meramente à extinção do pedido sem resolução do mérito.

Isto inclusive em se tratando de laudo técnico em ação relativa a tempo de serviço especial por exposição a ruídos superiores ao limite de tolerância.

Ora, trata-se da prova do direito alegado, e não de mero documento que viabilize o acesso ao Judiciário.

Tal prova pode até não estar acostada à inicial, o que não impedirá o recebimento da inicial, mas deverá ser apresentada durante o processo.

Não fosse esse o entendimento, estar-se-ia admitindo que a parte autora pudesse se valer da própria inércia em apresentar a prova necessária à comprovação do direito alegado para poder renovar a mesma causa um sem número de vezes ao se permitir a utilização do subterfúgio da extinção do pedido sem resolução do mérito. E isso podendo reacionar o aparato judicial um sem número de vezes, o que se já é inadmissível no processo comum, muito mais inadmissível se revela no microsistema dos juizados, que pressupõe a celeridade e a efetividade dos processos das discussões judiciais, não tendo espaço para entendimentos contraproducentes.

Por fim, não admitindo a resolução do processo sem apreciação do mérito a seguinte decisão da 2ª Turma Recursal de Santa Catarina:

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. PEDIDO DE REVISÃO DE BENEFÍCIO MEDIANTE RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO RURAL. AUSÊNCIA DE INÍCIO DE PROVA MATERIAL. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM EXAME DO MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. I - Apesar dos depoimentos prestados confirmarem o labor rurícola que o autor alega ter desempenhado, não é possível o reconhecimento da atividade rural, pois não foi apresentado qualquer elemento que possa ser utilizado como início de prova material no período pretendido. II - Não tendo o autor comprovado o exercício da alegada atividade rural em regime de economia familiar, não merece acolhimento o pedido de extinção do processo sem julgamento do mérito. É ônus do autor a prova do fato constitutivo de seu direito, nos termos do art. 333, I, do Código de Processo Civil, e não se verifica no caso concreto a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas nos arts. 267 do CPC, ou 51 da Lei nº 9.099/95, que ensejariam a extinção do processo sem exame do mérito. (RCI 2008.72.51.005288-0, Segunda Turma Recursal de SC, Relator Ivori Luís da Silva Scheffer, julgado em 21/10/2009)

Recentemente, parece que o Tribunal Regional não seguiu fortemente com a ideia da não preclusão do direito ao benefício, existindo precedentes em sentido contrário, exemplificativamente das 5ª e 6ª Turmas:

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. COISA JULGADA. ART. 267, INCISO V, DO CPC. 1. Hipótese que o requerente já obteve provimento judicial a respeito da matéria dos autos, restando impossibilitada nova apreciação da questão, tendo em vista o princípio da coisa julgada material. Extinção do processo, sem julgamento de mérito, face ao art.267, inc. V, do CPC. 2. Reforma da sentença. Inversão dos ônus sucumbenciais. (TRF4, AC 2009.70.99.003333-2, Quinta Turma, Relatora Maria Isabel Pezzi Klein, D.E. 08/03/2010)

DECISÃO: Cuida-se de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo interposto contra decisão saneadora que reconheceu a coisa julgada no que pertine ao reconhecimento de atividade rural no período de 24.06.1973 a 30.12.1977, bem como do exercício de atividade especial nos períodos de 24.11.1981 a 31.01.1987; 01.03.1987 a 31.05.1995 e de 01.06.1995 a 16.07.1997, e em decorrência extinguiu o processo sem julgamento do mérito em relação aos referidos períodos. Sustenta, em síntese, diante de novos documentos apresentados nos autos devem ser relativizados os efeitos da coisa julgada, sobretudo se considerado o caráter social do direito previdenciário, razão pela qual deve ser suspensa e posteriormente reformada a sentença para determinar o seguimento do processo e conseqüentemente a análise do pedido de reconhecimento do exercício de atividade rural no período de 24.06.1973 a 30.12.1977, bem como do exercício de atividade especial nos períodos de 24.11.1981 a 31.01.1987; 01.03.1987 a 31.05.1995 e de 01.06.1995 a 16.07.1997. [...] *Não prospera a irresignação da agravante no sentido de que diante de novos documentos apresentados nos autos devem ser relativizados os efeitos da coisa julgada, sobretudo se considerado o caráter social do direito previdenciário, isto por que não é a ação ordinária o meio processualmente adequado para pleitear a relativização da coisa julgada, que no sistema processual civil brasileiro se processa pela via rescisória, a teor do artigo 485, que dispõe: "Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: [...] VIII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pode fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável. [...]" Isto posto, indefiro o pedido de efeito suspensivo. Comunique-se ao Juízo de origem. Intime-se a parte agravada na forma do art. 527, V, do CPC. Após, voltem conclusos. Publique-se. (TRF4, AG 2009.04.00.029551-9, Sexta Turma, Relator Eduardo Tonetto Picarelli, D.E. 17/09/2009)*

Por sua qualidade, digno de transcrição o seguinte julgado da 3ª Seção do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, inadmitindo a relativização da coisa julgada:

PREVIDENCIÁRIO.PROCESSUALCIVIL.AÇÃO RESCISÓRIA. OFENSA A COISA JULGADA. VIOLAÇÃO DE LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. ART. 485, INCISO IV. 1. Consoante estabelece o Código de Processo Civil em seu artigo 333, I, o ônus da prova, no que toca aos fatos constitutivos do direito, é do autor. Assim, havendo rejeição do pedido, ainda que por reputar o julgador que a prova mostrou-se insuficiente à comprovação do que alegado, a extinção do feito se dá com resolução do mérito (art. 269, I, do CPC). 2. A sentença que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas (art. 468 do CPC), e, quando não mais sujeita a recurso, faz coisa julgada material, ou seja, adquire eficácia que a torna imutável e indiscutível (art. 467 do CPC). 3. *Conquanto em direito previdenciário muitas vezes o rigor processual deva ser mitigado, não podem ser ignorados os limites expressamente estabelecidos pela legislação processual e, mais do que isso, ditados pelos princípios que informam o direito processual e o próprio ordenamento, sendo certo que coisa julgada goza de expressa proteção constitucional (art. 5º, inciso XXXVI) a bem da segurança jurídica, pilar fundamental do estado de direito.* Inviável, assim, se entenda pela formação de coisa julgada *secundum eventum probationem* em todas as situações nas quais a sentença considere frágil ou inconsistente a prova documental do alegado trabalho rural. 4. Hipótese em que a demandada, tanto na primeira como na segunda ação judicial, questionou indeferimento de benefício previdenciário ocorrido em 1995, de modo que na espécie houve clara repetição de ação anterior, na qual o direito da parte havia sido negado. 5. Rescisória acolhida, uma vez que violada a coisa julgada (art. 485, IV, do CPC), desconstituindo-se a segunda decisão, que apreciou novamente o mérito da pretensão. (TRF4, AR 2006.04.00.038549-0, Terceira Seção, Relator p/ Acórdão Ricardo Teixeira do Valle Pereira, D.E. 25/11/2009)

Portanto, “o juiz tem o dever de ofício de, a limina iudicci, indeferir a petição inicial que reproduz ação idêntica à anterior, resolvida por sentença de mérito transitada em julgado (arts. 267, n. V e § 3º e 301, n. VI e § 4º, CPC)”¹⁸

¹⁸ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 41.

De fato, o primeiro empecilho para a adoção da relativização da coisa julgada por insuficiência de provas está na adequada compreensão da teoria da cognição judicial adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro.¹⁹

O referido ordenamento organiza os procedimentos sob o ângulo da cognição em procedimento de cognição plena e exauriente, parcial e exauriente, parcial e sumária. Juntamente com os procedimentos mencionados, encontra-se procedimentos de cognição secundum eventum probationis e secundum *eventum defensionis*. O ponto nodal é que, por regra, o procedimento deve ser de cognição plena e exauriente, diante da conformação do processo justo adotado²⁰, especialmente diante o princípio da ampla defesa.²¹ Qualquer espécie de corte na cognição deve ser expressamente previsto no ordenamento jurídico²², sob pena de inconstitucionalidade.

Doutrina Talamini²³:

Em um dos campos em que a incidência da coisa julgada tem se revelado mais delicada - o das ações sobre filiação - tem-se

19 Para um estudo completo consultar: WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

20 "Entre os princípios constitucionais tradicionais avulta o do devido processo legal, praticamente compreensivo dos demais de natureza processual. Concebido originariamente como freio ao poder real, e para servir de estatuto de convivência política e econômica entre as elites dominantes na Inglaterra do século XIII, culminou por constituir elemento fundamental do Estado de direito. Para além dos princípios que envolvem o órgão judicial e do caráter essencial do direito fundamental de acesso à jurisdição, do ponto de vista estritamente processual, o conceito de devido processo legal compreende a estruturação correta do procedimento, permitindo tendencialmente aos litigantes as garantias de publicidade, contato direto do juiz com as partes e tramitação rápida do expediente. Todavia, como o processo não se resume a uma simples sequência ordenada de atos, o princípio não se esgota em assegurar a regularidade do procedimento, abrangendo também o direito a um juiz imparcial e a possibilidade de ambas as partes sustentarem suas razões e apresentarem suas provas e, assim, influírem por meio do contraditório na formação do convencimento do julgador. No fundo, o princípio do devido processo legal representa a expressão constitucional do formalismo processual; o informalismo excessivo (em que as partes perigam soçobrar ao arbítrio e ao poder do Estado) e o excesso de formalismo (em que o conteúdo - o direito material e a justiça - corre risco de periclitarem por razões de forma) estabelece o seus limites extremos". (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. Proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 127-128)

21 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*: Teoria Geral do Processo Civil e Parte Geral do Direito Processual Civil. São Paulo: Atlas, 2010. p. 110.

22 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*: Teoria Geral do Processo Civil e Parte Geral do Direito Processual Civil. São Paulo: Atlas, 2010. p. 110.

23 TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*. São Paulo: RT. 2005. p. 58-61, grifos nossos.

cogitado de excluir essa autoridade das sentenças que se amparam nos *critérios de distribuição do ônus da prova* ou julgam com base em presunções. Cabe aqui examinar a questão à luz do ordenamento vigente. Como proposta de lege ferenda, o tema é enfrentado no capítulo 15.

Nos processos de cognição exauriente, vigora a regra geral no sentido de que mesmo a sentença que julga o mérito tomando em conta a falta ou insuficiência de provas (i. e., que aplique as regras sobre ônus da prova) faz coisa julgada material.

O estabelecimento de ônus probatórios para as partes visa a fornecer para o juiz critérios para decidir naqueles casos em que não foi possível produzir as provas suficientes para formar seu convencimento. É então uma "regra de juízo". O processo, por um lado, não pode ter duração indeterminada no tempo. Não é possível passar a vida inteira tentando descobrir a verdade - até porque, em termos absolutos, a verdade é inatingível. A atuação jurisdicional para cada caso concreto tem de, em um determinado momento, terminar, sob pena de sua prolongada pendência ser até mais prejudicial, no âmbito social, do que os males que o processo buscava eliminar. Por outro lado, o juiz não pode eximir-se de decidir apenas porque tenha dúvidas quanto à "verdade dos fatos". Trata-se do princípio de vedação ao non liquet. O juiz terá necessariamente de chegar a uma decisão, sob pena de ofensa ao princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional. Então, a atribuição de ônus da prova às partes serve de critério - o último recurso - para o juiz decidir nesses casos. O legislador, tomando em conta situações de anormalidade, identifica qual das partes em princípio mais facilmente comprovaria um fato, atribuindo-lhe o ônus de prová-lo. Quando o juiz, a despeito de ter adotado todas as providências razoáveis para reconstrução dos fatos da causa, não houver conseguido formar convencimento a esse respeito, ele deverá aplicar as regras sobre ônus probatório - decidindo contra aquele que não produziu a prova que lhe incumbia.

Pois bem, nesses casos, em regra, formar-se-á a coisa julgada material. A mesma razão que justifica decidir com amparo no critério da distribuição do ônus - evitar a prolongação excessiva do litígio e afastar a insegurança jurídica - legitima igualmente a atribuição de coisa julgada material à decisão a que se chegue.

A cognição não se tornará "sumária" porque o juiz decidiu tomando em conta o ônus da prova ou se amparou em presunções. Se a cognição era exauriente, cognição exauriente continuará havendo. Afinal, não é, em si e por si, mensurável o grau de convencimento de que é dotado o juiz no momento em que sentencia acerca do mérito. Eventualmente, não há plena convicção pessoal do magistrado quanto aos fatos, e ele mesmo assim acaba tendo de decidir, valendo-se de máximas da experiência ou dos critérios de distribuição dos ônus probatórios. Mas a falta de plena convicção pode ocorrer até mesmo quando o juiz sentencia amparando-se em provas ditas "diretas". Por isso, não é o grau de convencimento pessoal do juiz, no momento da sentença, que permite qualificar a atividade cognitiva então encerrada como exauriente ou não. O adequado critério para tal classificação (sumário versus exauriente) é dado por aquilo que se fez antes, no curso do processo - melhor dizendo: por aquilo que o procedimento legalmente previsto possibilitava fazer para chegar à decisão. Processo cujo momento da sentença encontra-se depois de ampla permissão de instrução e debate é de cognição exauriente. Já quando a lei prevê que o pronunciamento judicial não será precedido de tal leque de oportunidades, a cognição é sumária (superficial). Resumindo: a estrutura procedimental instrutória repercute necessariamente na qualificação da cognição. A psicologia do juiz, seu efetivo "grau de convencimento", é insondável.

Portanto, se é exauriente a cognição desenvolvida, e na medida em que a sentença em questão julga o mérito, aplicam-se as regras gerais: há coisa julgada material. Em princípio, a reunião de novas ou melhores provas não permitirá nova ação sobre o mesmo objeto entre as mesmas partes.

Só não será assim, excepcionalmente, por expressa disposição legal. É o que ocorre, por exemplo:

(a) na ação popular (art. 18, da Lei 4.711/1965): a sentença de improcedência por falta ou insuficiência de provas não faz coisa julgada material. Tanto o autor quanto qualquer outro cidadão poderá tomar a propor exatamente a mesma ação popular (mesmos réus, mesmo pedido, mesma causa de pedir), reunindo novos elementos instrutórios destinados a demonstrar a lesividade do ato;

(b) na ação coletiva em defesa de direito difuso ou coletivo (CDC, art. 103, I e II, Lei 7.347/1985, art. 16): aplica-se regime semelhante ao da ação popular. Se a ação foi julgada improcedente porque faltaram

provas ou elas foram insuficientes, qualquer legitimado, inclusive o que foi autor da ação rejeitada, pode repetir a mesma ação;

(c) no mandado de segurança: quando não há prova documental suficiente, a sentença que o juiz profere não faz coisa julgada material (Lei 1.533/1951, art. 6º, c/c arts. 15 e 16; STF, Súm. 304). Discute-se, porém, qual o exato motivo pelo qual não se põe essa autoridade. Parte da doutrina e da jurisprudência reputa que não é de mérito tal sentença: terá faltado um pressuposto processual ou condição da ação, de caráter especial, consistente na prova preconstituída (o "direito líquido e certo"). Mas há quem sustente que a sentença, nessa hipótese, é de cognição superficial de mérito. O mandado de segurança seria, então, ação de cognição sumária secundum eventum probationes: se há prova preconstituída a respeito de todos os fatos relevantes, juiz desenvolveria cognição exauriente; ausente esse "direito líquido e certo", apenas se teria cognição superficial.

Em todas essas hipóteses, há disposição legal expressa estabelecendo disciplina própria para a coisa julgada. E, em todas, especiais razões justificam o tratamento especial: (nos dois primeiros exemplos, a regra em exame presta-se a atenuar as conseqüências da extensão da coisa julgada a terceiros; no terceiro, é uma contrapartida à exclusiva admissão de prova preconstituída).

Portanto, a extensão desse regime a outros tipos de processo depende de norma expressa a respeito. Mais ainda: a alteração legislativa apenas se justifica, em cada tipo de caso, se se fundar em razoáveis motivos."

No mesmo sentido, defendendo a necessidade de expressa autorização legal para instauração da coisa julgada secundum eventum probationis é a posição de Nery Junior.²⁴

O processo previdenciário, quer orientado pelo rito ordinário ou pelo rito sumaríssimo dos Juizados Especiais Federais, é sempre de cognição plena e exauriente, não havendo autorização para a adoção da coisa julgada *secundum eventum probationis*. O vetor da celeridade processual não pode desencadear numa sentença denegatória por insuficiência de provas sem antes instaurar a cooperação no procedimento

²⁴ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 55.

visando à solução adequada do processo. O magistrado, quando indefere provas postuladas ou deixa de proceder, de ofício, na busca da verdade dos fatos, limita sua própria atividade cognitiva, relegando para segundo plano o direito do segurado, sob o argumento da celeridade ou do artifício da possibilidade de repetição da demanda sem ofensa à coisa julgada, ao sustentar a aplicação da cognição *secundum eventum probationis*. Ocorre que o direito processual civil brasileiro fornece instrumentos adequados para a condução de uma instrução processual plena, sem ferir o princípio dispositivo, tornando desnecessária a criação de artifícios processuais.

Nesse sentido, salienta Oliveira²⁵:

“Todavia, independentemente da matéria discutida no processo o impulso processual, a extensão dos poderes e do juiz e a disponibilidade da prova. Entre nós, o impulso processual constitui dever do órgão judicial, em face da natureza pública do processo, seja qual for o seu objeto, uma vez instaurado o requerimento. O mesmo pode ser dito acerca dos poderes do juiz e da disponibilidade das provas, pois o órgão judicial desde muito deixou de ser simples espectador da disputa travada entre as partes, devendo determinar até de ofício as provas julgadas necessárias à formação da sua própria convicção. Note-se bem: formar a própria convicção. Este é o ponto: não se trata de o juiz servir como advogado da parte – atitude incompatível com a imprescindível imparcialidade da função judicial –, mas de obter elementos de fato que façam luz sobre as alegações formuladas pelas partes e lhe permitam julgar com justiça.”

E sob o ângulo do direito material, objeto de nossa investigação, sustenta Savaris que “o 'ativismo judicial probatório' como instrumento da paridade de armas é indispensável para a tutela do direito da segurança social”²⁶. Todavia, mesmo com a possibilidade da busca de provas de ofício, o processo previdenciário deve ser sempre colaborativo, cabendo ressaltar a advertência de Oliveira:

“Cabe alertar, porém, que sem a colaboração de advogado mesmo o juiz mais competente não estará inteiramente habilitado a conduzir um processo complicado do ponto de vista prático. Ainda com a melhor boa vontade, faltar-lhe-á tempo e o mesmo interesse

25 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: Proposta de um formalismo-valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 163.

26 SAVARIS, José Antônio. *Direito Processual Previdenciário*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 34.

dos representantes das partes para classificar o material por estas trazido, processá-lo e formá-lo com independência. Em tais circunstâncias, conquanto lícito ao órgão judicial agir sponte sua com vistas a corrigir os fatos inveridicamente expostos ou suprir lacunas na matéria de fato, a iniciativa das partes pode exibir valor inestimável e merece ser estimulada de modo que possibilite a mais rápida e segura verificação do material probatório. Volta à cena, assim, a necessidade da cooperação tantas vezes mencionada: a atividade probatória haverá de ser exercida pelo magistrado, não em substituição das partes, mas juntamente com elas, como um dos sujeitos interessados no resultado do processo. Claro está, porém, a total diversidade de interesses entre o órgão judicial e as partes. O processo civil não atua no interesse de nenhuma das partes, mas por meio do interesse de ambas. O interesse das partes não constitui senão um meio, um estímulo, para que o Estado, representado pelo juiz, intervenha e conceda razão a quem efetivamente a tem, concomitantemente satisfazendo o interesse público na atuação da lei para a justa composição dos conflitos.²⁷

Não se olvida que os litigantes possuem direito a um processo sem dilações indevidas. Todavia, sua efetividade e celeridade devem outorgar às partes necessária segurança jurídica, mormente em relação à qualidade da imutabilidade da decisão. Uma vez instaurado, o processo deve caminhar para uma sentença de mérito, mesmo que deva sofrer atrasos na sua tramitação para uma melhor adequação probatória, sem que com isso haja ofensa ao princípio da duração razoável do processo, hoje cristalizado no art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal. Aliás, também é faceta do princípio constitucional da duração razoável sua aplicação “nas hipóteses de prazos demasiadamente curtos e abreviados, se verificada sua inadequação em vista da situação concreta.”²⁸ A sentença de mérito assim proferida fará coisa julgada material, não se admitindo posterior ação para rediscussão da lide, mesmo com novas provas. Se tais provas existem, via de regra, devem ser produzidas na primeira ação, mediante a tramitação de um processo que, ao final possa ser chamado de justo.

Para uma melhor compreensão do tema proposto, mister agregar aos argumentos já expostos outros pontos de curial relevância, quais

²⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*: Proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 209.

²⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*: Proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 114.

sejam, a coisa julgada no Estado Democrático de Direito, a ideia da correção da justiça da sentença de improcedência, a (in)admissibilidade do juízo de ponderação entre a coisa julgada e a não preclusão do direito ao benefício previdenciário, a técnica da solução *pro misero* e a previsão legislativa do instituto da decadência em matéria previdenciária.

2.1 COISA JULGADA E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar a segurança jurídica. Sob o ponto de vista processual, a segurança jurídica é realizada, dentre outros, pelo instituto da coisa julgada, não havendo grandes divergências sobre o ponto na doutrina²⁹.

Oliveira³⁰, ao abordar os fundamentos do formalismo processual civil, sob o ângulo dos fatores culturais externos do formalismo, já que o processo é produto da cultura do homem, esclarece que o valor da segurança liga-se à noção de Estado Democrático de Direito, princípio fundamental da Constituição Federal, estando o respeito à coisa julgada dentre as partes integrantes da noção de segurança, tecendo crítica às teses de relativização ao escrever que “no Brasil, em que há previsão expressa (art. 5º, XXXVI da CF: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada)” criou-se o **modismo** da relativização da coisa julgada.”³¹

Marinoni³² é acorde no sentido que a coisa julgada é inerente ao próprio conceito de Estado Constitucional, do qual sobreleva o princípio

29 Nesse sentido: NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 39.

30 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: Proposta de um formalismo-valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 101.

31 *Ibidem*, p. 105.

32 MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa Julgada Inconstitucional: A retroatividade da decisão de (in) constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 63-67. Em outra obra: “Coisa Julgada, Segurança Jurídica e Estado Constitucional. A coisa julgada tem proteção constitucional (art. 5º, XXXVI CRFB) e constitui expressão, no campo do direito processual civil, do valor da segurança jurídica, cujo fundamento reside na própria ideia de Estado Constitucional (STJ, 1ª Turma, AgRg no Resp 495.706/MT, rel. Min. Luiz Fux, j. Em 03/05.2007, DJ 31.05.2007. p. 322). A coisa julgada é pressuposto do discurso jurídico – constitui uma regra sobre o discurso. Não admite, nesse sentido, ponderação. Representa evidente agressão ao Estado Constitucional e ao próprio discurso jurídico a tentativa de relativizar a coisa julgada”. (MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2008. p. 466

da segurança jurídica na sua perspectiva objetiva, ou seja, da necessidade da estabilidade das decisões judiciais. Ressalta que “sem coisa julgada material não há ordem jurídica e possibilidade de o cidadão confiar nas decisões do Judiciário. Não há, em outras palavras, Estado de Direito.”³³

Da mesma forma, Nery Junior afirma que o Estado Democrático de Direito manifesta-se nas atividades do Poder Judiciário pelo instituto da coisa julgada.³⁴

Sendo assim, o respeito à intangibilidade das decisões decorre da opção realizada de viver num Estado Democrático de Direito, desautorizando, por esta leitura, a criação judicial da denominada coisa julgada previdenciária.

2.2 DA IDEIA DA CORREÇÃO DA JUSTIÇA DA SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA

Um dos pontos centrais a serem discutidos na adoção da relativização da coisa julgada por insuficiência probatória é justamente a ideia de novas provas e possibilidade de posterior correção da injustiça supostamente perpetrada.

Pontifica Savaris:

Podemos nos resignar diante da concretização do devido processo legal na forma adotada pelo processo civil clássico, concluindo pela eficácia imutável da coisa julgada. Mas isso nos levará, em muitos casos, a erros judiciais e injustas decisões que representam o que se tem por “privação perpétua” de bem estar. A ideia da “coisa julgada segundo a prova dos autos” (ou coisa julgada previdenciária) parece uma feliz aproximação à realidade do direito material.³⁵

Não obstante haja vozes de que a avaliação das novas provas deva ser norteada por critérios objetivos, como o excelente artigo de João Carlos Barros Roberti Junior³⁶, não há como negar o alto grau

³³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa Julgada Inconstitucional: A retroatividade da decisão de (in) constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 68.

³⁴ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 38.

³⁵ SAVARIS, José Antônio. *Direito Processual Previdenciário*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 86.

³⁶ ROBERTI JÚNIOR, João Carlos Barros Roberti Junior. A relativização da coisa julgada material nas ações previdenciárias. *Revista de Doutrina da 4ª Região*. Porto Alegre, n. 35, abril, 2010. Disponível em

de subjetivismo que tal apreciação sempre carregará consigo. Para tanto, basta pensar no critério de início razoável de prova material para comprovação de tempo de serviço, exigido pelo art. 55, §3º da Lei nº 8.213/91, cuja (in)suficiência é pouco uniforme na doutrina e jurisprudência.

O fato é que o problema da substituição da uma sentença injusta por outra justa não é preocupação recente, conforme apontam Marinoni e Arenhart:

As teses da “relativização” não fornecem qualquer resposta para o problema da correção da decisão que substituiria a decisão qualificada pela coisa julgada. Admitir que o Estado-Juiz errou no julgamento que se cristalizou implica em aceitar que o Estado-juiz pode errar novamente, quando a idéia de “relativizar” a coisa julgada não traria qualquer benefício ou situação de justiça. As soluções apresentadas são por demais simplistas para merecerem guarida, principalmente no atual estágio de desenvolvimento da ciência do Direito e na absoluta ausência de uma forma racionalmente justificável que faça prevalecer, em todos os casos, determinada teoria da justiça. Com um apelo sensacionalista, *pretende-se fazer crer que os juristas nunca se preocuparam com a justiça das decisões jurisdicionais, ao mesmo tempo em que procura ocultar que o problema sempre foi alvo de reflexão.*

A “tese da relativização” contrapõe a coisa julgada material ao valor da justiça, *mas surpreendentemente não diz o que entende por “justiça” e sequer busca amparo em uma das modernas contribuições da filosofia do direito sobre o tema.* Aparentemente parte uma noção de justiça como senso comum, capaz de ser descoberto por qualquer cidadão médio (*l'uomo della strada*), o que torna imprestável ao seu propósito, por sofrer de evidente inconsistência, nos termos a se refere CANARIS.³⁷

Em recente obra sobre o assunto, Marinoni novamente enfrenta o problema³⁸:

<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edição035/joao_riberti.html> Acesso em: 06 jul. 2010.

37 MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 680-681.

38 MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa Julgada Inconstitucional: A retroatividade da decisão de (in) constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 34.

É difícil admitir a conclusão de que a imodificabilidade da coisa julgada tenha sido pensada para decisões “conforme com o direito”. Na verdade, e isto é pacífico no plano da doutrina processual, a proteção à coisa julgada nada tem a ver com a circunstância de a decisão estar ou não em conformidade com o direito, aí compreendidas as normas infraconstitucionais e as normas constitucionais. A imodificabilidade da coisa julgada é característica da própria coisa julgada, instituto imprescindível à afirmação do Poder Judiciário e do Estado Constitucional, além da garantia do cidadão à estabilidade da tutela jurisdicional, corolário do direito fundamental de ação e do princípio da proteção da confiança.

Didier Jr, Braga e Oliveira também entendem que aceitar a relativização da coisa julgada com base no critério da injustiça seria atribuir ao Poder Judiciário uma “cláusula geral de revisão da coisa julgada”³⁹, capaz de gerar interpretações diversas em detrimento do valor da segurança jurídica.

Uma rápida pesquisa jurisprudencial, no âmbito do direito previdenciário, demonstra o caos que assola a interpretação do nosso ramo de direito. Não há cultura de respeito aos precedentes. Nos Juizados Federais, o problema aumenta diante da rápida alteração dos componentes das turmas recursais, sem o respeito aos precedentes formados nas composições passadas.⁴⁰

39 DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 5 ed. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 442.

40 Em um ambiente que deveria primar pela ausência de recursos e composição amigável dos litígios a previsibilidade dos precedentes dos órgãos judiciais competentes para analisar os recursos nos âmbitos dos juizados especiais federais traz ao estudo a verdadeira lógica do sistema recursal estruturado sobre tribunais e turmas recursais, que deve ser apreendida por todos os sujeitos processuais, qual seja, “que o juiz de primeiro grau tem poder para decidir e não para prolatar um projeto de decisão. Assim, o sistema espera que, em alguns casos, a parte vencida se conforme com a sentença, tornando desnecessária a atuação do tribunal. Entretanto, isso apenas realmente ocorrerá quando as partes souberem a decisão que será proferida pelo tribunal. Tal acontecerá quando houver um mínimo de estabilidade na interpretação do direito, a gerar previsibilidade aos litigantes, que assim poderão decidir pela oportunidade de interposição do recurso. Não haveria lógica na estruturação de um sistema composto por juiz e tribunal se, em toda e qualquer demanda, as partes tivessem de necessariamente chegar ao tribunal e, assim, exigir mais trabalho, tempo e despesas financeiras da administração da justiça. De modo que a lógica e a racionalidade do sistema estruturado sobre juiz e tribunal exigem, inevitavelmente, a formação de jurisprudência estável e, ainda, o seu respeito por parte dos juízes inferiores. O respeito aos precedentes, nesta dimensão, fundamenta-se apenas na lógica do próprio sistema judicial. Se a premissa aceita fosse a de que os juízes inferiores podem decidir questões de direito sem considerar os tribunais, haveria grave disparate lógico em ter o tribunal como ponto final do processo, obrigando as partes a necessariamente

Portanto, sob o referido ângulo, não há como sustentar satisfatoriamente a necessidade de adoção da coisa julgada *secundum eventum probationis* no direito previdenciário, sob pena de se fomentar insegurança jurídica.

2.3 DA (IN)ADMISSIBILIDADE DO JUÍZO DE PONDERAÇÃO ENTRE A COISA JULGADA E A NÃO PRECLUSÃO DO DIREITO AO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO

De modo geral os defensores da tese da relativização da coisa julgada previdenciária o fazem com base num juízo de ponderação⁴¹ entre o próprio instituto da coisa julgada e outros valores constitucionais ligados à previdência social, pautando-se na ideia da não preclusão do direito ao benefício previdenciário, diante do caráter social do direito. Não há como negar que o argumento é extremamente sedutor.

Para Marinoni⁴², havendo a possibilidade de ponderação da coisa julgada, tal juízo já teria sido realizado pelo próprio legislador, ao prestigiar a coisa julgada no rol dos direitos fundamentais.⁴³ No entanto, o autor⁴⁴ não admite que a coisa julgada possa ser objeto de ponderação, advertindo que tal instituto não é uma mera regra do processo, constituindo-se em questão indispensável ao próprio discurso jurídico, pressuposto para sua existência e legitimação, do qual a decisão judicial é seu elemento final.⁴⁵ Na sua advertência, uma decisão judicial sem o atributo da imutabilidade é uma mera “opinião” do juiz sobre o conflito.⁴⁶

nele chegar, com as mazelas daí decorrentes”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010. p. 168-169). E mais adiante sobre a ligação entre estabilidade dos precedentes e a conciliação escreve Marinoni que “a previsibilidade das decisões também favorece os acordos. Isso ocorre porque, para chegarem a acordo, as partes devem estar em situação em que suas vantagens e desvantagens possam ser claramente conhecidas e objetivamente negociadas”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010. p. 182-183).

41 Sobre ponderação consultar: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

42 MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa Julgada Inconstitucional: A retroatividade da decisão de (in) constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 190.

43 No mesmo sentido: NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 49.

44 MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa Julgada Inconstitucional: A retroatividade da decisão de (in) constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p 62-63.

45 MARINONI, 2010, p 56.

46 MARINONI, 2010, p. 63.

De qualquer forma, admitindo-se a ponderação, releva destacar que não irá sempre indicar a prevalência da não preclusão do direito previdenciário em face da coisa julgada formada na demanda anterior. Nesse norte é a advertência da 3ª Seção do Tribunal Regional Federal da 4ª Região ao decidir ser “inviável, assim, se entenda pela formação de coisa julgada *secundum eventum probationem* em todas as situações nas quais a sentença considere frágil ou inconsistente a prova documental do alegado trabalho rural”.⁴⁷ Descambar sempre para a aplicação da coisa julgada *secundum eventum probationis* traz à baila a advertência de Bodnar sobre algumas decisões previdenciárias:^{48 49}

47 AR 2006.04.00.038549-0, Terceira Seção, Relator Ricardo Teixeira do Valle Pereira, D.E. 25/11/2009.

48 BODNAR, Zenildo. *A concretização jurisdicional dos direitos previdenciários e sociais no Estado Contemporâneo*. In: LUGON, Luiz Carlos de Castro; LAZZARI, João Batista (Coord). Curso Modular de Direito Previdenciário. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 19.

49 Na mesma advertência: “Há mais, porém. Sob a alegação de que se trata de matéria do domínio do Direito Social, os seus interpretadores são levados a invocar o 'sentido social', o 'objetivo social' de tais leis, e à sombra de uma interpretação supostamente 'social' muitos disparates poderão ser cometidos em detrimento da coletividade.” (ASSIS, Armando de Oliveira. *Compêndio de Seguro Social*. Rio de Janeiro, 1963. p. 153). Ora, tratando-se de uma legislação social há, no mínimo, uma presunção que já foi pensada dentro de seu sentido e objetivo sociais, como corretamente decidido pelo e. Tribunal Regional Federal da 4ª Região ao declarar a legalidade do artigo 15, II, §2º da Lei de Benefícios, ao julgar improcedente a Ação Civil Pública nº 2007.72.05.000358-7: “PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MANUTENÇÃO DA QUALIDADE DE SEGURADO. PERÍODO DE GRAÇA. AMPLIAÇÃO. ART. 15, § 2º DA LEI 8.213/91. COMPROVAÇÃO DA SITUAÇÃO DE DESEMPREGO. REGISTRO NO ÓRGÃO COMPETENTE. EXIGÊNCIA LEGAL RAZOÁVEL. DISPENSA DO REGISTRO PELA APRESENTAÇÃO DA CTPS. IMPOSSIBILIDADE. REVISÃO DE ENTENDIMENTO. PRECEDENTES DO STJ. 1. Considerando que a regra do sistema de repartição vem a ser o custeio do sistema pelo pretenso segurador, o período de graça previsto pelo inciso II do art. 15 constitui exceção à regra geral. E a previsão do § 2º de prorrogação de tal qualidade constitui exceção dentro da exceção. 2. O preceito que exige o registro da situação de desemprego no órgão próprio do Ministério do Trabalho e Emprego - MTE serve como mecanismo de controle da Administração. 3. É razoável o ônus de exigir do cidadão - que já se encontra há doze meses sem contribuir ao sistema - que se registre como desempregado perante órgão do Ministério do Trabalho, considerando que, ao fazê-lo, terá, como contrapartida, a extensão por mais doze meses da proteção do sistema previdenciário. 4. A simples falta de anotação de contrato de trabalho na CTPS não constitui prova cabal da falta de atividade remunerada. O relaxamento de tal exigência legal pode constituir danoso estímulo à informalidade, com o evidente prejuízo do sistema como um todo. 5. Revendo entendimento anterior, considera-se que a intenção do legislador foi beneficiar o desempregado que efetivamente estivesse lutando contra tal adversidade, solicitando auxílio ao Poder Público para dela sair, ao invés de se manter eventualmente na informalidade, sem qualquer contribuição ao sistema. 6. Entendimento consagrado pela Quinta e Sexta Turma do STJ (REsp 627.661/RS, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, julgado em 26.05.2004, DJ 02.08.2004. p. 609; REsp 448.079/RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 06.09.2005, DJ 03.10.2005. p. 310). (TRF4, AC 2007.72.05.000358-7, Turma Suplementar, Relator Luís Alberto D'azevedo Aurvalle, D.E. 16/03/2009)”.

Pela análise das decisões judiciais sobre o tema é possível constatar, em muitos casos, a falta de critérios razoáveis para a interpretação e para a aplicação da legislação previdenciária, fato este que contribui decisivamente para a falta de segurança jurídica e para a multiplicação de demandas.

Alguns magistrados 'mais sensíveis' concedem benefícios apenas com base no 'princípio do tadinho'. Outros, porém, sentem-se os 'donos do cofre' e acreditam que eventual flexibilização de alguns rigores da norma, ainda que seja para atender aquelas situações de extrema gravidade, levarão necessariamente o sistema ao colapso por falta de recursos. Há também a utilização/manipulação inadequada dos princípios da reserva do possível e da proibição de retrocesso, os quais podem servir de 'falso fundamento', tanto para negar quanto para reconhecer direitos previdenciários sociais. Esta falta de critérios racionais nas decisões gera insegurança jurídica e multiplicação de demandas por falsas e ilusórias expectativas criadas para a população.

E, para tanto, exigir-se-ia das partes argumentação adequada em seus respectivos atos processuais, eis que se tem tornado comum “proceder-se a uma ponderação sem indicar, de antemão, o que, precisamente, está sendo objeto de sopesamento.”⁵⁰

Por tais razões, são insuficientes os argumentos invocados para efeito de relativização da coisa julgada mediante novas provas.

2.4 SOLUÇÃO PRO MISERO

É cada vez mais recorrente a invocação do denominado princípio do *in dubio pro misero* para a solução das lides previdenciárias.

Cita-se, exemplificativamente a aceitação, por parte da jurisprudência, da concessão de benefício diverso do postulado, uma vez preenchidos os requisitos legais, porque o pedido em sede previdenciária é a concessão de benefício, seja qual for a natureza ou fundamento, com a mitigação do princípio da congruência entre o pedido e a sentença:

50 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 146.

PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. LAUDO PERICIAL. REDUÇÃO DA INCAPACIDADE LABORAL. REQUISITOS. COMPROVAÇÃO. PEDIDO DIVERSO DA INICIAL. FUNGIBILIDADE. MARCO INICIAL. CONECTÁRIOS. Nas ações em que se objetiva a aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença o julgador firma seu convencimento, via de regra, com base na prova pericial. Preenchidos os requisitos para concessão do auxílio-doença, deve ser deferido o benefício, ainda que pedido diverso tenha sido formulado na exordial. Merece ser prestigiada a natureza pro misero do Direito Previdenciário. Precedentes. Concede-se o benefício de auxílio-doença quando o laudo pericial conclui que a parte segurada está acometida por moléstia que a incapacita para o trabalho que exerce, sendo suscetível de recuperação ou reabilitação profissional. Hipótese em que o marco inicial do benefício deve recair na data da juntada do laudo médico aos autos. Para fins de atualização monetária e juros haverá a incidência, uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, a contar de 01-07-2009, data em que passou a vigor a Lei n.º 11.960, de 29-06-2009, publicada em 30-06-2009, que alterou o art. 1.º-F da Lei n.º 9.494/97. No período imediatamente anterior, desde abril de 2006, o indexador aplicável é o INPC (art. 31 da Lei n.º 10.741/03, c/c a Lei n.º 11.430/06, precedida da MP n.º 316, de 11-08-2006, que acrescentou o art. 41-A à Lei n.º 8.213/91, e REsp. n.º 1.103.122/PR). (TRF4, AC 2007.70.08.001445-5, Sexta Turma, Relator Paulo Paim da Silva, D.E. 22/01/2010)

Trata-se de princípio inerente aos ramos do direito ligados a questões sociais, sendo aplicado de longa data nas relações de direito de trabalho. Por tal razão, não é difícil justificar sua aplicação no direito previdenciário.

Com base no *pro misero* extrai-se uma das forças condutoras da decisão que resolve o processo sem apreciação do mérito por insuficiência de provas.

No entanto, mesmo no âmbito do direito do trabalho, o princípio da solução *pro misero* não é aplicado em matéria probatória.

Conforme Sussekind, Maranhão, Vianna e Teixeira o princípio *in dubio pro operario* “aconselha o intérprete a escolher, entre duas ou mais interpretações viáveis, a mais favorável ao trabalhador, desde que

não afronte a nítida manifestação do legislador, nem se trate de matéria probatória.”⁵¹

Reis de Paula⁵², ao comentar os princípios do ônus da prova, no direito processual do trabalho, assim disserta sobre o princípio *in dubio pro misero*:

No campo da valoração da prova, sustentamos que o princípio tutelar se aplica quando a prova é insuficiente ou se apresenta dividida. Não se trata de um princípio que será aplicado simplesmente para suprir deficiências probatórias no processo, área específica do ônus da prova.

Sendo assim, ao menos que se entenda que o princípio do *in dubio pro misero* possui significação própria no direito previdenciário, com aplicação em matéria probatória, não se tem autorização para sua invocação para sustentar a extinção do processo sem resolução do mérito por insuficiência de provas.

2.5 DA IMPRESCRITIBILIDADE DO DIREITO

Numa ótica diversa da tratada no presente trabalho, não se considerando a formação da coisa julgada numa sentença de improcedência por ausência de provas, mas com luzes para o questionamento a ser elucidado, Martinez⁵³ retira da imprescritibilidade do direito ao benefício a ausência da decadência do exercício da prova, o que autorizaria o segurado a instruir o mecanismo de convencimento a qualquer tempo.

O raciocínio utilizado pelo renomado autor traz a necessidade da abordagem, mesmo que sumária, da chamada imprescritibilidade do direito. Trata-se, não obstante o termo utilizado [imprescritibilidade] da verificação da norma que instituiu o chamado prazo de decadência para revisão do ato concessório do benefício.

O direito previdenciário até 27 de junho de 1997 não possuía nenhuma norma ligada a ideia da ocorrência da decadência do direito ao benefício.

51 SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio, VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*. 18. ed. São Paulo; Ltr, 1999, v. 1. p. 154.

52 PAULA, Carlos Alberto Reis de. *A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001. p. 144-145.

53 MARTINEZ, Wladimir Novaes. *A prova no direito previdenciário*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 37-38.

O art. 103 da Lei nº 8.213/91 determinava que, sem prejuízo do direito ao benefício, prescreve em 5 (cinco) anos o direito às prestações não pagas nem reclamadas na época própria, resguardados os direitos dos menores dependentes, dos incapazes ou dos ausentes. Não existia, portanto, prescrição do fundo do direito.

Em 27 de junho de 1997, com a Medida Provisória nº 1.523-9, que após várias reedições foi convertida na Lei nº 9.528/97, o art. 103 da Lei de Benefícios passou a prever ser de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo.

Posteriormente, a Lei nº 9.711, de 20 de novembro de 1998, deu nova redação ao artigo, para definir ser de cinco anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo.

Na sucessão de normas, a Lei nº 10.839, de 05 de fevereiro de 2004, passou a prever que é de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo.

Não há inconstitucionalidade na norma, conforme acertadamente já decidiu o Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

REVISÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PRAZO DECADENCIAL. INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA. ATO JURÍDICO PERFEITO. Não é inconstitucional a lei que estabelece prazo de decadência para revisão do ato de concessão de benefício previdenciário pelo beneficiário, uma vez que o art. 5º, XXXVI, da Constituição protege o ato jurídico perfeito contra tentativas de modificação pelo Estado, enquanto, ao postular a revisão, o interessado busca não manter, mas justamente modificar

o ato concessório. (TRF4, AC 2009.71.08.001696-7, Quinta Turma, Relator Rômulo Pizzolatti, D.E. 31/05/2010)

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. DECADÊNCIA. 1. Com a edição da Lei nº 9.528, de 10-12-1997 (precedida da Medida Provisória nº 1.523-9), foi imposta nova redação ao art. 103 mencionado, instituindo o prazo de decadência de 10 anos para a revisão do ato de concessão de benefício, mantendo-se, em seu parágrafo único, as disposições acerca do prazo prescricional. 2. A Lei nº 9.711, de 20-11-1998 (originada da Medida Provisória nº 1.663-15), reduziu para 5 anos o prazo de decadência. E, com a edição da Lei nº 10.839, de 05-02-2004 (conversão da Medida Provisória nº 138, de 19-11-2003), o prazo foi restabelecido para 10 anos. Todavia, essa alteração de prazo pela MP nº 138/2003 deu-se antes do término do lapso determinado pela Lei nº 9.711/98, de sorte que, em concreto, o prazo decadencial de 5 anos não é aplicável. 3. O instituto da Decadência, versado no caput do art. 103 da LBPS, refere-se às questões do fundo de direito, quando a ação judicial trata do ato de concessão do benefício previdenciário (cálculo da renda mensal inicial, por exemplo) ou da decisão que o indeferiu, de natureza diversa, portanto, das hipóteses em que a revisão postulada em juízo, envolvendo critério de reajuste, diz respeito às prestações de trato sucessivo, estas últimas sujeitas ao prazo prescricional, versado no seu parágrafo único. 4. Segundo a jurisprudência pátria, ficam ressalvadas da aplicação da lei nova instituidora de prazo decadencial, as relações jurídicas constituídas anteriormente porque isso implicaria, em última análise, violar os direitos adquiridos delas resultantes, em afronta ao disposto no art. 5º, XXXVI, da CF. 5. Os institutos da prescrição e da decadência ao mesmo tempo que impõem limitações ao direito de revisão dos benefícios previdenciários prestam-se para preservar a estabilidade das situações jurídicas, evitando o pagamento de indenizações de grande vulto, em prejuízo de toda a coletividade de beneficiários do sistema previdenciário. 6. Mostra-se descabido dar à lei interpretação restritiva onde o legislador assim não o fez, inexistindo amparo para que seja declarada a inconstitucionalidade do art. 103 da Lei n. 8.213/91, de modo que à expressão "revisão do ato de concessão" seja atribuído o sentido de "revisão, em caráter constitutivo, do ato de concessão". (TRF4, AC 2009.71.08.004654-6, Sexta Turma, Relator Celso Kipper, D.E. 11/01/2010)

A intenção é dizer que os efeitos do tempo abarcam a conformação do benefício previdenciário, mesmo que concedido

inadequadamente, em prejuízo do segurado, o qual não poderá ser objeto de revisão após o transcurso do prazo previsto pelo ordenamento.

3 TEMAS CONEXOS

Existem, no mínimo, dois temas conexos com o assunto proposto, que devem ser abordados, sob pena de tornar insuficientes as conclusões a serem retiradas dessa incursão.

O primeiro diz respeito à presença e a configuração das relações jurídicas continuativas no direito previdenciário. O segundo refere-se à ação rescisória no direito previdenciário, especialmente no âmbito dos Juizados Especiais Federais.

Está é a proposta rápida para os dois próximos tópicos, antes de ingressarmos no último ponto do presente trabalho.

3.1 COISA JULGADA NOS BENEFÍCIOS POR INCAPACIDADE

No presente tópico propõe-se uma discussão um tanto diversa da normalmente suscitada pelas obras jurídicas que enfrentam o assunto da conciliação da definitividade da coisa julgada com a provisoriedade dos benefícios previdenciários por incapacidade.

Dispõe o art. 471, inciso I, do Código de Processo Civil, que nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito.

Não se entrará na discussão se há formação de coisa julgada material nas relações continuativas⁵⁴, sendo percuente apenas verificar a formação dessas espécies de relações no direito previdenciário.

No âmbito dos benefícios previdenciários, as prestações por incapacidade são típicos casos de relações continuativas com potencial possibilidade de modificação do estado de fato. Tal situação decorre da precariedade do auxílio-doença ou da aposentadoria por

⁵⁴ Sobre a problemática: TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma Teoria Geral do Processo*. Disponível em <www.tex.pro.br> Acesso em: 01/08/02.

invalidez, cujo pagamento é realizado enquanto mantido o estado de incapacidade.⁵⁵ Havendo mudança do estado de saúde do segurado, nova causa de pedir nasce, surgindo a possibilidade de nova ação judicial. É que “a sentença espelha os fatos e o direito que existiam em determinado instante, de maneira que, alterados os fatos ou o direito, outra será a causa de pedir e, por consequência, a ação.”⁵⁶ Quanto a isso não se vê necessidade de outras discussões, sendo assunto uniforme na doutrina e jurisprudência.

O ponto importante na matéria é justamente a análise da configuração da nova causa de pedir.

São encontradas manifestações judiciais afastando a prejudicial de coisa julgada sob o argumento de que o requerimento administrativo que fundamenta a lide é diverso, o que bastaria para configurar uma nova causa de pedir. No entanto, a causa de pedir dos benefícios por incapacidade não é constituída pelo requerimento administrativo.⁵⁷ O requerimento é somente uma manifestação do segurado perante o órgão da Previdência Social para desencadear o procedimento concessório. É o comunicado para a administração, de sua intenção de perceber o benefício. Pensar o contrário é admitir o ajuizamento simultâneo de diversas ações visando benefício por incapacidade, fundadas em requerimentos administrativos diversos e próximos, muitas vezes manejados de forma abusiva, com distribuição concomitante das ações na Justiça Federal e na Justiça Estadual. Também será admitir que, após uma sentença denegatória da prestação, o segurado pudesse

55 Da mesma forma os requisitos da deficiência e miserabilidade do Benefício de Prestação Continuada previsto no art. 20 da Lei nº 8.742, de 07 de dezembro de 1993. Refere o art. 21 da referida lei que “o benefício de prestação continuada deve ser revisto a cada 2 (dois) anos para avaliação da continuidade das condições que lhe deram origem”.

56 MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa Julgada Inconstitucional: A retroatividade da decisão de (in) constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 142.

57 Na verdade, de nenhum benefício previdenciário. Conforme Bollmann: “Destaque-se, ainda, que o requerimento administrativo não faz parte da hipótese de incidência necessária à concessão do benefício, embora sirva como uma espécie de 'constituição em mora' do agente responsável, ou seja, uma exteriorização da vontade do segurado, necessária para o exercício de seu direito. Até que haja tal manifestação, ainda que já faça jus ao benefício, ele não deterá direito às prestações mensais, possuindo, no entanto, direito à situação de fundo. Em outras palavras, a eficácia do fato jurídico consistente na eclosão do risco social implica a transformação da relação jurídica existente entre o segurado e a autarquia previdenciária, modificando a situação jurídica daquele, porém, para auferir as prestações mensais, além daquele suporte fático, deverá agregar-se, ainda, o requerimento administrativo.” (BOLLMANN, Vilian. Hipótese de incidência previdenciária e temas conexos. São Paulo: LTr, 2005. p. 29).

simplesmente efetuar novo requerimento administrativo para fins de subsidiar imediatamente nova ação judicial, normalmente agora dirigida para órgão judicial diverso do anterior.⁵⁸ Tal prática torna-se operacionalizável diante da previsão constitucional da competência delegada em matéria previdenciária.

Como salientado, a causa de pedir não é formada pelo requerimento administrativo. É o estado incapacitante do segurado que busca a prestação que constitui a *causa petendi*. Logo, mesmo na existência de requerimentos diversos, pode-se estar diante da mesma lide, havendo potencial aplicação dos institutos da litispendência ou coisa julgada.

Nesse sentido, a decisão proferida pelo e. Tribunal Regional Federal da 4^a Região, na AC 2008.70.99.002854-0, Quinta Turma, Relator Luiz Carlos Cervi, D.E. 30/03/2009:

Cuida-se de *decisum* que extinguiu o feito, sem julgamento do mérito, em decorrência da existência de *coisa julgada*.

Com efeito, incontroverso é que a parte autora propôs demanda perante o Juizado Especial Federal, contra o INSS, requerendo a concessão dos benefícios de auxílio-doença ou de aposentadoria por invalidez, tendo a sentença (de improcedência) do feito transitado em julgado em 30-01-2007 (fls. 71/73).

Assim, entendo que as partes e o pedido da presente ação e da recém referida são idênticos, restando analisar, a fim de configurar a ocorrência ou não de *coisa julgada*, a existência de identidade entre a causa de pedir dos feitos, nos termos do art. 301, §§ 1º, 2º e 3º, do CPC.

Cumprе ressaltar que é possível o ajuizamento de nova ação pelo segurado contra o INSS (com o mesmo pedido) sempre que houver modificação da situação fática, o que não infringirá a coisa julgada, pois a causa de pedir será diferente. Nessa linha, o seguinte precedente desta Corte:

⁵⁸ Tais problemas práticos trazem a baila o vetor do incentivo à boa fé e a lealdade que adequadamente trabalha o processo colaborativo, já que “o processo não é uma luta ou um duelo, que se possa vencer a qualquer custo”. (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo Civil e Parte Geral do Direito Processual Civil. São Paulo: Atlas, 2010. p. 79).

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. BÓIA-FRIA. COISA JULGADA. INEXISTÊNCIA. SENTENÇA ANULADA. - Para a admissão da existência *de coisa julgada* é necessário, nos termos do § 2º do artigo 301 do CPC, que entre uma e outra demanda seja respeitado o chamado Princípio da Tríplice Identidade, ou seja, que haja identidade de partes, de pedido e de causa de pedir. A variação de quaisquer desses elementos identificadores afasta a ocorrência de *coisa julgada*. (AC 2001.70.01.001404-0, Quinta Turma, Rel. Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz, DJ 13/11/2002)

No entanto, no caso em apreço, entendo que se trata da mesma causa de pedir da primeira ação, porquanto, o autor não junta aos autos nenhum documento que comprove a modificação do seu estado mórbido. *Muito embora o autor tenha feito novo requerimento administrativo, este, por si só, não é suficiente a comprovar a alteração do seu estado de saúde.*

Ademais, o ajuizamento da presente ação ocorreu pouco mais de um mês após o transcurso do prazo da autora para apelar na ação anterior (fl. 74), a demonstrar a utilização indevida do aparato Judiciário: preferiu a parte autora tentar melhor sorte junto à Justiça Estadual a recorrer da sentença que lhe foi desfavorável no Juizado Especial Federal - e, ainda, sem mencionar essa ao ajuizar a segunda demanda.

Afora isso, cumpre transcrever trecho da sentença em que o magistrado *a quo* bem fundamentou o caso, *in verbis*:

"[...]

Não é o novo pedido administrativo que difere a causa de pedir, uma vez que as esferas administrativa e judicial são independentes, *estando a causa de pedir relacionada a alteração substancial no quadro de saúde do autor, o que deve ser suficientemente explicitado.* [...]"

Assim, nada demonstra que tenha havido alteração substancial na situação fática (estado de saúde do requerente), pois sequer a inicial junta o parecer contrário do perito que realizou a segunda perícia junto ao INSS para que se pudesse averiguar a situação.

A perícia judicial realizada no Juizado Especial de Apucarana (fls. 63/66 - 18-05-2006, ou seja, pouco mais de seis meses de propor a

ação na justiça estadual, o que ocorreu em 08-01-2007) revela que o autor não possui doença incapacitante, não havendo sequer restrição para o trabalho na agricultura, enfim concluindo ser ele apto para o trabalho. [...]

Inusitadamente, na retificação de fls. (sic) 33, aduz a autora que a presente ação, proposta após perícia negativa na justiça federal, se refere a benefício administrativo datado de 11.12.2006, aduzindo estar incapacitada para o trabalho, quando em 18.05.2006 já havia laudo judicial na justiça federal atestando exatamente o contrário, nada indicando que o estado de saúde estivesse a se piorar, o que se mostra processualmente temerário.

[...]"

Dessa forma, tenho que restou configurada a existência de *coisa julgada*, devendo ser extinto o presente processo, sem análise do mérito, nos termos do art. 267, V, do CPC.

Quanto ao pedido de afastamento da condenação por litigância de má-fé, entendo que não merece prosperar, uma vez que a parte autora mudou de órgão do Poder Judiciário (do Federal para o Estadual) pouco mais de um mês após o transcurso do seu prazo para apelar às Turmas Recursais do Paraná, sem mencionar na Justiça Estadual que havia litigado anteriormente no JEF, o que, a meu sentir, é suficiente para caracterizar a má-fé.

Assim, correta a sentença ao determinar seja enviada cópia do feito à OAB/PR, subseção de Ivaiporã, pois deve-se apurar a responsabilidade da advogada da parte autora (a qual patrocinou as duas causas), nos termos do art. 32, parágrafo único, da Lei 8.906/94.

Ante o exposto, voto por negar provimento à apelação.

Pontifica Marinoni⁵⁹ que:

O fato de uma relação continuativa poder abrir oportunidade a uma outra ação, diversa da que foi primitivamente proposta, exige que se verifique com cuidado se, na segunda ação, foi alegada uma verdadeira 'circunstância nova' ou uma circunstância velha sob roupagem nova.

59 MARINONI, 2010. p. 144.

É ônus do segurado explicitar na petição inicial a alteração do seu estado de saúde em relação a anterior demanda, mediante comprovação substancial dos fatos. Omissões sobre outra ação, bem como a ausência de novos documentos médicos, são indicativos da utilização do aparato judicial de forma indevida, prática que deve ser coibida com rigor. Para tanto, nosso sistema processual possui os mecanismos adequados, como os arts. 16, 17 e 18 do Código de Processo Civil. Destaca-se, ainda, dispositivo legal normalmente renegado no âmbito dos Juizados Especiais. Fala-se do art. 55 da Lei 9.099/95, que estabelece que “a sentença de primeiro grau não condenará o vencido em custas e honorários de advogado, ressalvados os casos de litigância de má-fé”. Portanto, evidenciada a má-fé no procedimento sumaríssimo, além das penas respectivas pela conduta, a parte deve ser condenada ao pagamento das custas e honorários, como meio de coibir a reiteração da prática.

3.2 DA AÇÃO RESCISÓRIA NO DIREITO PREVIDENCIÁRIO

O remédio para os alegados casos de injustiça está previsto no nosso ordenamento processual civil, ao propiciar o manejo da ação rescisória para atacar sentenças de mérito transitadas em julgado.

Informa o art. 485, VII, do CPC, que a sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando, depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pode fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável.

Ressaltam Didier e Cunha:

No caso de aposentadorias rurais, o conceito de documento novo deve ser alargado, admitindo-se a prova documental que, mesmo existente quando ainda em curso o processo originário e ainda que acessível ao trabalhador rural e dele conhecida, pode ser utilizada para o ajuizamento da ação rescisória, que, nesse caso, deve ser admitida e, até mesmo, acolhida.⁶⁰

Tal entendimento respeita a coisa julgada dentro do Estado Democrático de Direito, não obstante esteja vocacionado a garantir o direito material ao benefício previdenciário. Não se abre mão da ação rescisória, mas se admite, corretamente, interpretação extensiva do documento novo.

⁶⁰ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Curso de Direito Processual Civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 414.

Nesse sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL E PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. APOSENTADORIA POR IDADE. RURÍCOLA. CERTIDÃO DE CARTÓRIO ELEITORAL. INÍCIO RAZOÁVEL DE PROVA MATERIAL. CARACTERIZAÇÃO. DOCUMENTO NOVO. PREEXISTENTE AO ACÓRDÃO RESCINDENDO. CPC, ART. 485, VII. SOLUÇÃO PRO MISERO. ADOÇÃO. EXIGÊNCIA. PERÍODO DE CARÊNCIA. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES. I - Nos termos da assentada jurisprudência da Corte, considerando as condições desiguais vivenciadas pelo trabalhador rural, e adotando a solução pro misero, a prova, ainda que preexistente à propositura da ação originária, deve ser considerada para efeito do art. 485, VII, do CPC. Na hipótese dos autos, o documento novo acostado aos autos, consistente em Certidão de Cartório Eleitoral constitui início razoável de prova suficiente da atividade rurícola do Autor. II - Consoante jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, para fins de aposentadoria por idade, não é exigível, do trabalhador rurícola, a comprovação de período de carência. Precedentes. III - Ação rescisória procedente. (AR 1427/MS, Rel. Ministro GILSON DIPP, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 08/09/2004, DJ 11/10/2004 p. 231)

AÇÃO RESCISÓRIA. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. RURÍCOLA. CERTIDÃO DE CASAMENTO. DOCUMENTO NOVO. SOLUÇÃO PRO MISERO. PEDIDO PROCEDENTE. 1. A certidão de casamento, onde consta a profissão de lavrador do marido da segurada, constitui-se em início razoável de prova documental, que a ela deve ser estendida. Precedentes. 2. Embora preexistente à época do ajuizamento da ação, a jurisprudência da 3ª Seção deste Tribunal fixou-se no sentido de que tal documento autoriza a rescisão do julgado com base no artigo 485, inciso VII, do Código de Processo Civil, dadas as condições desiguais vivenciadas pelo trabalhador rural e adotando-se a solução pro misero. 3. Pedido procedente. (AR 789/SP, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/04/2004, DJ 01/07/2004 p. 168)

Muitos suscitarão a insuficiência do entendimento, já que várias ações previdenciárias tramitam nos juizados especiais federais, nos quais impera o entendimento do não cabimento da ação rescisória.

3.2.1 DA AÇÃO RESCISÓRIA NOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS

Reza o art. 59 da Lei nº 9.099/95, que não se admitirá ação rescisória nas causas sujeitas ao procedimento instituído por esta Lei.

A Lei nº 10.259/01, ao instituir os juizados especiais federais, foi omissa sobre o cabimento da ação rescisória no âmbito do procedimento federal.

Diante do art. 1º da Lei nº 10.259/01, ao dispor que se aplica, no que não conflitar, o disposto na Lei nº 9.099/95, discute-se a aplicação da ação rescisória nos juizados federais.

O Enunciado 44 do FONAJEF dispõe que “não cabe ação rescisória no JEF. O artigo 59 da Lei nº 9.099/95 está em consonância com os princípios do sistema processual dos Juizados Especiais, aplicando-se também aos Juizados Especiais Federais”.

Por outro lado, os argumentos a favor da incompatibilidade das leis ressaltam a presença da União e suas autarquias no polo passivo, as quais tutelam o interesse público primário e a expressa omissão da Lei nº 10.259/01 quanto à vedação do ajuizamento da ação rescisória no art. 3º.⁶¹

De nossa parte entende-se que parte um dos principais argumentos para o cabimento da ação rescisória liga-se à ideia de competência e ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário.

Com efeito, na Lei nº 9.099/95, a competência é relativa. O Juizado Especial Cível tem competência para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade, assim consideradas as causas cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo; as enumeradas no art. 275, inciso II, do Código de Processo Civil; a ação de despejo para uso próprio e as ações possessórias sobre bens imóveis de valor não excedente ao fixado no inciso I deste artigo (art. 3º). Ficam excluídas da competência

61 Art. 3º Compete ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos, bem como executar as suas sentenças. § 1º Não se incluem na competência do Juizado Especial Cível as causas: I - referidas no art. 109, incisos II, III e XI, da Constituição Federal, as ações de mandado de segurança, de desapropriação, de divisão e demarcação, populares, execuções fiscais e por improbidade administrativa e as demandas sobre direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos; II - sobre bens imóveis da União, autarquias e fundações públicas federais; III - para a anulação ou cancelamento de ato administrativo federal, salvo o de natureza previdenciária e o de lançamento fiscal; IV - que tenham como objeto a impugnação da pena de demissão imposta a servidores públicos civis ou de sanções disciplinares aplicadas a militares.

do Juizado Especial as causas de natureza alimentar, falimentar, fiscal e de interesse da Fazenda Pública, e também as relativas a acidentes de trabalho, a resíduos e ao estado e capacidade das pessoas, ainda que de cunho patrimonial. Todavia, mesmo sendo possível o autor ajuizar a demanda no JEC, poderá optar pela propositura da ação pelo procedimento comum, de rito ordinário ou sumário, nos quais, evidentemente, poderá se valer da ação rescisória. Então, ao demandar pelo rito sumariíssimo, há renúncia tácita da possibilidade de posterior ajuizamento da rescisória.

No âmbito do Juizado Especial Federal, não há possibilidade da escolha do procedimento, já que nos termos do art. 3º, §3º da Lei nº 10.259/01, no foro onde estiver instalada Vara do Juizado Especial, a sua competência é absoluta. Torna-se obrigatório o ajuizamento da ação no juizado, impedindo, ao contrário do sistema estadual, a utilização do procedimento comum.

Há, portanto, incompatibilidade entre as duas leis, não se aplicando, subsidiariamente, o art. 59 da Lei nº 9.099/95 no procedimento previsto pela Lei nº 10.259/01.

E, ainda, sobre o ângulo da competência, existem os casos dos segurados que não residem em cidade sede de juizado federal, que podem se subtrair do ajuizamento obrigatório sobre o rito da Lei nº 10.259/01, ao optarem pelo ajuizamento na comarca com competência sobre sua residência, com base no permissivo da competência delegada do art. 109, §3º da Constituição Federal de 1988.

Noutro norte, lembram Didier e Cunha da aceitação por parte do Supremo Tribunal Federal de ações rescisórias oriundas dos juizados especiais federais:

O STF vem julgando algumas ações rescisórias contra acórdão ali proferidos em processos oriundos de juizados especiais federais. A título exemplificativo, observe-se, aliás, que o Ministro Gilmar Mendes, ao apreciar a AR 1974 MC/SC, concedeu tutela antecipada, obstando a produção dos efeitos do acórdão rescindendo. Sendo certo que a Constituição Federal atribuiu ao STF competência para julgar as rescisórias de seus próprios julgados, parece que tal regra prevalece sobre o disposto no art. 59 da Lei nº 9.099/1995, valendo dizer que cabe ação rescisória de decisão do STF, ainda que proferida em recurso extraordinário interposto em processo do juizado especial cível. Em se tratando de sentença de juiz de juizado ou de acórdão de turma recursal, deve incidir a vedação legal, não cabendo ação rescisória. Nos Juizados Especiais Federais, porém, há

viva discussão sobre a possibilidade de ação rescisória, tendo em vista o silêncio da respectiva lei. Há decisões em ambos os sentidos. O Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais editou o enunciado n. 44, cuja redação é a seguinte, e que traz a aquela que parece ser a melhor solução: “Não cabe ação rescisória no JEF. O artigo 59 da Lei n. 9.099/95 está em consonância com os princípios do sistema processual dos Juizados Especiais, aplicando-se também aos Juizados Especiais Federais”. Caso se entenda pelo cabimento da ação rescisória contra a sentença de juiz de juizado ou contra acórdão da turma recursal, cumpre observar que a competência será da turma recursal, e não do tribunal a que vinculado o juiz. Nesse tido, assim entendeu o STJ no Resp 747.447/PR, rel. Min. Laurita Vaz, j. 17.98.2006, DJ de 02.10.2006, p. 302; RT 856/159.⁶²

Vozes levantarão para referir que basta tornar o trânsito obrigatório nos juizados especiais estaduais para que o argumento seja superado. No entanto, ainda teria-se que se enfrentar o problema sob o ângulo do princípio da igualdade da rescindibilidade das sentenças proferidas no âmbito da competência delegada para os segurados que por ela podem optar (e são muitos!) em face dos que são obrigados a litigar no juizado de sua cidade, sem o acesso ao juízo estadual.

De qualquer forma, predominando o entendimento da inviabilidade do manejo da ação rescisória no âmbito dos Juizados Federais, cresce, ainda mais, a necessidade da tramitação de um processo justo, conforme será abordado no próximo item.⁶³

4 DO PROBLEMA DA CELERIDADE DO PROCESSO E DA UTILIZAÇÃO DA LÓGICA DA NÃO PRECLUSÃO DO DIREITO AO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO

De acordo com Savaris, a adoção da possibilidade de repetição da demanda, após sua improcedência, mediante a utilização de novas provas, é “extremamente relevante em um tempo em que o processo previdenciário ganha marcha por vezes mais acelerada do que a devida”.⁶⁴

62 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Curso de Direito Processual Civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 8. Ed. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 366.

63 O Supremo Tribunal Federal negou repercussão geral ao assunto, no AI 808.968/RS, afirmando que a discussão sobre o cabimento da AR nos Juizados Especiais Federais não comporta matéria constitucional.

64 SAVARIS, José Antônio. *Direito Processual Previdenciário*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 86.

O processo previdenciário, evidentemente, visa à justiça do caso concreto, com tônica especial ao tratar de praticamente do único meio de subsistência da maioria dos cidadãos quando em estado de necessidade. Todavia, tenha-se em mente que “o processo não se presta tão somente para a elaboração de uma decisão, nem esta se legitima só por ter sido imposta segundo os cânones do rito, mas também por ter feito justiça.”⁶⁵ Então, o processo previdenciário, ao lidar com a dignidade da pessoa humana, não pode ser uma simples sucessão de atos em busca de qualquer sentença. Toda sentença previdenciária é qualificada pelo benefício vindicado, pela busca de proteção a determinado risco social⁶⁶, razão pela qual deve ser conduzido com segurança na busca da verdade provável dos fatos.

Importa ressaltar que o valor da efetividade possui sua tônica não somente em termos do fator tempo do processo, como normalmente invocado, mas também em relação ao conteúdo das decisões judiciais na solução dos casos concretos de forma justa, com respeito ao direito fundamental ao processo justo.⁶⁷ Resumir o valor da efetividade somente sob o viés da celeridade, do fator tempo, é reduzir o âmbito de concretização do princípio à luz de somente um dos lados da moeda, situação que pode levar a periclitación do direito material em jogo.

O processo não pode ser orientado sob a promessa de possibilidade de repetição da demanda quando da coleta de novas provas, devendo sempre haver preferência para o julgamento do mérito da demanda, conforme apregoam Oliveira e Mitidiero:

2. Um formalismo processual organizado a partir da ideia de colaboração pressupõe a justiça do caso concreto como finalidade central do processo e a relativização do binômio direito e processo, de modo que se outorgue sempre preferência ao exame do pedido de tutela do direito formulado pela parte em detrimento da extinção do processo sem resolução de mérito ou do não conhecimento de determinada postulação por problemas puramente processuais. O juiz ocupa um duplo papel no processo: é paritário no diálogo e

65 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: Proposta de um formalismo-valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 247.

66 Segundo Fernandes “modernamente, se utiliza a expressão contingência social em lugar de risco social.” (FERNANDES, Annibal. *Comentários à Consolidação das Leis da Previdência Social: PRORURAL: acidentes do trabalho rural*. São Paulo: Atlas, 1986. p. 22).

67 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: Proposta de um formalismo-valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 111.

assimétrico na decisão. Vale dizer: ao longo do processo, o juiz faz observar e ele mesmo observa – isto é, submete-se – ao contraditório; quando decide, contudo, impõe-se a sua decisão, cuja imperatividade vincula as partes.⁶⁸

Nesta perspectiva, a coisa julgada *secundum eventum probationis* “não deve implicar [...] uma justificação para uma condução acelerada do processo.”⁶⁹ O processo deve ser solvido adequadamente quando da sua primeira apreciação pelo Poder Judiciário, tendo-se em mente que a repetição de demandas coloca em risco caros valores da sociedade.

E novamente em assídua advertência escreve Oliveira:

Impõe-se advertir, outrossim, que a justa preocupação com a celeridade não pode acarretar drástica perda de qualidade, a constituir igualmente denegação de justiça. A *efetividade virtuosa* não pode ser substituída por uma *efetividade perniciosa*, símbolo de uma mentalidade tecnoburocrática, preocupada mais com a performance, com a estatística, do que com os valores fundamentais do processo.⁷⁰

Tem-se, assim, que a atual realidade vivenciada no processo previdenciário⁷¹, assolada pela visão gerencial das empresas privadas, em crescente assimilação pelo setor público, muitas vezes tem colocado o segurado em segundo plano, abaixo do vetor das metas a serem alcançadas, merecendo reflexão acurada sob o ângulo da tramitação dos feitos.

Em conclusão sobre a aplicação da coisa julgada *secundum eventum probationis* ao processo previdenciário, Savaris⁷² também incursiona sobre os temas de processo efetivo e segurança, defendendo corretamente que a adoção de tal teoria não pode fomentar a condução de uma instrução acelerada da demanda, fazendo coro para uma postura cooperante do juiz previdenciário, visando encerrar o processo com uma adequada busca dos fatos que compõem o tema a ser decidido. Em seguida finaliza:

68 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo Civil e Parte Geral do Direito Processual Civil*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 78.

69 SAVARIS, José Antônio. *Direito Processual Previdenciário*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 90.

70 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: Proposta de um formalismo-valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 15.

71 O processo administrativo previdenciário também não escapa do referido influxo.

72 SAVARIS, José Antônio. *Direito Processual Previdenciário*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 90-91.

Estamos em condições de justificar a passagem do tema da coisa julgada previdenciária (segundo a prova estabelecida nos autos) ao da verdade real, para desde logo afirmar, no processo previdenciário, a primazia da busca pela verdade real sobre a coisa julgada previdenciária. *Melhor é que se busque a verdade real do que se tenha de valer da coisa julgada previdenciária (com a não-preclusão do direito previdenciário). Também é melhor o processo conduzido com segurança – manifestando cognição digna de ser chamada de plena e exauriente – e célere quanto possível, do que o processo que celeremente chega ao final para não julgar o mérito por falta de prova material.* Se a primazia fosse atribuída à coisa julgada previdenciária em relação à verdade real, teríamos os ingredientes necessários para uma aproximação caótica do processo judicial previdenciário às linhas do processo administrativo conduzido pela entidade previdenciária, onde se sucedem indefinidamente os requerimentos de concessão de benefício que são encaminhados sem qualquer respeito às formas constitucionais processuais.⁷³

O que importa à guisa de conclusão é que, com a vedação da justiça privada, o Estado passou a deter o monopólio da jurisdição que é prestada por intermédio do processo mediante o exercício da ação processual.⁷⁴ Para tanto, a prestação jurisdicional deve garantir o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, conforme apregoa Ribeiro:

O monopólio da jurisdição é o resultado natural da formação do Estado, que traz consigo consequências tanto para os indivíduos como para o próprio Estado. Para os primeiros afastou definitivamente a possibilidade de realizações imediatadas por parte de qualquer titular, conseqüentemente eles se encontram impedidos de atuar privadamente para a realização de seus interesses. Para o segundo, o monopólio criou o dever de prestar a tutela jurisdicional efetiva, a qualquer pessoas que o solicite. A soma destas consequências gera, indistintamente, para todas as pessoas da comunidade, uma promessa de proteção a todos àqueles que necessitem de justiça, sendo assim, desde que o Estado monopolizou a distribuição da justiça se comprometeu, como

73 SAVARIS, José Antônio. *Direito Processual Previdenciário*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 91-92, grifos nossos.

74 O recurso à ação processual é indispensável desde que o Estado se atribuiu o monopólio da jurisdição (Justiça estatal) ou permitiu o seu exercício por juízes privados (Justiça arbitral). (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo Civil e Parte Geral do Direito Processual Civil. São Paulo: Atlas, 2010. p. 7)

consequência direta deste monopólio, a garantir e assegurar a proteção daqueles indivíduos que necessitam dela.⁷⁵

Nesta realidade, existem determinadas normas estruturantes do formalismo processual que contemplam uma espécie de estatuto básico das partes em face do juiz, da outra parte e de terceiros, atuando na estruturação do desenvolvimento do processo⁷⁶, como o princípio dispositivo, o direito de defesa, da independência do juiz, do juiz natural, da publicidade processual, da submissão do juiz à lei, do livre convencimento do juiz⁷⁷, da motivação das decisões judiciais e do devido processo legal.

75 RIBEIRO, Darci Guimarães. Acesso aos tribunais como pretensão à tutela jurídica. In: RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 36-38.

76 Sobre o desenvolvimento histórico das referidas normas estruturantes do formalismo: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: Proposta de um formalismo-valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 118-131.

77 Também o desiderato de circunscrever o arbítrio judicial, e nesse ponto em área de particular importância, informa a maior ou menor liberdade atribuída ao órgão judicial para a apreciação das provas, conforme uma escala que varia do chamado princípio da prova legal ao princípio do livre convencimento, com conseqüente necessidade de motivação de seus pronunciamentos". (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: Proposta de um formalismo-valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 125). No âmbito do direito previdenciário é conhecida a limitação da comprovação do tempo de serviço mediante início razoável de prova material, conforme exigência do art. 55, §3º da Lei nº 8.213/91, que dispõe: "A comprovação do tempo de serviço para os efeitos desta Lei, inclusive mediante justificativa administrativa ou judicial, conforme o disposto no art. 108, só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento". Na jurisprudência: "AGRAVO INTERNO. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA. RURÍCOLA. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CORROBORADA POR TESTEMUNHAL. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE (SÚMULA 7/STJ). 1. Imprescindível, para fins de comprovação do labor rurícola e a concessão do benefício de aposentadoria, a produção de início de prova material, contemporânea aos fatos, corroborada por prova testemunhal robusta e idônea. 2. A análise do conjunto probatório dos autos, a atestar o labor rurícola, implica em reexame de matéria fática, o que encontra óbice na Súmula 7 desta Corte. 3. Agravo interno ao qual se nega provimento. (AgRg no REsp 857.579/SP, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 23/03/2010, DJe 19/04/2010)". Todavia, os tribunais têm abrandado a interpretação da norma quando se trata de comprovação de tempo de serviço do boia-fria: "PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS. SALÁRIO-MATERNIDADE. TRABALHADORA RURAL. BÓIA-FRIA. PROVA TESTEMUNHAL. CONDIÇÃO DE SEGURADA DEMONSTRADA. IMPLANTAÇÃO. PRAZO. MULTA. 1. Tratando-se de trabalhador rural bóia-fria, a exigência de apresentação de início de prova material é tratada com temperamento, de forma que é aceita a prova exclusivamente testemunhal nessas situações. 2. Confirmado o exercício de atividade rural nos 10 meses anteriores ao nascimento, reputam-se preenchidos os requisitos legais para a concessão do salário-maternidade. 3. No tocante ao prazo assinalado para a implantação do benefício, esta Corte tem entendido que o prazo de 45 dias mostra-se razoável para que a autarquia atenda aos comandos sentenciados. 4. Com arrimo na remansosa posição desta Turma, a multa diária, para o caso de descumprimento da determinação de implantação do benefício, por força da antecipação da tutela, é

Todos os princípios, na verdade, enfeixam o conceito de devido processo legal processual ou do direito fundamental ao processo justo⁷⁸, ou como afirma Mitidiero, “a fórmula mínima do devido processo legal processual”⁷⁹, sendo que, “fora daí, fere-se nosso perfil constitucional de processo.”⁸⁰

E no afã de se livrar de formalidades excessivas do processo civil, não se tem dado conta, que procedimentos adotados em nome da celeridade não estão por negar a aplicação de dispositivos do Código de Processo Civil, mas desrespeitando os princípios constitucionais do processo, em especial o devido processo legal.

Não há como se ver com bons olhos, por exemplo, o Enunciado 84 do FONAJEF ao expressar que “não é causa de nulidade nos juizados especiais federais a mera falta de intimação das partes da entrega do laudo pericial”. O enunciado fere o núcleo essencial do princípio do contraditório insculpido no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, conforme acertadamente analisa Savaris⁸¹:

É da essência do devido processo legal que as partes possam influenciar no julgamento da decisão, debatendo as questões de fato e de direito que circunscrevem o conflito deduzido em Juízo. Nas ações previdenciárias por incapacidade, por exemplo, é imperioso que as partes tenham oportunidade de se manifestar sobre o laudo médico pericial, via de regra o elemento de prova decisivo nesta espécie de feito. O debate sobre tal prova atende ao postulado do contraditório, visto que apenas se assegura a efetivação da participação processual quando a parte tem oportunidade de demonstrar eventual inconsistência da prova técnica, elaborar quesitos complementares ou mesmo apresentar documentos que supervenientemente julgar necessários para a comprovação do fato constitutivo de seu direito à prestação da Seguridade Social.

devida no patamar de R\$ 50,00 (cinquenta reais). (TRF4, AC 0003458-03.2010.404.9999, Quinta Turma, Relator Ricardo Teixeira do Valle Pereira, D.E. 14/06/2010)”.

78 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo Civil e Parte Geral do Direito Processual Civil*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 28.

79 MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 44.

80 MITIDIERO. *Ibid.*, p. 45.

81 SAVARIS, José Antônio. *Direito Processual Previdenciário*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 137.

Nesse sentido, assentou a Ministra Ellen Gracie:

Conforme decidido pela Segunda Turma desta Corte, no julgamento do AI 335.076-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, unânime, DJ de 07/02/2003, *o fato de os juizados especiais cíveis e criminais atenderem aos princípios da celeridade e da economia processual não pode provocar o desrespeito aos postulados da ampla defesa e do devido processo legal*. No presente processo, os recorrentes ficaram impedidos de produzir prova em audiência e de inquirir a testemunha arrolada, porque não foram intimados para esse ato processual de essencial para a apuração da verdade. O dano sofrido é inquestionável, pois o pedido deduzido pela recorrida foi julgado procedente. (RE 260.776, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 16/09/05)

E, com essa conclusão, abre-se o caminho para o futuro estudo de algumas bases do processo previdenciário na ótica do direito processual civil contemporâneo. De forma mais específica, torne pertinente analisar as normas estruturantes do formalismo processual, que compreendem o estatuto básico dos sujeitos processuais na estruturação do desenvolvimento do processo, às luzes do direito previdenciário, com vistas a otimizar o direito fundamental ao processo [previdenciário] justo.

5 CONCLUSÕES

Há, no direito previdenciário, vozes buscando a aplicação da coisa julgada *secundum eventum probationis* nas demandas individuais como forma de remediar decisões injustas. A teoria da cognição adotada pelo processo judicial brasileiro exige plenitude e exaurimento, não havendo autorização para aplicação da cognição *secundum eventum probationis* em demandas individuais previdenciárias. O processo previdenciário, quer orientado pelo rito ordinário ou pelo rito sumaríssimo dos Juizados Especiais Federais, é sempre de cognição plena e exauriente. O instituto da coisa julgada material é pressuposto de existência do Estado Democrático de Direito, não sendo mera regra infraconstitucional de processo. O argumento da injustiça da decisão não sustenta satisfatoriamente a necessidade de adoção da coisa julgada *secundum eventum probationis* no direito previdenciário. O princípio *pro misero* não pode ser aplicado em matéria probatória, ao menos que possua uma significação própria no direito previdenciário, diversa da forjada no direito do trabalho, da qual foi importado. Os efeitos do tempo abarcam a conformação do benefício previdenciário, mesmo que concedido inadequadamente, em prejuízo do segurado, o qual não poderá ser objeto de revisão após o

transcurso do prazo previsto no art. 103 da Lei nº 8.213/91. Havendo insuficiência de provas, o processo individual previdenciário deve ser julgado improcedente, não se admitindo renovação da demanda sob alegação de novas provas. No entanto, não se pode proferir uma sentença denegatória por insuficiência de provas sem antes instaurar a cooperação no procedimento visando à solução adequada do processo. Se existem provas que levariam a uma solução diversa, tais provas devem ser produzidas na primeira ação, mediante a tramitação de um processo que, ao final, possa ser chamado de justo. O processo previdenciário não pode ser orientado sob a promessa de possibilidade de repetição da demanda quando da coleta de novas provas, devendo sempre haver preferência para o julgamento do mérito da demanda, mediante a tramitação de um processo que possa, ao final, ser chamado de justo. O processo deve ser solvido adequadamente quando da sua apreciação pelo Poder Judiciário, tendo-se em mente que a repetição de demandas coloca em risco caros valores da sociedade. O remédio para decisões injustas é a ação rescisória que deve ser admitida, inclusive, no âmbito dos Juizados Especiais Federais.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Armando de Oliveira. *Compêndio de Seguro Social*. Rio de Janeiro: FGV, 1963.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BIGOLIN, Giovani. *Segurança Jurídica: A estabilização do ato administrativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BODNAR, Zenildo. A concretização jurisdicional dos direitos previdenciários e sociais no Estado Contemporâneo. In: LUGON, Luiz Carlos de Castro; LAZZARI, João Batista (Coord). *Curso Modular de Direito Previdenciário*, Florianópolis: Conceito, 2007.

BOLLMANN, Vilian. *Hipótese de incidência previdenciária e temas conexos*. São Paulo: LTr, 2005.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 5 ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Curso de Direito Processual Civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 8. Ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

FERNANDES, Annibal. *Comentários à Consolidação das Leis da Previdência Social: PRORURAL: acidentes do trabalho rural*. São Paulo: Atlas, 1986.

LUGON, Luiz Carlos de Castro; LAZZARI, João Batista (Coord). *Curso Modular de Direito Previdenciário*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa Julgada Inconstitucional: A retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *A prova no direito previdenciário*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009.

MITIDIERO, Daniel; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo Civil e Parte Geral do Direito Processual Civil*. São Paulo: Atlas, 2010.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: RT, 2009.

MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: Proposta de um formalismo-valorativo*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PAULA, Carlos Alberto Reis de. *A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001.

RIBEIRO, Darci Guimarães. *Acesso aos tribunais como pretensão à tutela jurídica*. In: RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ROBERTI JÚNIOR, João Carlos Barros Roberti Junior. A relativização da coisa julgada material nas ações previdenciárias. *Revista de Doutrina da 4ª Região*. Porto Alegre, n. 35, abril, 2010. Disponível em <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edição035/joao_riberti.html> Acesso em: 06 jul. 2010.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2003, v. 1.

SAVARIS, José Antônio. *Direito Processual Previdenciário*. Curitiba: Juruá, 2008.

SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*. 18. ed. São Paulo; Ltr, 1999, v. 1.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*. São Paulo: RT. 2005.

TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma Teoria Geral do Processo*. Disponível em <www.tex.pro.br> Acesso em: 01 ago. 2002.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.



**O NEOPROCESSUALISMO, O
FORMALISMO-VALORATIVO E SUAS
INFLUÊNCIAS NO NOVO CPC**

***THE INFLUENCES OF THE NEOCONSTITUTIONALITY
AT THE NEW CPC***

Haroldo Lourenço

Advogado, palestrante e consultor jurídico no RJ

Mestrando na Universidad de Jaén (Espanha)

Pós-graduado em Direito Processual Civil (UFF)

Pós-graduado em Processo Constitucional (UERJ). Professor de Direito Processual

Civil nos seguintes cursos (presencial telepresencial e on line)

SUMÁRIO: Introdução; 1 Fases Metodo lógicas do processo civil; 1.1 Praxismo (ou fase sincretista); 1.2 Processualismo (ou fase do autonomismo); 1.3 Instrumentalismo; 1.4 Neoprocessualismo ou formalismo valorativo ou formalismo ético; 2 Algumas considerações sobre o neoconstitucionalismo; 2.1 Nova dogmática interpretativa; 2.2 Constitucionalização do Processo;

3 Algumas considerações sobre neoprocessualismo; 3.1 Instrumentalidade e Formalismo-valorativo; 3.2 Combate ao formalismo excessivo; 4 Influências de tais postulados no Novo CPC; 4.1 Algumas notas positivas sobre a consagração dos princípios; 4.2 Algumas notas negativas na consagração dos princípios; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente trabalho busca analisar algumas premissas do neoconstitucionalismo e, principalmente, suas influências no processo civil, como o formalismo valorativo e o neoprocessualismo. Para tanto, mostrou-se necessária uma análise das fases metodológicas do processo civil e, para finalizar, o impacto de tais idéias no Anteprojeto de Lei para um Novo CPC.

PALAVRAS-CHAVE: Neoconstitucionalismo. Neoprocessualismo. Formalismo valorativo. Teoria dos Precedentes. Novo CPC.

ABSTRACT: This work want to analyse some neoconstitutionality assumptions and their influencies at civil law. It was necessary analyse methodological stages of civil law, and to finish it, see how it works at the New CPC project.

KEYWORDS: Neoconstitutionality. Formalism evaluative Theory of Precedent. New CPC.

INTRODUÇÃO

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

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

O mencionado projeto foi apresentado ao Senado Federal, tendo sido designado pelo no. 166/10. A principal justificativa para tal empreitada, apesar de inúmeros juristas entenderem ser desnecessário¹, foi o fato de que o CPC vigente, após inúmeras reformas e alterações legislativas, teria perdido a sistematicidade.

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

Realmente é notório que o projeto busca reestruturar o CPC, à luz dos paradigmas doutrinários e jurisprudenciais, corrigindo ou

¹ Nesse sentido já se manifestaram diversos juristas. Gilmar Mendes: "Não tenho muita segurança de que seja necessário um novo CPC. Mas é preciso simplificar ritos, como já é feito nos Juizados Especiais. Além disso, a sociedade brasileira precisa encontrar formas alternativas, como conciliação e arbitragem". Ada Pellegrini Grinover: "...a simples edição de um novo CPC não bastará para dar maior celeridade aos processos, porque se trata de um problema de mentalidade. Segundo ela, seriam necessários estudos para identificar os problemas que atrasam o andamento dos processos nos cartórios, o que até hoje não foi feito." Fonte: <<http://www.portaldoholanda.com/noticia/44231-ministros-do-stf-e-advogados-discutem-a-necessidade-de-um-novo-cpc>>. Acesso em: 20.09.2011. De igual modo, com conclusão semelhante: *Relatório com a síntese das conclusões e sugestões do grupo de discussões no I Encontro nacional dos jovens processualistas*. Faculdade do Largo de São Francisco, 04 e 05 de dezembro de 2008. Relator: Fredie Didier Jr. (BA - relator). Demais membros: Dierle José Coelho Nunes (MG), Graciela Marins (PR), Heitor Vitor Mendonça Sica (SP), Marcos André Franco Montoro (SP), Paulo Magalhães Nasser (SP), Rita Quartieri (SP), Mirna Cianci (SP), Roberto Gouveia Filho (PE), Sandro Gilbert Martins (PR), Sidnei Amendoeira Jr. (SP), Valéria Lagrasta (SP), Robson Godinho (RJ), Antônio do Passo Cabral (RJ) e Alexandre Bahia (MG). Fonte: <<http://www.frediedidier.com.br>>. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. *O projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 56.

eliminando os institutos vistos como inadequados e acrescentando novos. Tenho, contudo, dúvida em afirmar que está sendo criado um “Novo CPC”, sem amesquinhar o projeto, mas parece que o Código Buzaid está sendo, somente, organizado e sistematizado.

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

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

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

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

No intento dessa sintonia fina busca-se uma harmonia da lei ordinária com a Constituição, incluindo-se no Código princípios constitucionais processuais. Por outro lado, muitas regras foram concebidas, dando concreção a princípios constitucionais, como, por

² Com a mesma impressão: BORRING, Felipe. Considerações iniciais sobre a teoria geral dos recursos no Novo Código de Processo Civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 5, v. VII, jan./jun. p. 27-28.

³ DONIZETTI, Elpídio. *Reflexões de um juiz cristão - sobre os meandros da Comissão do Novo CPC*. Fonte: <<http://www.elpidiodonizetti.com.br>, acessado em 20.09.2011>. No mesmo sentido, Ricardo de Barros Leonel, Disponível em: <<http://www.professorcostamachado.com.br>>. Acesso em: 20 set. 2011, mesmo sem ser integrante da Comissão.

exemplo, as que prevêm um procedimento, com contraditório e produção de provas, prévio à decisão que desconsidera a pessoa jurídica, em sua versão tradicional, ou “às avessas”⁴.

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

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

1 FASES METODOLÓGICAS DO DIREITO PROCESSUAL

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

1.1 PRAXISMO (OU FASE SINCRETISTA)

Ocorria uma confusão entre o direito material e o processual, o processo era estudado apenas em seus aspectos práticos, sem

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

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

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

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

1.2 PROCESSUALISMO (OU FASE DO AUTONOMISMO)

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

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

1.3 INSTRUMENTALISMO

O processo, embora autônomo, passa a ser encarado como instrumento de realização do direito material, a serviço da paz social. Como a primeira fase metodológica não visualizava o processo

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

como instituição autônoma, a segunda fase acabou enfatizando, demasiadamente, a técnica, o formalismo.

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

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

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

1.4 NEOPROCESSUALISMO OU FORMALISMO VALORATIVO OU FORMALISMO ÉTICO

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

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

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

2 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O NEOCONSTITUCIONALISMO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Nessa linha, o processo é um importante mecanismo de afirmação dos direitos reconhecidos na Constituição. A expressão “neo” (novo) chama a atenção do operador para mudanças paradigmáticas, pois o Direito não pode ficar engessado aos métodos arcaicos, engendrados pelo pensamento iluminista do século XVIII¹³, devendo ser focado em

11 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais*. Disponível em: <www.alvarodeoliveira.com.br>.

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

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

sua concretização, em pensamentos contemporâneos, não se dissociando da realidade e das múltiplas relações sociais, políticas e econômicas. Esse é o desafio dos estudiosos ao combater o imobilismo conceitual, buscando práticas mais adequadas a aquilo que a Constituição põe como objetivo fundamental, que é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I da CF/88).

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

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

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

- (i) Sobre o aspecto *histórico*, as transformações mais importantes no Direito Constitucional contemporâneo se deram a partir da 2ª Grande Guerra Mundial, na Europa, pois, com a derrota dos regimes totalitários, verificou-se a necessidade de serem criados catálogos de direitos e garantias fundamentais para a defesa do cidadão, frente aos abusos que poderiam vir a ser

Democrático de Direito, organizado e controlado por um documento denominado Constituição, com o poder na mão do povo, assegurando a igualdade, liberdade e fraternidade.

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

cometidos pelo Estado ou por quaisquer detentores do poder em quaisquer de suas manifestações (político, econômico, intelectual etc.), bem como mecanismos efetivos de controle da Constituição (jurisdição constitucional).

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

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

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

Seria de pouca valia os direitos fundamentais se não dispusessem de aplicabilidade imediata, porque não passariam de meras e vagas promessas. A tal raciocínio denomina-se de pós-positivismo, na medida em que os princípios jurídicos deixam de ter aplicação meramente secundária, como forma de preencher lacunas, para ter relevância jurídica na conformação judicial dos direitos.

Nessa linha, por exemplo, o artigo 126 do CPC, reprodução do art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro¹⁵, que é de 1942, consagra a proibição ao *non liquet*, impondo ao magistrado ter que decidir o litígio, não podendo abster-se, demonstra esse resquício, pois não resiste às interpretações

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

evolutivas do direito e teológica do papel do juiz, na medida em que a norma jurídica, enquanto resultado do processo hermenêutico, não mais se enquadra na arcaica visão da decisão enquanto um silogismo jurídico (premissa maior: a regra jurídica; premissa menor: os fatos; e conclusão), seja porque se adota no Brasil, desde a Constituição Republicana de 1891, o judicial *review* (isto é, o controle difuso da constitucionalidade), nos moldes norte-americanos, decorrente do caso *Marbury vs. Madison* (1803), com a possibilidade de se negar – no plano formal e/ou material - validade à regra jurídica por se opor a um princípio constitucional, seja porque a técnica legislativa se ampara cada vez mais nas cláusulas gerais (p. ex., art. 421, CC/02, ao tratar da função social do contrato; art. 1228 §1º CC/02, ao prever a função social da propriedade; art. 113 do CC/02, prevendo que os contratos devem ser interpretados à luz da boa-fé etc.), sendo os textos legislativos polissêmicos, a possibilitar mais de uma interpretação possível.

Em conformidade com esse artigo, os “princípios gerais do direito” são a última fonte de integração das lacunas legislativas. Há uma grave imprecisão, inadequada à nova realidade do pensamento jurídico. Em 1942, norma era a lei, entendida como regra; princípios não tinham eficácia normativa; dependiam das regras para concretizar-se. O pensamento mudou; a interpretação há de mudar, também. O juiz não decide a “lide” com base na lei; o juiz decide a “lide” conforme o “Direito”, que se compõe de todo o conjunto de espécies normativas, inclusive os princípios. Os princípios não estão “fora” da legalidade, entendida essa como o Direito positivo: os princípios a compõem¹⁶.

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

Afirmar a força normativa da Constituição é afastar o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político. Sua concretização ficava, invariavelmente,

16 DIDIER Jr., Fredie. Editorial 72, de 26.10.2009.

condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição¹⁷.

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

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

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

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

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

Posturas do Judiciário, que demonstram claramente um ativismo judicial, como a concessão de remédio para aids¹⁹ devem sempre ser lembradas¹⁹.

Como última barreira à atuação do Poder Judiciário, impõe-se o mito do legislador positivo, pelo qual o juiz pode, nos moldes do pensamento iluminista, apenas declarar a vontade concreta da lei ou, no máximo, atuar como legislador negativo declarando a inconstitucionalidade de uma lei contrária à Constituição, não tendo ampla liberdade para a concretização de direitos. Tal compreensão não se compatibilizando com o modelo de Estado previsto na Constituição Brasileira de 1988, requerendo, além das prestações negativas para a garantia dos direitos de liberdade, também prestações positivas inerentes à implementação de direitos fundamentais à subsistência, à alimentação, ao trabalho, à educação, à saúde e à moradia²⁰.

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

2.1 NOVA DOGMÁTICA INTERPRETATIVA

Nesse contexto, gradualmente, a lei deixou de ser o centro do ordenamento jurídico. Algumas mudanças fundamentais podem ser

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

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

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

21 DIDIER Jr., Fredie. *Teoria do Processo e Teoria do Direito: o neoprocessualismo*. Fonte: <<http://www.academia.edu/>>. p. 6.

apontadas: princípios ao invés de regras (ou mais princípios do que regras); ponderação no lugar de subsunção (ou mais ponderação do que subsunção); justiça particular em vez de justiça geral (ou mais análise individual e concreta do que geral e abstrata); Poder Judiciário em vez de Poder Executivo ou Legislativo (ou mais Poder Judiciário e menos Poder Legislativo ou Executivo); Constituição em substituição à lei (ou maior, ou direta, aplicação da constituição em vez da lei)²².

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

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

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

Para dar conteúdo ao referido valor, uma das duas interpretações deve ser considerada, necessariamente, falsa, tornando a dignidade humana um valor relativo às circunstâncias situacionais importas pelo

22 ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. *Revista Eletrônica de Direito de Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, jan./fev./mar. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 26 abr. 2010.

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

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

25 Cfr. STF, ADPF nº 54.

caso concreto. Nesse contexto, quanto ao papel da norma verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo, bem como o papel do juiz não é apenas a de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo²⁶.

2.2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO

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

A lei (e sua visão codificada do século XIX) perdeu sua posição central como fonte do direito e passou a ser subordinada à Constituição, não valendo, por si só, mas somente se conformada com a Constituição e, especialmente, se adequada aos direitos fundamentais. A função dos juízes, pois, ao contrário do que desenvolvia Giuseppe Chiovenda, no início do século XX, deixou de ser apenas atuar (declarar) a vontade concreta da lei e assumiu o caráter constitucional, possibilitando, a partir da judicial *review*, o controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos.

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

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

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

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

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

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

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

Nesse conjunto de garantias e princípios constitucionais processuais incluem-se o direito de ação, a ampla defesa, a igualdade e o contraditório efetivo, o juiz natural, a publicidade dos atos processuais, da independência e imparcialidade do juiz, a motivação das decisões judiciais, a possibilidade de controle recursal das decisões etc. Desse modo, pode-se afirmar que o direito ao processo justo é sinônimo do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada.

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

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

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

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

3 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE NEOPROCESSUALISMO³²

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

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

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

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

Negativamente, como a instrumentalidade se combate o formalismo, afastando a visão do processo como um conjunto de armadilhas ardilosamente preparadas pela parte mais astuta em detrimento da mais incauta, todavia, sem gerar alternativismo destrambelhado, capaz de produzir a insegurança jurídica. Positivamente, com a instrumentalidade o processo torna-se apto a produzir todos os seus escopos institucionais (jurídicos-políticos-sociais), como na ampliação dos Juizados Especiais,

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

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

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

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

ampliação das defensorias públicas, consolidação do papel do Ministério Público, o dinamismo do processo na relação entre as partes, entre elas e o juiz, como entre o juiz e o processo, a plenitude e a restrição das garantias processuais, dentro da proporcionalidade, a justiça das decisões, a efetividade das decisões (como a melhor distribuição do ônus do tempo, a ampliação das sentenças mandamentais e executivas *lato sensu*, a concretização dos provimentos urgentes baseados em cognição sumária, o abandono da rígida separação entre cognição e execução, a desmitificação da verdade processual “*obtida*” formalmente com a coisa julgada etc.).

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

Nesse contexto, alguns pontos assumem grande relevância: o princípio da adequação do procedimento à causa; pensar na tutela de interesses coletivos³⁶, pois o CPC foi idealizado em uma visão individualista, bastando consultar o seu art. 6º (que disciplina que a regra é ir a juiz em nome próprio, na defesa de direito próprio) e 472 (limites subjetivos da coisa julgada material); a melhor distribuição do tempo como um ônus a ser dosado de forma isonômica entre as partes; a aproximação da cognição à execução, incentivando poderes de efetivação da decisão, como o previsto no art. 461 §5º do CPC (princípio da atipicidade dos meios executivos)³⁷; a ampliação das chamadas cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados, superando o princípio da congruência (art. 128 c/c 460), permitindo-se, mesmo sem pedido expresso, que o juiz aplique o meio necessário à efetividade da tutela jurisdicional.

A EC 45/04 ressaltou a necessidade da razoável duração do processo, enfatizando a necessidade de ampliação de técnicas como as do art. 273, 461 e 84 do CPC, adotando-se meios de coerção diretos

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

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

e indiretos³⁸, bem como uma maior adoção do sincretismo processual, extinguindo-se o processo autônomo de execução, transformando-o em uma fase executiva (cumprimento de sentença, na forma do art. 475-I).

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

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

Desde as lições de Luigi Ferrajoli⁴⁰, o garantismo se sustenta em três pilares: o Estado de Direito, a teoria do direito e a crítica do direito e, por último, a filosofia e a crítica da política. Enfim, busca-se um aporte teórico da democracia, em sentido substancial, que só se realiza com respeito aos direitos fundamentais, influenciando na construção do neoprocessualismo.

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

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

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

40 Cfr. Derecho e razón. *Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 2001. p. 851 e seg.

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

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

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

3.1 INSTRUMENTALIDADE E FORMALISMO-VALORATIVO

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

No Liebman fundou a Escola Paulista de Processo, contando com ilustres discípulos como Alfredo Buzaid, Moacir Amaral Santos, José Frederico Marques (1ª fase da escola), bem como Dinamarco e Ada Pellegrini Grinover (2ª fase da escola), inaugurando o estudo da instrumentalidade do processo, onde o direito processual civil passou a regular o modo de atuação em concreto do conteúdo das normas jurídicas. O processo passou a objetivar aspectos jurídicos, sociais e políticos.

A instrumentalidade tem vasta aplicação na doutrina pátria, passando a ser o núcleo e a síntese dos movimentos de aprimoramento do sistema processual. O processo é instrumento e *"todo instrumento,*

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

*como tal, é meio; e todo meio só é tal e se legitima, em função dos fins a que se destina*⁴².

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

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

Nesse sentido:

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

Tais visões inauguram caminhos distintos a trilhar no que toca à evolução do processo civil. Tanto que na visão instrumentalista de Dinamarco, as formas seriam “apenas meios preordenados aos objetivos específicos em cada momento processual”. Não se distinguem forma em sentido estrito e forma em sentido amplo. Para Alvaro de Oliveira, o formalismo-valorativo, ou forma em sentido amplo, é muito mais do que estes meios preordenados: é limite de

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

43 Em obra premiada com a medalha mérito Pontes de Miranda da academia brasileira de letras jurídicas: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*: proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. rev. atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2010. Posteriormente, o mesmo autor, com o objetivo de refinar as idéias lançadas no mencionado livro: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. O formalismo valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista Forense*, v. 388, p. 11-28.

poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação das atividades processuais, ordenação do procedimento e organização do processo. E, tudo isso, marcado por profunda influência cultural, e talhado pelo constante conflito entre efetividade e segurança⁴⁴.

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

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

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

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

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

45 Com a mesma conclusão: Nesse sentido: DIDIER Jr., Fredie. *Teoria do Processo e Teoria do Direito: o neoprocessualismo*. Disponível em: <<http://www.academia.edu/>>, p. 7.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A lógica argumentativa foi definitivamente adotada, incentivado o diálogo judicial na formação do convencimento, na cooperação das partes com o órgão judicial e deste com as partes. O contraditório, nesse contexto, passou a ser essencial para um processo justo. A sentença deve resultar do trabalho conjunto de todos os sujeitos do processo, exigindo um juiz ativo e leal, colocado no centro da controvérsia.

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

3.2 COMBATE AO FORMALISMO EXCESSIVO

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

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

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

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

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

O Tribunal Constitucional espanhol decidiu que “(...) *as normas que contém os requisitos formais devem ser aplicadas tendo-se sempre presente*

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

*o fim pretendido ao se estabelecer ditos requisitos, evitando qualquer excesso formalista que os converteria em meros obstáculos processuais e em fonte de incerteza e imprevisibilidade para a sorte das pretensões em jogo.*⁵¹

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

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

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

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

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

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

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

decisões do STJ⁵⁵ que, aplicando o princípio da cooperação, determinar que seja suprida a falha na formação do instrumento que acompanha o recurso de agravo, quando se trate de peça não obrigatória.

Como o formalismo-valorativo informa a aplicação da lealdade e da boa-fé, não somente para as partes, mas para todos os sujeitos do processo, inclusive o órgão jurisdicional com as partes e destas com aquele. Exatamente o emprego da lealdade no emprego dessa liberdade valorativa é que pode justificar a confiança atribuída ao juiz na aplicação do direito justo. Ora, tanto a boa-fé quanto a lealdade do órgão jurisdicional, seriam flagrantemente desrespeitadas sem um esforço efetivo para salvar o instrumento de vícios formais.

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

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

Exemplificativamente, a hipótese de agravo de instrumento interposto via fax, perante o tribunal de origem, sem as cópias que formam o instrumento, posteriormente apresentadas juntamente com o original, o STJ⁵⁶, aplicando o formalismo-valorativo, afirmou que como a lei n° 9.800/99 não disciplina nem o dever nem a faculdade do advogado, ao usar o protocolo via fac-símile, transmitir, além da petição de razões do recurso, cópia dos documentos que o instruem, a interpretação que deve ser orientada pelas diretrizes que levaram o legislador a editá-la, agregando-lhe os princípios gerais do direito.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4 INFLUÊNCIAS DE TAIS POSTULADOS NO NOVO CPC

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

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

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

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

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

Um ponto é digno de nota: somente se mostra necessária a consignação expressa na legislação infraconstitucional em virtude

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

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

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

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

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

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

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

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

Cumpre, inclusive, registrar que o art. 6º do Novo CPC enfatiza essa visão neoconstitucional, deixando claro que a atividade do juiz, ao aplicar a lei, deverá atender aos fins sociais a que ela se dirige, as

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

exigências do bem comum, observando sempre os princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.

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

4.1 ALGUMAS NOTAS POSITIVAS SOBRE A CONSAGRAÇÃO DOS PRINCÍPIOS

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

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

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

Assegura-se, ainda, a isonomia material (art. 7º) das partes no tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais,

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

aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório em casos de hipossuficiência técnica.

O tratamento igual de todos perante o ordenamento determina a necessidade de um processo civil cooperativo, uma distribuição dinâmica do ônus da prova, bem como uma assistência judiciária integral aos hipossuficientes.

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

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

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

O mencionado inciso é complementado pelo art. 151 §1º, onde se determina que o juiz, quando o procedimento ou os atos a serem realizados se demonstrem inadequados às peculiaridades da causa, promova o necessário ajuste, depois de ouvidas as partes e observados o contraditório e a ampla defesa. Cremos que tal dispositivo se mostra como um dos melhores sobre o tema.

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

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

Essa postura rompe com a visão do Estado liberal, assiste-se, com o surgimento da democracia social, à intensificação da participação do juiz, a quem cabe zelar por um processo justo⁶⁴, capaz de permitir, nas palavras de Marinoni e Arenhart⁶⁵. O processo não busca somente atender ao interesse das partes, há um interesse público na correta solução do litígio.

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

4.2 ALGUMAS NOTAS NEGATIVAS NA CONSAGRAÇÃO DOS PRINCÍPIOS

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

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

Pretende-se reduzir os vícios rescisórios, como se observa do art. 884 do projeto, retirando-se, por exemplo, a rescisória por incompetência absoluta, bem como se reduzindo o seu prazo para um ano (art. 893).

O art. 496 §4º do Projeto repete a redação do art. 475-L §1º e art. 741, parágrafo único do atual CPC, que permite a revisão da denominada “coisa julgada inconstitucional”, sem, contudo, deixar claro que somente é

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

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

admissível tal revisão se ao tempo da formação da coisa julgada já existia firmada jurisprudência no STF sobre o assunto.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5 CONCLUSÃO

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

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

Quando Buzaid redigiu o CPC de 1973 houve uma ruptura absurda sobre as premissas do CPC de 1939, estabelecendo no plano normativo

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

o que de melhor se havia pensado na primeira metade do século XX, principalmente na Itália.

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

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

REFERÊNCIAS

AMARAL, Guilherme Rizzo. *A efetividade das sentenças sob a ótica do formalismo-valorativo: um método e sua aplicação*. UFRS, Porto Alegre, 2006.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. *Revista Eletrônica de Direito de Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>.

_____. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

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

BORRING, Felipe. Considerações iniciais sobre a teoria geral dos recursos no Novo Código de Processo Civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro, ano 5, v. VII, jan./jun. 2011.

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

Derecho e razón. Teoria del garantismo penal. Madri: Trotta, 2001.

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

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. 11. ed. v. I. Jus Podivm.

_____. *Relatório com a síntese das conclusões e sugestões do grupo de discussões no I Encontro nacional dos jovens processualistas*. Faculdade do Largo de São Francisco, 04 e 05 de dezembro de 2008. Relator: Fredie Didier Jr. (BA - relator). Demais membros: Dierle José Coelho Nunes (MG), Graciela Marins (PR), Heitor Vitor Mendonça Sica (SP), Marcos André Franco Montoro (SP), Paulo Magalhães Nasser (SP), Rita Quartieri (SP), Mirna Cianci (SP), Roberto Gouveia Filho (PE), Sandro Gilbert Martins (PR), Sidnei Amendoeira Jr. (SP), Valéria Lagrasta (SP), Robson Godinho (RJ), Antônio do Passo Cabral (RJ) e Alexandre Bahia (MG). Fonte: <www.frediedidier.com.br>.

_____. *Teoria do Processo e Teoria do Direito: o neoprocessualismo*.

Disponível em: <<http://www.academia.edu/>>.

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

_____. Relativizar a coisa julgada material. *Revista de processo*, v.109.

DONIZETTI, Elpídio. *Reflexões de um juiz cristão - sobre os meandros da Comissão do Novo CPC*. <<http://www.elpidiodonizetti.com.br>>. acesso: em 20 set. 2011.

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

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

_____. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. V, tomo I.

_____. Controle do poder executivo do juiz. *Revista de processo*, vol. 127.

_____. MITIDIEIRO, Daniel. *O projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. MITIDIEIRO, Daniel. *O projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO Inocêncio Mártires; BRANCO Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

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

_____. *O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais*. Disponível em: <<http://www.alvarodeoliveira.com.br>>.

_____. O formalismo valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista Forense*, vol. 388.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: 1997, tomo III, p. 435), apud DANIEL MITIDIEIRO, *Bases para construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo*. Tese de doutorado UFRS, Porto Alegre, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1998.

SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Leituras complementares de Direito Constitucional – Teoria da Constituição. Organização de Marcelo Novelino. Salvador: Jus Podivm, 2009.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: *Participação e processo*. Coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe. São Paulo: RT, 1988.



PRECEDENTE JUDICIAL COMO FONTE DO DIREITO: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOB A ÓTICA DO NOVO CPC

*JUDICIAL PREVIOUS DECISIONS AS SOURCE OF LAW: SOME
CONSIDERATIONS BY THE NEW CPC*

Haroldo Lourenço

Advogado, palestrante e consultor jurídico no RJ

Mestrando na Universidad de Jaén (Espanha)

Pós-graduado em Direito Processual Civil (UFF).

*Pós-graduado em Processo Constitucional (UERJ). Professor de Direito Processual
Civil nos seguintes cursos (presencial, telepresencial e on line)*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O precedente como fonte do direito; 2 Os precedentes vinculantes à luz dos princípios constitucionais; 2.1 Princípio da isonomia; 2.2 Segurança jurídica; 2.3 Motivação das decisões. 3.4. Contraditório; 3 Norma jurídica geral e individualizada; 4 Precedente. Jurisprudência dominante. Súmula. *Ratio decidendi*. *Obiter dictum*; 5 Efeitos do precedente. 6 Precedentes declarativos e criativos; 7 Dinâmica do precedente; 7.1 Técnicas de

confronto do precedente; 7.1.a *Distinguishing*; *Restrictive* e *ampliative distinguishing*; 7.2 Técnicas de superação do precedente: *overruling* e *overriding*; 8 Distinção entre eficácia vinculativa do precedente, eficácia da intervenção e coisa julgada; 8.1 Coisa julgada. 8.2 Eficácia da intervenção; 8.3 Eficácia vinculativa do precedente judicial; 9 Aplicação das técnicas de confronto e superação dos precedentes no atual CPC; 10 Da ausência de uma teoria do precedente, bem como de técnicas de confronto e superação no Novo CPC; 11 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente estudo busca analisar a aproximação do sistema brasileiro, que adota o regime da civil law, ao sistema da common law onde há prevalência de cláusulas gerais, maiores poderes dos magistrados e, principalmente, a técnica dos precedentes vinculantes. Analisam-se os conceitos de ratio decidendi e obiter dictum, bem como as técnicas de confronto e superação dos precedentes (como *distinguishing*, *overruling*, *express overruling*, *implied overruling*, *overruling prospectivo*, *retrospective* e *anticipatory overruling*) prestigiam nossos princípios constitucionais e tem influenciado o atual CPC e o Projeto para um Novo CPC.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria dos Precedentes. Eficácia Vinculante. Técnicas de Superação e Confronto dos Precedentes. Novo CPC.

ABSTRACT: This work will analyze the approach of Brazilian system, which use the civil law, and the common law, where general clauses prevail, the judges have more power and the previous decisions make rules. We will analyze concepts like the ratio decidendi e obiter dictum, the techniques of confront and overcoming the previous decisions (as *distinguishing*, *overruling*, *express overruling*, *implied overruling*, *prospective overruling*, *retrospective* e *anticipatory overruling*) which uses our constitutional principles and are influencing our CPC and the New CPC project.

KEYWORDS: Previous theory. Binding effect. Techniques of Confront and Overcoming the Previous Decisions. New CPC.

INTRODUÇÃO

No Brasil sempre se afirmou que a lei é fonte primária do direito, com fundamento do positivismo jurídico¹. A partir de tais influências construiu-se um sistema todo escrito, conhecido como *civil law*, como o dos países herdeiros da família romano-germânica (basicamente todo o continente europeu).

Adota-se a *civil law*, ainda, na Itália, na França, na Alemanha, na Espanha e em Portugal, assim como em toda América Latina colonizada por portugueses e espanhóis². A influência de tais doutrinas é facilmente perceptível no Brasil, onde há muita influência, por exemplo, da doutrina italiana de Liebman³, Chiovenda e Carnelutti, principalmente em nossa teoria geral do processo.

Há, contudo, nos países de origem anglo-saxônica uma visão muito bem desenvolvida dos precedentes judiciais, o denominado sistema do *common law*, informado pela teoria do *stare decisis*, termo de origem latina (*stare decisis et non quieta movere*) que significa mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido⁴. Tal teoria também é denominada de *doctrine of binding precedent*, que teve início na Inglaterra, nas primeiras décadas do século XIX, tendo sido devidamente reconhecida em 1898, no caso *London Tramways Company v. London Country Council*, oportunidade em que a Câmara dos Lordes inglesa não só tratou do efeito auto-

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

2 GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. v.I. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 1.

3 A título de ilustração, Enrico Tullio Liebman foi um eminente jurista italiano, nasceu em 1903, na cidade de Leopoli, que teve como mestre Giuseppe Chiovenda. Ocupou a cátedra de *diritto processuale civile* da Universidade de Parma. Chegou ao Brasil em 1939, ano em que foi editado o primeiro Código de Processo Civil Brasileiro, inspirado nos códigos da Alemanha, Áustria e de Portugal. Quando se transferiu para o Brasil, Liebman, que contava com 36 anos de idade, era um professor em franca ascensão na Itália. Foi obrigado a ausentar-se de seu país em virtude da política de intolerância cultural e étnica implantada pelo regime fascista. Lecionou na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, onde apresentou idéias extremamente revolucionárias para a época. Seu pensamento influenciou inúmeros juristas brasileiros, tais como Alfredo Buzaid, Moacir Amaral dos Santos, José Frederico Marques, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe. Em virtude disso, costuma-se dizer que Liebman fundou uma verdadeira Escola - a Escola Processual de São Paulo. Tal Escola, por meio de um de seus mais destacados integrantes, o Prof. Alfredo Buzaid, foi a maior motivadora da substituição do Código de Processo Civil de 1939 por um novo. Alfredo Buzaid, discípulo direto de Liebman, buscou na obra e no pensamento de seu mestre o amparo para reformular institutos mal disciplinados no Código de 1939, assim como para introduzir institutos ou soluções até então estranhas ao sistema brasileiro. Fonte: www.abdpc.org.br.

4 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. V. II. 6. ed., JusPodium, 2011. p. 389. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: RT, 2004, p. 160.

vinculante do precedente, como também estabeleceu a sua eficácia vinculativa externa a todos os juízos de grau inferior, denominada de eficácia vertical do precedente⁵.

O *common law* costuma ser visto, em boa parte dos países de *civil law*, como um sistema jurídico diferente, complexo e, sobretudo, completamente desinteressante para os juristas, especialmente para os processualistas. Há, inclusive, no Brasil enorme preconceito em relação ao direito americano, tentando-se negar importância aos institutos de *common law* sem se conhecê-los, surgindo, por conseqüência, alegações mal fundadas sobre o papel do juiz e acerca dos limites da jurisdição. Fala-se de um juiz que cria o direito e de um legislativo que não ocupa o seu espaço, como se o juiz do *common law* fosse um “*ser estranho*” e a jurisdição deste sistema pudesse, sem qualquer pudor, adentrar na esfera de poder reservada ao Parlamento⁶.

Tal visão esquece que a jurisdição da *civil law*, durante a história, teve a sua natureza transformada, tendo o pós-positivismo (ou neoconstitucionalismo⁷) inegavelmente aproximado o sistema de *civil law* ao da *common law*.

Certamente foi nos países de origem anglo-saxônica que mais se desenvolveu a teoria dos precedentes judiciais, contudo, o precedente é uma realidade inerente a qualquer sistema jurídico, seja da *civil law* ou da *common law*, como Estados Unidos e Inglaterra⁸, variando, somente, o grau de eficácia que possui.

5 TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: RT, 2004. p. 161.

6 MARINONI, Luiz Guilherme. *A transformação do civil law e a oportunidade de um sistema precedentista para o Brasil*. Disponível em: <<http://www.marinoni.adv.br>>. Acesso em: 16 jun. 2011.

7 Sobre o tema vale a consulta: SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Leituras complementares de Direito Constitucional – Teoria da Constituição. Organização de Marcelo Novelino. Salvador: Jus Podivm, 2009. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O Processo Civil Na Perspectiva Dos Direitos Fundamentais. Disponível em: <<http://www.alvarodeoliveira.com.br>>. CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *Panóptica*, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, p. 1-44. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 25 dez. 2010. ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. *Revista Eletrônica de Direito de Estado (REDE)*, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, jan./fev./mar. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. acesso em: 26.04.2010.

8 O sistema da *common law* é adotado também no Canadá, na Austrália, entre outros, principalmente em países oriundos das antigas colônias britânicas. No Canadá, que teve colonização tanto inglesa como

Em síntese, a principal distinção entre os dois sistemas é que o da *civil law* é um direito escrito, onde a jurisdição é estruturada preponderantemente com a finalidade de atuação do direito objetivo. Nesse sistema o juiz é considerado *boca da lei* (Montesquieu), para justificar a idéia de que seus poderes decorrem da lei, exercendo, portanto, uma subordinação sobre os juízes, de igual modo os juízes inferiores são rigidamente controlados pelos juízes superiores, para serem fiéis a essa missão de ser o instrumento de cumprimento da lei. Na *civil law* prevalece a vontade soberana, há um “justiça do rei”, ou seja, do Estado.

Enquanto no sistema da *common law* adota-se um direito costumeiro, aplicado pela jurisprudência, onde, no modelo de justiça, prepondera a visão de pacificação dos litigantes. Na *civil law* busca-se a segurança jurídica, enquanto na *common law* a paz entre os litigantes, a re-harmonização e a reconciliação são os objetivos diretos; nessa pacificação dos litigantes pouco importa se é à luz da lei ou de outro critério, desde que seja adequado ao caso concreto, pois o importante é harmonizar os litigantes, havendo um profundo enraizamento na vida da comunidade⁹. Há, nesse sistema, uma justiça paritária, da comunidade.

Atualmente, com a recente perda de credibilidade ou de confiança da sociedade na justiça e nos juízes, decorrente da elevação da consciência jurídica da população e do seu grau de exigência em relação ao desempenho do judiciário, os países que adotam a *civil law* tem se voltado para alguns parâmetros da *common law*, e vice-versa¹⁰.

Exatamente nesse ponto concentra-se o presente trabalho, buscando colaborar no estudo dos limites dessa aproximação do *civil law* com o *common law*, por meio da expansão das cláusulas gerais processuais, que atribuem maior poder ao juiz, na objetivização do controle difuso de constitucionalidade e do recurso extraordinário, na adoção das súmulas vinculantes, dos julgamentos por amostragem etc. Enfim, todos esses institutos reconhecem uma tendência a uniformização da decisões judiciais e valorização dos precedentes.

francesa, em algumas regiões, como Québec, é adotado o sistema da *civil law*, o que também acontece nos Estados Unidos no Estado da Louisiana: GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*, v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 1.

⁹ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*, v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 2.

¹⁰ *Ibidem*, p. 3.

Algumas premissas do estudo do precedente como fonte do direito, a sua eficácia, a sua análise diante dos princípios constitucionais e, principalmente, as técnicas de confronto e superação dos precedentes foram investigadas, de igual modo, não poderia deixar de abordar como o tema pretende ser tratado no Novo CPC.

1 O PRECEDENTE COMO FONTE DO DIREITO

A lei (e sua visão codificada do século XIX) perdeu sua posição central como fonte do direito e passou a ser subordinada à Constituição, não valendo, por si só, mas somente se conformada com a Constituição e, especialmente, se adequada aos direitos fundamentais. A função dos juízes, ao contrário do que desenvolvia Giuseppe Chiovenda no início do século XX, deixou de ser apenas atuar (declarar) a vontade concreta da lei, assumindo o caráter constitucional, possibilitando, a partir da *judicial review*, o controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos.

Atualmente já se fala que a jurisdição é uma atividade criativa da norma jurídica do caso concreto, bem como se cria, muitas vezes, a própria regra abstrata que deve regular o caso concreto¹¹. Deve-se deixar de lado a opinião de que o Poder Judiciário só exerce a função de legislador negativo, para compreender que ele concretiza o ordenamento jurídico diante do caso concreto¹²⁻¹³.

Assim, constrói-se, por meio de uma atividade criativa, a decisão de acordo com seu convencimento, procurando no legislativo, fundamentos para a mesma, em outras palavras, inicialmente o magistrado decide o caso e, em seguida, busca no sistema (legislação, princípios etc.) amparo para motivar sua decisão.

Expressões como *da mihi factum dabo tibi ius* (dá-me os fatos, que eu te darei os direitos) apesar de ainda terem sua aplicação, devem ser lidas com zelo. O magistrado não é um robô ou uma máquina, previamente programada, para responder qual é o direito da parte diante da hipótese narrada. O Juiz não é escravo da lei. Pelo contrário, o juiz deve ser livre,

11 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Jus Podivm. 11. ed. v. I. p. 70.

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

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

deve ser responsável. Enfim, dotado de inteligência e vontade, o juiz não pode ser escravo, nem da lei¹⁴.

A atividade criativa do juiz pode se dar de duas maneiras, sendo a primeira no sentido de criar a *norma jurídica* do caso concreto; e a segunda, a *norma geral* do caso concreto, pela qual, o juiz deverá demonstrar o fundamento, a norma geral do ordenamento jurídico, que soluciona o caso concreto (não apenas a lei em si, mas o entendimento do juiz acerca dessa lei). Assim, a norma geral do caso concreto é a interpretação feita pelo juiz, do direito positivo. As normas gerais criadas a partir de casos concretos estão na fundamentação das decisões e se configuram como aquilo que se chama de precedente judicial, que é exatamente essa norma geral criada a partir do caso concreto.

As súmulas, vinculantes ou não, nada mais são do que normas gerais, eis que, apesar de julgar um caso concreto, serão aplicadas, reflexamente, a outras inúmeras situações similares ou idênticas. Não há que se dizer que o Judiciário estaria legislando, uma vez que a atividade criativa se dá a partir da interpretação que o mesmo faz das leis já existentes.

Nessa linha, surgem os denominados *hard cases*, situações onde os textos jurídicos existentes, aplicados objetivamente, não apresentam soluções claras. Atualmente, o STF os tem enfrentado, como no direito à saúde, intervenção do Judiciário em políticas públicas, antecipação terapêutica do parto para fetos com anencefalia. Inclusive, em alguns casos desses *hard cases* foi criada a norma geral a ser aplicada a situação concreta, como na hipótese da fidelidade partidária¹⁵ e no direito de greve dos funcionários públicos¹⁶.

Infelizmente, tal concepção ainda não é adotada a unanimidade, contudo, mostra-se cada vez mais sedimentada, admitindo a jurisprudência como fonte do direito¹⁷. Parece-me que a influência de Montesquieu através do chamado juiz *boca-da-lei* ainda é muito forte. Nesse sentido, majoritariamente, adota a visão do magistrado que

14 PORTANOVA, Rui. *Motivações Ideológicas da Sentença*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 128.

15 STF, MS 26.603, rel. Min. Celso de Mello, julgado em 04.10.2007.

16 STF, MI 670, rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, julgado em 25.10.2007.

17 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. II. 6. ed., JusPodium, 2011. p. 390. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: RT, 2004. p. 18. STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 86.

transforma uma norma genérica e abstrata, em uma norma concreta e específica. O Judiciário não criaria direitos subjetivos, mas tão somente reconhece direitos preexistentes¹⁸.

2 OS PRECEDENTES VINCULANTES À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Com a força vinculante que se têm atribuído aos precedentes no sistema jurídico nacional, alguns princípios constitucionais merecem ser repensados, com o escopo de adequação à teoria do precedente.

2.1 PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Há muito tempo que se parou de visualizar a isonomia meramente formal, onde todos seriam iguais perante a lei, buscando seu enquadramento material, onde o tratamento deve ser igualitário na medida das desigualdades. Atualmente, diante da teoria dos precedentes, não se fala mais em isonomia *perante a lei*, mas *frente ao Direito*. Nesse sentido, a expressão *lei*, constante do art. 5º da CR/88, deve ser interpretada no sentido de *norma jurídica*, qualquer que seja ela, de quem quer que ela emane.

A partir dessa ótica, a isonomia não reflete somente o tratamento aos particulares, o tratamento ao Poder Público, ao Legislativo na edição das leis, na atuação da Administração Pública etc., agora, deve ser observado, perante as decisões judiciais.

Assim, não se pode admitir que o mesmo caso concreto, enfrentado por jurisdicionados diferentes, receba decisões diferentes. A vinculatividade dos precedentes é justificada pela necessidade de igualdade e a igualdade é atingida através da seleção de aspectos do caso que deve ser julgado, que devem se considerados relevantes, para que esse caso seja considerado semelhante a outro, e decidido da mesma forma¹⁹.

De igual, não se admite a hipótese inversa, pela falta de um correto cotejo das circunstâncias fáticas, não se dê um tratamento diferenciado quando se tratar de sujeitos ou circunstancias diferenciadas.

18 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. v I. 17. ed. inteiramente revista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 71. SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. v. I, 25. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 67.

19 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 172, ano 34, p. 129, jun. 2009.

2.2 SEGURANÇA JURÍDICA

Como se extrai do art. 5º, XXXVI da CR/88, não se permite que nenhum ato normativo do Estado atinja situações consolidadas no passado, assegurando o seu respeito no presente e no futuro.

Há, contudo, que se assegurar o presente e futuro, justamente para que o indivíduo pautar seu comportamento e sua conduta. Há uma dimensão pública, pois as soluções dadas pelo Judiciário doutrinam a sociedade, criando uma previsibilidade do resultado de certas demandas.

Assim, quanto mais uniformizada a jurisprudência mais se fortalece a segurança jurídica, garantindo ao jurisdicionado um modelo seguro de conduta, induzindo confiança, possibilitando uma expectativa legítima do jurisdicionado. A orientação jurisprudencial predominante em um determinado momento presta-se a que o jurisdicionado decida se vale ou não a pena recorrer ao Poder Judiciário em busca do reconhecimento de determinado direito²⁰.

2.3 MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES

Como cediço, toda decisão judicial deve ser fundamentada, sob pena de nulidade²¹ (art. 93, IX da CR/88) e, de tão importante, há renomada doutrina que defende a tese da inexistência²², contudo, minoritária no Brasil.

Decisões que se reportam, exclusivamente, a artigos de lei ou empreguem conceitos jurídicos indeterminados sem explicitar a incidência no caso concreto, invocando motivos genéricos, comuns a toda decisão, não pode ser compreendida como fundamentada. Trata-se de decisão

20 MADEIRA, Daniela Pereira. *A força da jurisprudência*. O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa): (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil. Coord.: Luiz Fux. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 539.

21 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. V. II. 6. ed. JusPodium, 2011. p. 303. BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário*, 2: Tomo I. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 354. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de Direito Processual civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 450. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. v. I. 17. ed. inteiramente revista. Lúmen Júris. Rio de Janeiro, 2008. p. 416. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 514.

22 TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova; Cedam, 1975. p. 406. MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Sentença e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 102.

tautológica²³, ou seja, se conclui confirmando a premissa já afirmada, ao invés de justificá-la. A título de ilustração, imagine a seguinte decisão, muito comum no foro: “*Indefiro a tutela antecipada por faltar verossimilhança das alegações apresentadas e periculum in mora*” ou “*Nego seguimento ao recurso por ser manifestamente contrário a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça*”. O que difere tal decisão de qualquer outra?

Nesse ponto, cumpre recordarmos as funções da fundamentação. A fundamentação da decisão judicial exerce duas funções primordiais, uma *endoprocessual*, outra *extraprocessual*, compondo o devido processo legal em um aspecto substancial.

A primeira irradia-se internamente no processo, serve de base para a elaboração dos recursos, viabilizando um controle interno da decisão judicial pelo tribunal, ao rever as questões de fato ou de direito. No que se refere à segunda função, serve para dar publicidade ao exercício da função jurisdicional e, com isso, permitir o controle das decisões pelo povo, viabilizando a democracia²⁴, por meio do controle difuso da atividade judiciária²⁵.

Assim, diante da teoria do precedente, a função extraprocessual deve ser reforçada, identificando exatamente as questões de fato que se reputam como essenciais ao deslinde da causa e se delimite, precisamente, a tese jurídica acolhida, justamente porque a fundamentação será a norma geral, um modelo de conduta para a sociedade, principalmente para os indivíduos que nunca participaram daquele processo, e para os demais órgãos do Judiciário, haja vista ser legitimante da conduta presente.

2.4 CONTRADITÓRIO

O contraditório, frequentemente, é analisado como a garantia de que a solução final de uma situação concreta seja alcançada mediante a

23 Exemplos de tautologia: “*o mar é azul porque reflete a cor do céu e o céu é azul por causa do mar*”, ou “*tudo o que é demais sobra*”. Entendendo que tais decisões seria tautológicas: DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. V. II. 6. ed. JusPodium, 2011. p. 300.

24 Quem não se lembra da fundamentação utilizada por um juiz paulista ao rejeitar a queixa-crime apresentada pelo jogador de futebol Richarlyson, afirmando que jamais “conceberia um ídolo homossexual”... “Não que um homossexual não possa jogar bola. Pois que jogue, querendo. Mas, forme o seu time e inicie uma Federação. Agende jogos com quem prefira pelear contra si.” Enfim, triste decisão, que, nitidamente, traduz em posição homofóbica.

25 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. V. I. 17. ed. inteiramente revista. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 415.

participação efetiva daqueles sujeitos diretamente envolvidos no processo, ou seja, como será criada a norma jurídica individualizada, estabelecida no dispositivo da decisão, as partes dela devem participar e influenciar.

Ocorre, contudo, que a decisão não cria somente a norma jurídica individualizada; cria norma geral, a *ratio decidendi*, ou seja, a tese jurídica estabelecida na fundamentação do julgado e, nesse sentido, há um direito de participação na construção da norma jurídica. É preciso ampliar as hipóteses de *amicus curiae*, redefinir o interesse recursal, reconhecendo-se a sua existência na definição do precedente, ainda que não se discuta a norma do caso concreto, bem como repensar nas intervenções de terceiro, como forma de ajudar na construção do precedente, ampliando-se, por exemplo, o interesse jurídico para fins de assistência, justamente quando o assistente representar, por exemplo, um grupo de pessoas.

Há, nesse sentido, doutrina que defende o interesse jurídico sob um viés institucional, principalmente do Ministério Público, hábil a autorizar a assistência simples. Tal interesse é extraído da defesa de violações as prerrogativas, direitos e deveres dos membros de certas instituições, não podendo ser confundido com interesse pessoal do membro da instituição²⁶. De igual modo, há quem defenda que o credor de dívida ainda não vencida poderia ser assistente, porque haveria comprometimento a essência do direito do terceiro ou do seu exercício prático²⁷, ou seja, interesse econômico como espécie de interesse jurídico.

De igual modo, o STF²⁸ já admitiu assistência simples, mesmo sem existir relação jurídica vinculada à discutida no processo, em razão da afirmação de existência de uma relação jurídica de direito coletivo no sentido amplo, para a pluralidade do debate, onde um sindicato das indústrias do fumo ingressou como assistente simples em um processo que envolve uma indústria de cigarros, onde se questiona a constitucionalidade de norma que prevê a interdição de estabelecimento como forma de coação ao pagamento de tributo. Nitidamente, o posicionamento adotado pelo STF produzirá vasta influência em nosso ordenamento.

26 GODINHO, Robson Renault. Ministério Público como assistente simples – o interesse institucional como expressão do interesse jurídico. *Revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 6, p. 83-109, jan./jun. 2006.

27 GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*, v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 499.

28 STF, RE 550.769 QO/RJ, rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 28.02.2008, publicado no Informativo 496.

Aduziu-se, ademais, que a decisão que viesse a ser tomada pela Corte durante o julgamento do recurso poderia influir na ponderação e calibração de uma linha histórica de precedentes que tratam sobre sanções políticas, sendo inequívoco que a norma impugnada se aplica especificamente às empresas produtoras de cigarro, cujo mercado parece limitado a poucos produtores. Além disso, as empresas que compõem o sindicato postulante se encontrariam em situação similar à da empresa recorrente. Daí, o interesse do SINDIFUMO extrapolaria a mera conveniência e o interesse econômico de participação em processo que definirá orientação jurisprudencial aplicável a um número indefinido de jurisdicionados²⁹.

Fredie Didier afirma que haveria nesse caso uma *legitimidade extraordinária coletiva*³⁰, pois o ente que tem interesse para a ação coletiva relativa aos interesses individuais homogêneos relacionados ao objeto litigioso do processo tem interesse jurídico. Sérgio Cruz Arenhart já defendia a ampliação do conceito de interesse jurídico, tendo em vista a força do precedente vinculante, para não gerar violação ao contraditório, pois terceiros serão atingidos por tal precedente, sem terem tido oportunidade de efetivamente influenciarem na sua formação³¹.

3 NORMA JURÍDICA GERAL E INDIVIDUALIZADA

Em toda decisão judicial haverá vários capítulos, como normas gerais e individuais.

A norma geral, constante da fundamentação, é a norma identificada a partir de um caso concreto, isto é, um problema concreto e, diante disso, busca a solução geral prevista pelo legislador. A norma geral, que está na fundamentação da decisão e que foi construída pelo juiz a partir de um caso concreto, chama-se *precedente*, como mencionado no art. 479 do CPC.

Ao se afirmar que há um precedente, se está afirmando que há uma norma geral que já identificada por outro magistrado como aplicável ao caso concreto. O precedente não é formado pela norma

29 Trecho do voto do ministro relator Joaquim Barbosa.

30 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. V. I. 11. ed. JusPodium, 2009. p. 344.

31 ARENHART, Sérgio Cruz. *O recurso de terceiro prejudicado e as decisões vinculantes*. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 11, p. 436-437, *apud* DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. V. I. 11. ed. JusPodium, 2009. p. 344.

jurídica individualizada, mas pela norma geral, construída por outro juiz ou Tribunal diante de um caso concreto.

Esse é o ponto principal. Justamente por ser uma norma geral que se mostra interessante aplicá-lo para a hipótese em discussão. Nesse sentido, o precedente somente pode ser utilizado na fundamentação de outra decisão, pois o Judiciário soluciona conflitos concretos, diferentemente do legislador que busca solucionar problemas abstratos.

Vejam os entendimentos do STF³² que afirma que todo parlamentar que trocar de partido perderá o mandato (*norma geral*), tendo João trocado de partido, perderá o mandato (*norma individualizada*).

Fredie Didier traz um exemplo bem elucidativo: o art. 1102-A do CPC traz o procedimento monitório, permitindo seu manejo por quem disponha de “*prova escrita*” sem eficácia de título executivo. Nessa linha, o Enunciado da Súmula 299 do STJ afirma que o cheque prescrito permite o manejo da ação monitória. Perceba-se que a partir de um termo vago (prova escrita) criou-se uma norma geral à luz do direito positivo, podendo ser aplicado em diversas outras situações³³.

Os precedentes estão vinculados ao contexto que surgiram. Nesse sentido, para que possa ser utilizado, o contexto fático deve ser idêntico àquele onde surgiu o paradigma.

Atualmente, principalmente no sistema recursal, nosso ordenamento valoriza bastante o precedente, como pode ser observado, por exemplo, da súmula impeditiva de recursos (art. 518 §1º do CPC), a decisão monocrática do relator (art. 557 e 557 §1º do CPC), entre outros. Há, ainda, a dispensa de reexame (art. 475 §3º do CPC).

4 PRECEDENTE. JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE. SÚMULA. RATIO DECIDENDI. OBTER DICTUM

Inicialmente, não se pode confundir precedente e jurisprudência.

Precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento

³² STF, Pleno, MS 26.603/DF, rel. Min. Celso de Mello, julgado em 04.10.2007.

³³ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. V. II. 6. ed. JusPodium, 2011. p. 386.

posterior em casos análogos³⁴. É composto das circunstâncias de fato que embasam a controvérsia, bem como da tese ou princípio jurídico assentado na motivação do provimento decisório (*ratio decidendi*, que será melhor analisado adiante).

A *jurisprudência* é a reiterada aplicação de um precedente, podendo virar, inclusive, uma *jurisprudência dominante* que, como o próprio adjetivo já informa, é a orientação que prevalece. É o conceito utilizado, por exemplo, pelos artigos 557 e 557 §1º-A do CPC, para, respectivamente, negar ou dar provimento ao recurso, bem como mencionado nos arts. 120, parágrafo único, 543-A §3º, 543-C §2º, 544 §4º, II, “b” e “c”, todos do CPC.

Nos sistemas que se baseiam tradicionalmente e tipicamente no precedente, geralmente a decisão que assume caráter de precedente é uma só, contudo, em sistemas como o nosso, faz-se referência a muitas decisões.

Pode ocorrer que, de tão dominante, a jurisprudência transforme-se em um *enunciado na súmula da jurisprudência dominante de um tribunal*, largamente denominadas de *súmulas*, que é a síntese de um precedente que se transformou em jurisprudência dominante. As orientações jurisprudenciais são verdadeiras súmulas, mas recebem este nome por provir de um órgão fracionado de um Tribunal.

A súmula é o texto da jurisprudência dominante, após um procedimento para a sua consolidação perante um Tribunal, como se extrai dos arts. 476 e seguintes do CPC. A súmula da jurisprudência dominante de um tribunal é formada pelo *enunciado normativo* e pelos *precedentes*.

Nesse sentido, importante observar que o magistrado ao dirimir uma demanda criará duas normas jurídicas, uma de caráter geral e outra individual.

Esta norma geral, construída pela jurisprudência, recebe o nome de *ratio decidendi* (ou para os norte-americanos a *holding*), que está sempre localizada na fundamentação da decisão. São, a rigor, os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão, sem as quais a decisão não teria sido proferida como foi, ou seja, os fundamentos essenciais. Nesse sentido, mostra-se interessante uma operação mental, mediante a qual,

34 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. V. II. 6. ed. JusPodium, 2011, p. 385.

invertendo-se o núcleo decisório, se indaga se a conclusão permaneceria a mesma, se o juiz tivesse acolhido a regra invertida.

Observe-se que a *ratio decidendi*, norma geral constante da decisão deve ser interpretada e compreendida à luz do caso concreto. Há doutrina que afirma que no sistema da *common law* a fundamentação da decisão sucessiva deverá conter expressa alusão à jurisprudência do tribunal superior ou da própria corte, cotejando o caso concreto³⁵. De igual modo, há quem afirme que os fatos tidos como essenciais para a decisão compõem a *ratio decidendi*, viabilizando o uso da mesma estrutura de pensamento aplicada na primeira decisão³⁶.

Enfim, haverá um precedente, que se reiterado vira jurisprudência, que de tão reiterada pode virar dominante e pode dar ensejo a formação de uma súmula.

Observe-se que, enquanto a norma individualizada possui apenas efeitos *inter partes*, a norma geral, utilizada como precedente, possui efeitos *erga omnes*, independentemente de manifestação judicial, podendo qualquer um ser beneficiado ou prejudicado. Assim, a norma geral firmada pelo precedente é um efeito anexo ou secundário da decisão judicial.

De igual modo, imprescindível a compreensão da diferença entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*. Nem tudo que consta na fundamentação é a *ratio decidendi*, pois pode ter sido utilizado por argumentação tangenciando o ponto central, portanto, mencionado de passagem, lateralmente, consubstanciando juízos acessórios, prescindíveis para o deslinde da controvérsia.

Obiter dictum (*obiter dicta*, no plural) não vira precedente, pois esse somente engloba a *ratio decidendi*, contudo, não pode ser desprezado, pois, por exemplo, sinaliza uma futura orientação do tribunal³⁷.

O voto vencido não sustenta o dispositivo, mas faz parte da fundamentação. O STJ³⁸ já afirmou ser admissível mandado de segurança

35 TUCCL, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: RT, 2004. p. 171.

36 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 172, ano 34, p. 132, jun. 2009.

37 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. V. II. 6. ed. JusPodium, 2011. p. 388.

38 STJ, MC 15.465/SC, Ministra Nancy Andrihgi, Terceira Turma, julgado em: 28.04.2009, publicado no Informativo 382.

como substitutivo de ação rescisória nos juizados, diante da proibição do art. 59 da Lei 9.099/95, contudo o ponto central do acórdão era a competência do Juizado Especial Cível, ou seja, essa não é a posição do STJ, mas é uma sinalização.

Nesse sentido, o órgão jurisdicional não indica, expressamente, o que compõe a *ratio decidendi* - ressalvado o incidente de uniformização de jurisprudência (art. 476 e seguintes do CPC) ou o incidente de decretação de inconstitucionalidade (art. 480 e seguintes do CPC), que tem esse objetivo³⁹. Diante disso, cabe aos juízes, em momento posterior, ao examinar o precedente proceder o cotejo com o caso concreto, para extrair a norma geral que poderá ou não incidir na situação concreta.

Por fim, sendo o enunciado sumulado formado pelo texto que cristaliza a norma geral extraída, à luz de casos concretos, de um texto legal, deve conter termos precisos. Sendo produzida a partir de casos concretos, o texto da *ratio decidendi* não deve conter conceito com sentido vago, do contrário pode não atingir a sua proposta, gerando mais dúvidas e dificuldades em sua aplicação.

Fredie Didier exemplifica com a crítica a Súmula Vinculante no. 11, onde se utilizam de expressões como “*fundado receio de fuga*”, “*perigo à integridade física própria ou alheia*”, afirmando que mais parece um texto legislativo⁴⁰.

5 EFEITOS DO PRECEDENTE

O precedente é um *fato*, nesse sentido, em qualquer lugar do mundo que haja decisão judicial ocorrerá tal fato, contudo, os efeitos jurídicos de tal fato variarão de acordo com o direito positivo, independentemente da manifestação do órgão jurisdicional, justamente por decorrerem da opção legislativa. Nesse sentido, por ser uma decorrência legal, trata-se de um efeito anexo da decisão judicial. Há países que desprezam os precedentes, há países que dão total relevância⁴¹. No Brasil, do precedente pode se extrair alguns efeitos:

- (i) *Efeito persuasivo*: é um efeito mínimo do precedente, o de convencer o julgador. Nesse sentido, por exemplo, quanto

39 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. II. JusPodium, 2007. p. 235.

40 Ibidem, p. 402.

41 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. II. 6.ed. JusPodium, 2011. p. 392.

mais elevado hierarquicamente o órgão prolator, maior será sua força persuasiva. É um indício de uma solução razoável e socialmente adequada, podendo ser observado no art. 285-A, do incidente previsto no art. 476 a 479, dos embargos de divergência (art. 546), bem como do recurso especial por dissídio jurisprudencial (art. 105, III, “c” da CR/88);

- (ii) *Efeito impeditivo ou obstativo da revisão das decisões*: existem precedentes que, se observados, impedem sua discussão através de recurso, como as súmulas do STJ ou do STF (art. 518 §1º do CPC)⁴², impedir o reexame necessário (art. 475 §3º do CPC), impedir a revisão da matéria recursal, como se extrai do art. 557 do CPC;
- (iii) *Efeito vinculante*: alguns precedentes vinculam e, obrigatoriamente, devem ser observados, pois ostentam uma eficácia normativa. No sistema da *common law* essa é a regra. As súmulas vinculantes, produzidas pelo STF (art. 103-A da CR/88), de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terão efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Observe-se que a súmula vinculante determina não só a norma geral do caso concreto, como impedem também o recurso.

6 PRECEDENTES DECLARATIVOS E CRIATIVOS

No que se refere ao conteúdo do precedente, esse pode ser *declarativo e criativo*. Na *primeira* hipótese somente se reconhece e aplica uma norma jurídica previamente existente, como na hipótese onde somente aplica uma súmula vinculante ou quando é dado provimento a um recurso com base no art. 557 §1º-A do CPC. No *segundo* caso, o precedente cria e aplica uma norma jurídica, suprimindo uma lacuna legislativa ou declarando uma cláusula geral, que lhe permite agir discricionariamente na solução do caso concreto, como na mencionada Súmula 299 do STJ ou, ainda, na

⁴² Cumpre registrar que, no Brasil, majoritariamente, a súmula impede somente o recurso de apelação. Nesse sentido: CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. v. I. 17. ed. inteiramente revista. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 80. Em sentido contrário, aplicando a todos os recursos: BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de direito processual civil, 5: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 47-48.

propalada decisão onde o STF⁴³ admitiu o reconhecimento de uniões homoafetivas no Brasil.

7 DINÂMICA DO PRECEDENTE

Analisadas as premissas acima, cumpre enfrentarmos a sua dinâmica, ou seja, como que um precedente pode ser superado ou afastado. São duas as técnicas que compõe a dinâmica do precedente, uma confrontando, outra superando.

7.1 TÉCNICAS DE CONFRONTO DO PRECEDENTE

7.1.A - DISTINGUISHING. RESTRICTIVE E AMPLIATIVE DISTINGUISHING

Para que o precedente ou a súmula não sejam adotados, se mostram necessários alguns fatores.

Como visto, um precedente origina-se de um caso concreto e, para ser utilizado em outro caso concreto, exige-se a demonstração da semelhança existente entre esse e aquele⁴⁴. De igual modo, depois desse cotejo inicial, deverá ser enfrentada a norma jurídica firmada no precedente (*ratio decidendi*).

Esta comparação e eventual distinção entre os casos leva o nome técnico de *distinguishing* (ou *distinguish*)⁴⁵, haveria um *distinguishing* método e resultado. Cumpre registrar que não há como se aplicar um precedente sem antes realizá-lo, ou seja, usar um método de interpretação do precedente. Até mesmo para a aplicação de súmulas deve ser feita esta comparação, analisando-se se o caso parâmetro se assemelha ao caso em discussão.

Nessa linha, fala-se em *distinguishing* quando houver distinção entre o caso concreto em julgamento e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à *ratio decidendi* (tese jurídica) constante do precedente,

43 STF, Pleno, ADIN 4277 e ADPF 132, rel. Min. Carlos Ayres Britto, julgado em 04 e 05.05.2011.

44 Ressaltando a necessidade de cotejo com o caso concreto: TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: RT, 2004. p. 171.

45 TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: RT, 2004. p. 174.

seja porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, alguma peculiaridade no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente⁴⁶.

Assim, percebendo o magistrado que há distinção entre o caso em análise e aquele que ensejou o precedente, pode restringí-lo, dando uma interpretação restritiva, por entender que as peculiaridades do caso concreto impedem a aplicação da tese jurídica consagrada no precedente, julgando o caso concreto livremente. Há, nessa hipótese, *restrictive distinguishing*.

De igual modo, mesmo percebendo que no caso concreto há peculiaridades em relação aos casos anteriores, pode o magistrado estender à hipótese *sub judice* a mesma solução conferida aos casos anteriores, por lhe entender aplicável. Há, nessa hipótese, *ampliative distinguishing*.

Tal técnica sepulta, definitivamente, a idéia de que o juiz, diante de um sistema de precedentes, se torna um robô, sem qualquer opção, a não ser aplicar ao caso concreto a solução dada por outro órgão jurisdicional. Observe-se que o magistrado somente ficará “engessado” se preferir não exercer a função externa da motivação, extremando os seus motivos de decidir, interpretando a lei para verificar se os fatos concretos se conformam à hipótese normativa, bem como verificando a adequação da situação posta ao precedente.

7.2 TÉCNICAS DE SUPERAÇÃO DO PRECEDENTE: *OVERRULING* E *OVERRIDING*

Há, basicamente, duas técnicas para se superar um precedente: *overruling* e *overriding*.

Ocorre o primeiro quando há uma superação total do precedente, o que pode acontecer tranquilamente, sendo esta a diferença entre o precedente e a coisa julgada, uma vez que esta é indiscutível, somente podendo ser revista, basicamente, por rescisória. O precedente, por seu turno, pode ser revisto a qualquer tempo, embora isto não costume acontecer com muita freqüência. É possível a revisão de um precedente sempre que houver novos argumentos, criando-se um novo precedente. Tal instituto se assemelha a uma revogação total de uma lei pela outra.

46 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. II. 6. ed. JusPodium, 2011. p. 402-403.

Novamente vem a tona a necessidade de fundamentação das decisões judiciais. Para ocorrer o *overruling* exige-se uma carga maior na fundamentação, trazendo argumentos até então não enfrentados, bem como a necessidade de se superar o precedente.

O *overruling* pode se expresso (*express overruling*), quando tribunal resolve expressamente adotar nova orientação, abandonando a anterior. Pode ser tácito, denominado de *implied overruling*, quando uma orientação é adotada em confronto com posição anterior, embora sem expressa substituição desta última.

No Brasil não se pode falar em *implied overruling*, somente o *express overruling*, pelo menos no que se refere às súmulas vinculantes, mediante o devido processo legal estabelecido, como se observa do incidente de revisão ou cancelamento de súmula vinculante, previsto no art. 103-A §2º da CR/08, regulamentado pela Lei 11.417/06. Contudo, nada impede que, diante de um caso concreto, sejam aplicadas as técnicas do *restrictive distinguishig* ou do *ampliative distinguishig*⁴⁷. De igual modo, há diversas possibilidades do interessado se valer dessas técnicas, como, por exemplo, no manejo de um agravo interno, da apelação contra a decisão do art. 285-A, do agravo de instrumento da decisão que impede o processamento da apelação, com base no art. 518 §1º do CPC.

Quando há o *overruling* de um precedente que já está bastante consolidado, firmado há muitos anos, é preciso conciliar a possibilidade de sua superação com a boa-fé objetiva e a confiança depositada no precedente. Nesse sentido, a superação de um precedente que já estava consolidado não deve ter eficácia retroativa, para preservar as situações consolidadas. Este *overruling ex nunc* é chamado *overruling prospectivo*.

A opção judicial pela superação de uma jurisprudência é medida séria e deve respeitar as expectativas de particulares. Ainda que uma orientação jurisprudencial não seja oriunda da mais elevada instância, ela poderá ser suficiente para justificar a proteção da confiança⁴⁸.

Para se cogitar em *overruling ex tunc* (*retrospective overruling*) o precedente deve ser recente e não consolidado, pois ainda não haveria para gerar uma confiança no enunciado. Assim, em regra, uma súmula

47 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. II. JusPodium, 2007. p. 410

48 ARAÚJO, Valter Shuenquener. *O princípio da proteção da confiança. Uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 247.

somente pode ser superada com efeitos *ex nunc*, pelo fato de sua edição gerar a confiança das pessoas.

Pode ocorrer, ainda, o *anticipatory overruling*, que é uma espécie de não aplicação preventiva por órgãos inferiores do precedente das cortes superiores, justamente por essa, em recentes decisões, ter sinalizado que irá superar os seus precedentes.

O *overriding* ocorre quando o tribunal apenas limita o âmbito de incidência de um precedente, em função da superveniência de uma regra ou princípio legal. Há, a rigor, uma superação parcial, semelhante a uma revogação parcial da lei.

Não se pode confundir a técnica de confronto e superação do precedente com o denominado *reversal*, onde há somente a reforma no julgamento do recurso, sendo alterado pelo órgão *ad quem* o entendimento do órgão *a quo*.

Novamente, cumpre registrar que o *overruling* e *overriding* são técnicas que impedem a petrificação do direito, arejando o sistema e o mantendo atualizado. Nessa feita, permite a inafastável flexibilidade do ordenamento jurídico da *common law*, indispensável à evolução e ao progresso do direito⁴⁹.

8 DISTINÇÃO ENTRE EFICÁCIA VINCULATIVA DO PRECEDENTE, EFICÁCIA DA INTERVENÇÃO E COISA JULGADA

Por fim, alguns efeitos jurídicos merecem destaque, principalmente para aspectos didáticos, não podendo ser confundidos, portanto, necessitando de boa delimitação sob os seguintes aspectos: limite objetivo, limite subjetivo e técnicas de controle.

8.1 COISA JULGADA

A coisa julgada atinge a parte dispositiva do julgado (art. 467, 469 e 458 do CPC), através do denominado *limite objetivo* da coisa julgada (art. 473 e 474 do CPC), criando uma norma jurídica individualizada (art. 468 do CPC). Como afirmado popularmente, “*fazendo lei entre as partes*”, portanto, pelo menos como regra, ostenta eficácia *inter partes*,

⁴⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: RT, 2004. p.141 *et seq.*

consagrado através do tão propalado *limite subjetivo* da coisa julgada (art. 472 do CPC).

Nesse sentido, pode ser *controlada* por instrumentos como a rescisória (art. 485 do CPC), a *querela nullitatis* (art. 475-L, I do e 741, I do CPC), desconstituição da sentença inconstitucional (art. 475-L §1º do CPC), correção de erro material (art. 463 do CPC), entre outros mecanismos.

8.2 EFICÁCIA DA INTERVENÇÃO

A eficácia da intervenção possui como *limite objetivo* a fundamentação de fato e de direito da decisão, estando *limitada subjetivamente* ao assistente simples (art. 55 do CPC), podendo ser *controlada* pela *exceptio male gesti processus* (art. 55, I e II do CPC).

É inequívoco que o sublocatário será atingido de alguma forma por eventual sentença de despejo do seu sublocador (locatário na ação original), não sendo dado aquele discutir, em outra demanda, se houve ou não inadimplemento por parte desse. De igual modo, tendo sido reconhecido que o sublocador deu destinação diversa ao imóvel, ao sublocatário não será dado rediscutir se a destinação foi ou não diversa, contudo, poderá provar que tal transformação não ocorreu diante de má condução do processo pelo locatário (*exceptio male gesti processus*). Isso não é ser atingido pela coisa julgada. É ser atingido pelos seus efeitos da sentença como denominada a doutrina e, para isso, *não precisa participar do processo*, pois seria um efeito reflexo da coisa julgada produzida em relação ao sublocador.

Nessa linha, é voz comum na doutrina a afirmação de que a coisa julgada não atinge o assistente simples, mas os efeitos da sentença podem atingí-lo. A explicação é clara e inequívoca: o assistente simples não é titular da relação jurídica material discutida, ou seja, não foi o seu direito que foi julgado⁵⁰.

Nesse sentido, vale a transcrição:

Significa que o assistente simples não poderá posteriormente pretender rediscutir os motivos que serviram de fundamento à sentença do processo onde interveio, salvo a ocorrência de uma das hipóteses disciplinadas nos dois incisos do art. 55. A 'justiça da

⁵⁰ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 219.

decisão', assim, vincula o assistente aos *motivos* da sentença, embora não fique ele sujeito a *imutabilidade* da parte dispositiva da sentença, como próprio de atuação da coisa julgada⁵¹.

Os efeitos da sentença (eficácia da intervenção) tangenciam a coisa julgada e seus limites subjetivos, mas com ela não se confunde⁵².

Tal eficácia da intervenção é, a um só tempo, mais e menos rigorosa que a coisa julgada. É *mais rigorosa* porque enquanto a coisa julgada apenas incide sobre o dispositivo (art. 468 e 469 do CPC), a eficácia da intervenção abrange também a fundamentação, pois impede a rediscussão. Noutra giro, é *menos rigorosa*, porque a coisa julgada é, ao menos em regra, definitiva, não podendo ser afastada; enquanto a eficácia da intervenção admite a alegação da *exceptio male gesti processus*.

Assim, por exemplo, tendo o tabelião intervindo como assistente simples no processo onde se buscou, contra o Estado, a anulação de uma escritura por aquele lavrada, em razão da ocorrência de coação, posteriormente, em eventual ação regressiva contra o tabelião, esse não poderá discutir a ocorrência da coação, pois a eficácia da intervenção é *mais abrangente* (alcançando tal fundamentação), todavia, é *menos rigorosa*, pois pode ser afastada com mais facilidade do que a coisa julgada, pois basta a prova da má gestão processual.

8.3 EFICÁCIA VINCULATIVA DO PRECEDENTE JUDICIAL

O precedente possui um *limite objetivo* exarado por meio da *ratio decidendi*, que é a norma jurídica geral constante da fundamentação da decisão, bem como, *subjetivamente* produz uma eficácia *erga omnes*.

No que se refere aos *instrumentos de controle*, há, como visto, formas *preventivas* de controle, como a intervenção do *amicus curiae*, colaborando para a formação do precedente, como nas hipóteses do art. 482 §§1º, 2º e 3º, no art. 543-A §6º e 543-C §4º do CPC, bem como há formas *repressivas*, como mecanismos de superação do precedente, como o *overruling* e *overriding*, como previsto no art. 3º da lei 11.417/06.

51 SCARPINELLA BUENO, Cássio. *Intervenção de terceiros – questões polêmicas*, 2001. p. 26.

52 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Intervenção de terceiros*. cit. n. 13.

9 APLICAÇÃO DAS TÉCNICAS DE CONFRONTO E SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES NO ATUAL CPC⁵³

Já há em nosso atual CPC, trazidas por sucessivas reformas, inúmeros mecanismos para fortalecimento das decisões judiciais, o que, sem dúvidas, é uma forte demonstração da influência do nosso sistema dos ditames da *common law* e, mesmo sem previsão expressa, não vemos óbice a aplicação das técnicas de confronto e superação dos precedentes acima expostas.

Nesse sentido, diante da redação do art. 518 §1º do CPC, interposta apelação contrária a súmula do STJ ou STF, o magistrado, naturalmente, irá inadmiti-la; dessa decisão será cabível agravo de instrumento, como se extrai do art. 522 do CPC, que ao chegar ao Tribunal será julgado por uma decisão monocrática do relator, na forma do art. 557 do CPC. Nesse sentido, caso o relator considere que a interposição do agravo é uma mera repetição de idéias já superadas buscando, somente, protelar o processo deverá, no mínimo, imputar ao recorrente litigância de má-fé, nos termos do art. 17, VI e VII do CPC⁵⁴, ainda que resulte em *reformatio in pejus*, que em regra é vedado.

Creemos que diante de tais particularidades, a única alternativa que resta ao agravante é utilizar-se de algumas das técnicas acima mencionadas, exigindo um confronto minucioso das circunstâncias do caso *sub judice* e da *ratio decidendi* firmada na súmula do STJ ou do STF, buscando um *distinguishing* ou, até mesmo, um *overruling* ou *overriding*.

O mesmo raciocínio pode ser aplicado no julgamento do agravo interno, com base no art. 557 §1º do CPC, onde o relator utilizou-se da jurisprudência dominante para dar ou negar provimento ao recurso. Observe-se que o ordenamento, com intuito de desestimular o manejo temerário do agravo interno, previu, inclusive, multa como se extrai do art. 557 §2º do CPC. Nessa hipótese, cremos que ao mencionado agravo somente não pode ser aplicada tal multa se o recorrente estiver se valendo das técnicas de confronto e/ou superação do precedente.

De igual modo, as mencionadas técnicas não estão limitadas aos Tribunais. Na hipótese do juízo de primeiro grau aplicar o art. 285-A, julgando improcedente de maneira liminar a demanda, na respectiva

53 Sobre o tema recomenda-se a leitura de GRECO, Leonardo. *Novas súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança*. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 25 nov. 2010.

54 CÂMARA, Alexandre Freitas, *Lições de Direito Processual Civil*. v. 3. 15. ed. rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.79.

apelação é admissível um eventual *distinguishing*, ou até mesmo um *overruling* ou *overriding*.

Somente desse modo a jurisprudência não engessarà o ordenamento jurídico, porque, diante de novas necessidades sociais se evidenciará as diferenças, impulsionando o Judiciário a evoluir, não se apegando a fórmulas ou paradigmas ultrapassados. A estabilidade e a continuidade dinâmicas do direito, características típicas da *common law*, assim se complementam, impulsionadas pela liberdade e pela criatividade dos juízos e tribunais inferiores.

Assim, firmadas tais premissas, vejamos os principais argumentos que podem ser suscitados para a superação ou confronto dos precedentes vinculantes: (i) quando o caso concreto não se subsume a tese jurídica consagrada na hipótese normativa consolidada na jurisprudência; (ii) fundamento novo, não examinado pelos precedentes que geraram os Enunciados da súmula do STF/STJ; (iii) se houver conflito entre os Enunciados do STJ ou do STF; ou, (iv) se houver conflito entre um Enunciado e uma jurisprudência dominante⁵⁵.

10 DA AUSÊNCIA DE UMA TEORIA DO PRECEDENTE, BEM COMO DE TÉCNICAS DE CONFRONTO E SUPERAÇÃO NO NOVO CPC

O Projeto do Novo CPC, seguindo a evolução doutrinária e legislativa sobre o tema, busca uniformizar e estabilizar a jurisprudência. Essa proposta, inclusive, é explícita, como se extrai da Exposição de Motivos do PLS 166/10, afirmando buscar a conformação da legislação com a Constituição, fazendo uma “*verdadeira sintonia fina*”, prestigiando os primados da segurança jurídica, isonomia, livre convencimento motivado e do contraditório.

Vejamos um pequeno enxerto:

Todas as normas jurídicas devem tender a dar efetividade às garantias constitucionais, tornando “segura” a vida dos jurisdicionados, de modo a que estes sejam poupados de “surpresas”, podendo sempre prever, em alto grau, as conseqüências jurídicas de sua conduta.

⁵⁵ Um bom exemplo de tal conflito ocorreu quando o STJ, por meio do seu Enunciado n° 343, defendia a tese de que era imprescindível a presença de advogado em todas as fases de processo administrativo disciplinar, porém, o STF já entendia de maneira diversa, tendo inclusive publicado a Súmula Vinculante n° 5 sobre o assunto.

Assim, o livre convencimento motivado é garantia de julgamentos independentes e justos, contudo, não pode permitir distorções do princípio da legalidade e à própria idéia de Estado Democrático de Direito. A dispersão excessiva da jurisprudência produz intranquilidade social e descrédito do Poder Judiciário.

Há, ainda, vários outros dispositivos que regulamentam a jurisprudência, sempre de modo disperso pelo projeto, contudo, seguindo a receita do atual CPC, sem coesão e organização. Um ponto é inegável, ainda que não tenha sido realizada de maneira mais organizada, avançou-se, criando hipóteses inéditas. Vejamos algumas.

Passa-se a admitir o deferimento de tutela da evidência, sendo dispensada a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação quando a matéria for unicamente de direito e houver jurisprudência firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante (art. 285, IV do Projeto).

Pretende-se esclarecer melhor as hipóteses de indeferimento liminar da petição inicial. Há, atualmente, indeferimento puramente processual (art. 267, I do CPC/73) ou ligado a questões de mérito (art. 285-A e art. 269, IV c/c 295, IV do CPC/73). O projeto reserva ao art. 317 hipóteses de “*rejeição liminar da demanda*”, onde, independentemente de citação do réu, o juiz rejeitará liminarmente a demanda se: *I – manifestamente improcedente o pedido, desde que a decisão proferida não contrarie entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, sumulado ou adotado em julgamento de casos repetitivos; II – o pedido contrariar entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, sumulado ou adotado em julgamento de casos repetitivos.*

Regulamenta-se, no título relativo ao “*processo nos tribunais*”, o dever dos mesmos velarem pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência (art. 847), editando, sempre que possível, enunciados correspondentes à súmula da jurisprudência dominante (inciso I), determinando-se que os órgãos fracionários sigam a orientação do plenário, do órgão especial ou dos órgãos fracionários superiores aos quais estiverem vinculados, nesta ordem (inciso II), que a jurisprudência pacificada de qualquer tribunal oriente as decisões de todos os órgãos a ele vinculados, bem como tais tribunais e juízos singulares observem a jurisprudência do STF e dos tribunais superiores, entre outras disposições inerentes à teoria do precedente.

Há, ainda, regulamentação da jurisprudência nos arts. 853, 865, 895 a 906 e 956 a 959.

Outro ponto positivo, digno de nota, é a atenção dispensada na modulação da jurisprudência para a hipótese de alteração de jurisprudência dominante do STF e dos tribunais superiores, ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, prestigiando o interesse social e a segurança jurídica, como se observa do art. 847, V do Projeto.

De igual modo, para a mudança de entendimento sedimentado exige-se uma fundamentação adequada e específica, considerando o imperativo de estabilidade das relações jurídicas, franqueando, inclusive, a realização de audiências públicas e a participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a elucidação da matéria.

Como afirmando acima, percebe-se que se está perdendo uma boa oportunidade⁵⁶; cedo ou tarde a legislação será alterada, justamente pela necessidade de uma melhor organização das técnicas para se confrontar e superar os precedentes. Tudo, atualmente, com a máxima venia, é feito de maneira empírica.

O projeto regulamenta, apenas, a jurisprudência. Tudo no Novo CPC é jurisprudência, sem distinguir de precedente, jurisprudência dominante, súmula, decisão judicial, tampouco, sobre as técnicas de superação e confronto dos precedentes, como *overruling*, *overriding*, *distinguishing*.

Não se cogita, sequer, na diferenciação da *ratio decidendi* e da *obiter dicta*, não obstante se estimular a publicação de enunciados sumulares, contudo, não se estimula a investigação das circunstâncias do caso ou dos casos que levaram a sua edição, o que deveria ser indissociável. A norma jurídica geral, consagrada na súmula, somente subsiste se atrelada as circunstâncias concretas que a motivaram.

Enfim, o ideal seria que se alterasse o Capítulo I do Título I (“Dos processos nos tribunais”), realizando-se uma melhor organização e avanço no tema. Infelizmente, ao analisar o “Novo” CPC fica a impressão de se estar lendo o CPC de 1973, melhor organizado.

⁵⁶ Valho-me, aqui, das palavras de MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Divergência jurisprudencial e súmula vinculante. 4ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 145, que afirma “agora é o momento de a ciência processual dar mais um salto de qualidade nessa linha evolucionista, fornecendo os instrumentos para que a desejada isonomia de todos perante a lei seja uma garantia real e não apenas formal;...”.

11 CONCLUSÃO

Percebe-se, diante de tudo que foi afirmado, que nosso ordenamento, indiscutivelmente, está em nítida mudança, abandonando um pouco das clássicas premissas do sistema da *civil law*, rendendo-se às influências da teoria do *stare decisis*.

Observe-se que para tal mudança não se necessitou de um Novo CPC, contudo, como se escolheu refazê-lo, é uma boa oportunidade para uma verdadeira evolução na qualidade do trato a matéria.

Para o operador do direito fica a impressão de que se está adotando uma teoria dos precedentes aos poucos, sorrateiramente. As mudanças, realmente, necessitam de ser aos poucos, contudo, pelo menos desde a EC 45/04 já se debate, abertamente, sobre súmulas vinculantes e temas correlatos. Nesse sentido, não se justifica criar um Novo CPC e não se aproveitar a oportunidade para melhor regulamentar o tema, afirmando-se, por exemplo, quando a fundamentação tem o condão de ter eficácia vinculante, ou seja, quando realmente for uma *ratio decidendi*.

Cumprе registrar que não é somente o sistema da *civil law* que está se aproximando do sistema da *common law*, há relatos doutrinários que afirmam que países da *common law*, como a Inglaterra, tem buscado soluções para suas deficiências em técnicas adotadas em países da *civil law*⁵⁷.

O processo deve estar aberto ao diálogo, principalmente utilizando as experiências de outros sistemas, justamente para uma troca de experiências. Assim, não adianta se criar barreiras jurisprudenciais sem as respectivas técnicas de superação e confronto. O debate sempre é salutar, pois gera a evolução, impedindo a concretização de uma tese jurídica. Não se pode cogitar em Estado Democrático de Direito sem um ordenamento coerente, referindo-me à ordenamento legislativo e o produzido pelos Tribunais.

57 GRECO, Leonardo. Instituições de processo civil. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 4. Afirmando que no sistema da *civil law* existe referência à jurisprudência, bem como na *common law* há amplo uso da lei escrita: TARUFFO, Michele. Precedente e Giurisprudenza. In: *Revista Trimestale de Diritto e Procedura Civile*, Milano: Dott. A. Giuffrè, p. 709, 2007.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Valter Shuenquener. *O princípio da proteção da confiança*. Uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

ARENHART, Sérgio Cruz. O recurso de terceiro prejudicado e as decisões vinculantes. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 11.

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. *Revista Eletrônica de Direito de Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 26 abr. 2010.

_____. *Teoria dos princípios* – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

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

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário, 2: Tomo I*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Intervenção de terceiros* – questões polêmicas, 2001.

_____. *Curso Sistematizado de direito processual civil 5: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais*. São Paulo: Saraiva, 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. V. I. 17. ed. inteiramente revista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas, *Lições de Direito Processual Civil*. v. 3. 15. ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *Panóptica*, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. I. 11. ed. Jus Podivm, 2009.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. V. II. 6. ed. JusPodium, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Intervenção de terceiros*. cit. n. 13.

GODINHO, Robson Renault. Ministério Público como assistente simples – o interesse institucional como expressão do interesse jurídico. *Revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 6 jan./jun. 2006.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*, v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 1.

_____. *Novas súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 25 nov. 2010.

MADEIRA, Daniela Pereira. *A força da jurisprudência*. O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa): (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil. Coord.: Luiz Fux. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 4. ed. São Paulo: RT, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A transformação do civil law e a oportunidade de um sistema precedentalista para o Brasil*. Disponível em: <<http://www.marinoni.adv.br>>, acesso: em 16.06.2011.

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

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Sentença e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais*. Disponível em: <<http://www.alvarodeoliveira.com.br>>.

PORTANOVA, RUI. *Motivações Ideológicas da Sentença*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de Direito Processual civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. v. I, 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Leituras complementares de Direito Constitucional – Teoria da Constituição. Organização de Marcelo Novelino, Salvador: Jus Podivm, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova; Cedam, 1975.

TARUFFO, Michele. Precedente e Giurisprudenza. *Revista Trimestale de Diritto e Procedura Civile*, Milano: Dott. A. Giuffrè, 2007.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: RT, 2004.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 172, ano 34, jun. 2009.



**DELEGAÇÃO DO PODER DE SANÇÃO
A ASSOCIAÇÃO PRIVADA COM VIÉS
PÚBLICO: O CASO DA CÂMARA DE
COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA**

***DELEGATION OF POLICE POWER TO PRIVATE ASSOCIATION
VESTED WITH PUBLIC INTEREST: THE CASE OF THE BRAZILIAN
CHAMBER OF ELECTRICAL ENERGY COMMERCIALIZATION***

*Luiz Eduardo Diniz Araujo
Procurador Federal,*

*Subprocurador-Geral da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL e
Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Delegação do poder de polícia na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal; 2 Interpretação jurídica; 3 Evolução da atuação do Estado brasileiro na economia; 4 Releitura da delegação do poder de polícia; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O texto analisa a legitimidade da aplicação de penalidades aos agentes do setor elétrico brasileiro pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE. Em primeiro momento, faz-se análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF a respeito da delegação do poder de polícia a entes privados, notadamente a partir do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.717. Em seguida, busca-se demonstrar que a atividade de interpretação jurídica não representa a mera leitura de normas e que o seu resultado deve considerar a evolução histórica. Por fim, apresenta-se nova leitura da delegação do poder de polícia a entes privados a partir da análise histórica do setor elétrico brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Câmara de Comercialização de Energia Elétrica. Poder de polícia. Delegação. Interpretação jurídica. Sanção.

ABSTRACT: This paper sets out to examine the legitimacy of applying penalties to agents of the Brazilian electric sector by the Brazilian Chamber of Electric Energy Commercialization. Firstly, it examines the jurisprudence of the Brazilian Supreme Court regarding the delegation of police power to private entities, notably from the judgment of the Direct Action of Unconstitutionality number 1,717. Secondly, it is sought to demonstrate that the activity of legal interpretation is not merely the reading of legal norms and that its outcome should consider aspects of historical evolution. Finally, from a historical analysis perspective towards the Brazilian electric sector, a new understanding of police power delegation to private entities is presented.

KEYWORDS: Brazilian Chamber of Electrical Energy Commercialization. Police power. Delegation. Legal interpretation. Sanction.

INTRODUÇÃO

A Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE teve sua criação autorizada pelo artigo 4º da Lei n. 10.848, de 15 de março de 2004, com a finalidade de viabilizar a comercialização de energia elétrica no Brasil. Nessa tarefa, a CCEE é regulada e fiscalizada pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL.

A CCEE é composta por geradores com capacidade instalada igual ou superior a 50 MW, importadores e exportadores de energia com intercâmbio igual ou superior a 50 MW, distribuidores com mercado igual ou superior a 500 GWh/ano, comercializadores com volume igual ou superior a 500 GWh/ano e consumidores livres e especiais, conforme o artigo 4º do Decreto n. 5.177, de 12 de agosto de 2004.

O Decreto n. 5.177/2004 também traz disciplina impositiva para a administração da CCEE e determina, em seu artigo 9º, que o Conselho de Administração seja integrado por cinco membros, sendo seu Presidente indicado pelo Ministro de Minas e Energia. A alteração do estatuto social da CCEE, por seu turno, depende de homologação da ANEEL, conforme artigo 1º, § 2º, do Decreto n. 5.177/2004.

Apesar da personalidade jurídica de direito privado, a CCEE possui marcante presença estatal. Daí que, conforme registrado pelo Ministro Gilmar Mendes no voto proferido no julgamento de medida cautelar na ADI 3.090/DF, a CCEE, tal como o extinto Mercado Atacadista de Energia Elétrica – MAE, “caracteriza-se como uma pessoa jurídica de direito privado ‘atípica’, com forte coloração pública. É uma instituição peculiar, que desempenha uma função de eminente interesse público”.

A CCEE viabiliza a comercialização de energia por meio da aplicação das normas constantes da Convenção, Regras e Procedimentos de Comercialização estabelecidos pela ANEEL (art. 3º, XIV, da Lei n. 9.427, de 26 de dezembro de 1996; artigo 1º, § 6º, da Lei n. 10.848/2004; artigo 1º, § 1º, do Decreto n. 5.163, de 30 de julho de 2004).

Entre as principais atribuições da CCEE destinadas a viabilizar a comercialização de energia, encontra-se a apuração “do descumprimento de limites de contratação de energia elétrica e outras infrações e aplicar as respectivas penalidades”, conforme previsto no artigo 2º, VII, do Decreto n. 5.177/2004.

Assim, a CCEE não possui autonomia para, por sua própria iniciativa, estabelecer Regras ou Procedimentos de Comercialização, tampouco para prever penalidades a serem aplicadas aos agentes. A CCEE exerce apenas atividade executória dessas normas.

Diante das características de sua criação e composição e do caráter meramente executório de sua atividade, as penalidades aplicadas pela CCEE possuem natureza administrativa. Isso porque as penalidades aplicadas pela CCEE têm sua previsão na regulação da ANEEL (Convenção e Regras de Comercialização), e não em deliberação da assembleia no exercício da autonomia associativa.

Também é importante registrar que a finalidade da instituição das penalidades aplicadas pela CCEE é a confiabilidade do sistema, sendo, portanto, pública.

Por último, o produto dessas penalidades reverte em benefício da modicidade tarifária, e não em favor da própria pessoa jurídica de direito privado ou de seus associados (artigo 3º, § 4º, do Decreto n. 5.163/2004).

Em relação a essa realidade normativa e fática, é comum a alegação de que há inconstitucional delegação do poder de polícia da União a ente privado. Para sustentar essa afirmativa, afirma-se que “a imposição de sanção administrativa apenas pode ser exercida pelo próprio Estado”. A aplicação de sanções administrativas seria “função inerente e privativa das pessoas jurídicas de direito público”. Afirma-se também que “seria infringente à Constituição que uma associação privada fosse investida de poderes sancionatórios tipicamente estatais”.

Antes de se analisar a legitimidade da atuação da CCEE, é imprescindível que se compreenda a posição da jurisprudência brasileira a respeito da delegação do poder de polícia, se entendam as normas constitucionais em sua realidade dinâmica, e não estática, e se conheça o reposicionamento do Estado na economia ocorrido na década de 1990, com ênfase no setor elétrico.

1 DELEGAÇÃO DO PODER DE POLÍCIA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A questão da delegação do poder de polícia pelos tribunais brasileiros tem sido analisada a partir das conclusões alcançadas pelo Supremo Tribunal Federal – STF no julgamento da ADI n. 1.717, verdadeiro marco jurisprudencial sobre o assunto.

Por meio da propositura da ADI n. 1.717, questionou-se a constitucionalidade da Lei n. 9.649, de 27 de maio de 1998, artigo 58, *caput* e seus parágrafos¹, os quais dispunham que a fiscalização de profissões regulamentadas seria feita, por delegação, pelos respectivos conselhos profissionais.

No pedido inicial, sustentava-se que, em se tratando de competência privativa da União, não seria possível a transferência a entes privados de atribuições de inspeção do trabalho nem o estabelecimento de condições para o exercício de profissões, ainda que mediante autorização legislativa.

O STF deferiu a medida cautelar em 1999, e, quando do julgamento do mérito da ADI, em novembro de 2002, firmou-se o entendimento de que as atividades típicas do Estado, envolvendo, também, poder de polícia e punição, são insuscetíveis de delegação a entidades privadas.

Nos termos do voto do relator, o Ministro Sydney Sanches, o STF identificou, na aludida delegação, violação à interpretação conjugada dos

1 “Art. 58. Os serviços de fiscalização de profissões regulamentadas serão exercidos em caráter privado, por delegação do poder público, mediante autorização legislativa.
§ 1º A organização, a estrutura e o funcionamento dos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas serão disciplinados mediante decisão do plenário do conselho federal da respectiva profissão, garantindo-se que na composição deste estejam representados todos seus conselhos regionais.
§ 2º Os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas, dotados de personalidade jurídica de direito privado, não manterão com os órgãos da Administração Pública qualquer vínculo funcional ou hierárquico.
§ 3º Os empregados dos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas são regidos pela legislação trabalhista, sendo vedada qualquer forma de transposição, transferência ou deslocamento para o quadro da Administração Pública direta ou indireta.
§ 4º Os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas são autorizados a fixar, cobrar e executar as contribuições anuais devidas por pessoas físicas e jurídicas, bem como preços de serviços e multas, que constituirão receitas próprias, considerando-se título executivo extrajudicial a certidão relativa aos créditos decorrentes.
§ 5º O controle das atividades financeiras e administrativas dos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas será realizado pelos seus órgãos internos, devendo os conselhos regionais prestar contas, anualmente, ao conselho federal da respectiva profissão, e estes aos conselhos regionais.
§ 6º Os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas, por constituírem serviço público, gozam de imunidade tributária total em relação aos seus bens, rendas e serviços.
§ 7º Os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas promoverão, até 30 de junho de 1998, a adaptação de seus estatutos e regimentos ao estabelecido neste artigo.
§ 8º Compete à Justiça Federal a apreciação das controvérsias que envolvam os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas, quando no exercício dos serviços a eles delegados, conforme disposto no *caput*.
§ 9º O disposto neste artigo não se aplica à entidade de que trata a Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994”.

artigos 5º, XIII², 22, XVI³, 21, XXIV⁴, 70, parágrafo único⁵, 149⁶ e 175⁷ da Constituição Federal.

[...] não me parece possível, a um primeiro exame, em face de nosso ordenamento constitucional, mediante a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, a delegação, a uma entidade privada, de atividade típica do Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e punir no que concerne ao exercício de atividades profissionais.

Observa-se, então, que a “construção” da tese da inconstitucionalidade da delegação do poder de polícia está vinculada especificamente à fiscalização do exercício de atividades profissionais, a qual, nos termos da lei impugnada perante o STF, alcança até o poder de tributar.

Deve ser feita a ressalva, portanto, de que não se pode atribuir à conclusão da ADI n. 1.717 efeitos gerais, aplicáveis a qualquer situação de delegação de atribuições administrativas.

O Superior Tribunal de Justiça tem seguido, em linhas gerais, o mesmo entendimento do STF. No entanto, julgados relacionados a delegação de poder de polícia a agentes de trânsito têm tomado direcionamento diverso.

No REsp 817.534, apreciado pela 2ª Turma, foi decidido que é possível a delegação do exercício do poder de polícia a particulares, em especial a aplicação de multas de trânsito por sociedades de economia mista.

2 “XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

3 “XVI - organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões”.

4 “XXIV - organizar, manter e executar a inspeção do trabalho”.

5 “Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumira obrigações de natureza pecuniária”.

6 “Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo”.

7 “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

O relator, Ministro Mauro Campbell, ressaltou que as atividades que envolvem a consecução do poder de polícia, segundo o Código de Trânsito Brasileiro, poderiam ser divididas em quatro grupos (a saber, legislação, consentimento, fiscalização e sanção), e que somente os atos relativos ao consentimento e à fiscalização seriam delegáveis, pois aqueles referentes à legislação e à sanção derivam do poder de coerção do Poder Público.

Portanto, do ponto de vista jurisprudencial, apesar do caráter paradigmático do acórdão do STF proferido na ADI n. 1.717, observa-se que a discussão em torno do tema encontra-se em constante evolução.

Tal ocorre, principalmente, em razão de a Constituição Federal de 1988 não conter vedação expressa à delegação.

Isso fica claro quando se observam os termos da argumentação do relator da ADI n. 1.717, ao fazer referência a uma interpretação conjugada de dispositivos constitucionais fragmentados.

Portanto, a vedação à delegação do poder de polícia é mais produto de interpretação criativa do que resultado de operação lógica de subsunção (de identificação de vontade constitucional pré-existente). Não é esse, no entanto, o discurso que se encontra na decisão, na qual se argumenta sob color dogmático-subsumtivo.

Como o “dogma” da proibição de delegação do poder de polícia é mais fruto de construção interpretativa influenciada pelo momento histórico do que uma decisão deliberada do legislador constituinte, será demonstrado que, uma vez superado tal momento histórico, deve-se promover nova leitura da Constituição.

2 INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

2.1 CARÁTER ESTÁTICO DO RACIOCÍNIO DOGMÁTICO-SUBSUNTIVO

Nas teorias de interpretação, muito já se discutiu se a interpretação de lei deveria buscar revelar a vontade subjetiva do legislador ou a vontade objetiva da lei. Em verdade, essa é uma polêmica praticamente sem fim.

De um lado, Engisch⁸ questiona até mesmo a possibilidade de se identificar a vontade subjetiva do legislador: quem vai saber o que

8 ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. 206.

realmente passou pela cabeça do legislador? Mas, de fato, ainda que fosse possível identificar essa vontade, a pergunta mais incisiva feita por ele é a seguinte: qual a importância do que passou pela cabeça do legislador? Ferraz Jr.⁹ ainda registra uma crítica comumente feita à teoria subjetivista: a vontade do legislador é mera ficção, pois o legislador raramente é uma pessoa fisicamente identificável.

De outro lado, o raciocínio objetivista padeceria do mesmo vício de origem do raciocínio subjetivista: ambos partem do pressuposto de que o sistema jurídico contém soluções prontas para todos os problemas que possam surgir, cabendo ao intérprete apenas a identificação dessa vontade estática no conjunto de normas já existentes (sistema fechado).

Assim, para ambos os pensamentos de matriz positivista (fiéis representantes do raciocínio dogmático-subsuntivo), para um determinado caso apenas pode haver uma única decisão correta, atuando o aplicador do direito como um autômato, “com a única particularidade que o aparelho em função não é um mecanismo automático, mas um mecanismo lógico”¹⁰.

2.2 REALIDADE DINÂMICA: CRISE DO RACIOCÍNIO DOGMÁTICO-SUBSUNTIVO

Apesar da consolidada validade do raciocínio dogmático-subsuntivo para a aplicação de normas nos sistemas jurídicos de inspiração continental europeia (sistemas do *civil law*), como é o caso do modelo brasileiro, ainda assim é certo que a atividade interpretativa não se resume à operação de subsunção, ou seja, não é sempre nem apenas a aplicação automática e objetiva de uma hipótese previamente (estática) definida aos fatos (em constante movimento).

O curso do tempo demonstrou que a dinâmica da vida social é bastante complexa, o que pode gerar relações e conflitos dificilmente subsumíveis a padrões pré-fixados, conforme pretendem as teorias positivistas.

Se é certo que determinados casos (os chamados casos fáceis, na expressão de Ronald Dworkin) podem facilmente se adequar a padrões normativos, também é certo que a vida será pródiga em multiplicar casos

9 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 2007.

10 ENGISCH, op. cit., p. 206.

(os chamados casos difíceis, também na expressão de Ronald Dworkin) para os quais não haverá uma perfeita correspondência normativa, justamente pela falta de previsibilidade do legislador quanto à sua possível ocorrência.

Engisch¹¹ relata que a estrita vinculação do aplicador do direito à lei começou a vacilar no decurso do século XIX. Instaure-se a percepção de que a estrita vinculação do juiz à lei é impraticável em face de que não é possível “elaborar as leis com tanto rigor e fazer sua interpretação em comentários oficiais de modo tão exacto e esgotante que toda a dúvida quanto a sua aplicação seja afastada”.

Assim é que a doutrina passa a contestar a pretensa completude atribuída pelos juspositivistas ao ordenamento jurídico. Entre as várias críticas endereçadas a essa concepção, pode ser citada a de Kaufmann¹², para quem a pressuposição de ausência de lacunas das leis mostrou-se insustentável.

Portanto, a solução para os casos fáceis pode ser encontrada por meio de aplicação automática e objetiva, sem a interferência da vontade do intérprete, mas os casos difíceis, as chamadas zonas cinzentas, não encontram solução por meio de subsunção.

Para Hesse¹³, o objetivo da interpretação apenas relativamente pode consistir na tentativa de revelar uma vontade preexistente nas normas. Apesar de não se poder presumir que as normas ou o legislador tenham tomado decisões prévias para todas as questões controversas que pudessem surgir no futuro, deve-se imaginar ao menos que tenham se limitado a fixar pontos de apoio para a tomada futura dessas decisões. Esses pontos de apoio devem ser utilizados como referência e limite para a interpretação.

Em resumo, salvo os casos fáceis, todos os casos difíceis demandam interpretação criativa (e, assim, dinâmica) para se chegar a uma solução racional. É que, como já defendido pelos sofistas, notadamente Heráclito, “tudo está em movimento”, daí que “tudo é

11 ENGISCH, op. cit., p. 206.

12 KAUFFMAN, Arthur. *Filosofia do direito*. Tradução de Antônio Ulisses Cortez. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 27, 2007.

13 HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Tradução de Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

relativo”¹⁴. Se a vida se movimenta, deve o direito acompanhá-la em sua constante evolução. O raciocínio dogmático-subsuntivo não apresenta resposta adequada para a questão, exceto a alteração contínua da legislação.

2.3 O DIREITO EM MOVIMENTO: A TEORIA HERMENÊUTICA

Ultrapassada a concepção positivista tradicional, a doutrina se viu às voltas com a busca de respostas satisfatórias para a interpretação jurídica e aplicação de decisões aos casos difíceis.

Cabe analisar, então, como se comporta o jurista face à interpretação de normas contidas em leis e diante de uma realidade social cada vez mais dinâmica e mutável.

Hesse¹⁵ defende que a interpretação é concretização, ou seja, tem caráter criativo: o conteúdo da norma interpretada apenas se torna completo com sua interpretação. Assim, seria possível imprimir dinamicidade às normas, o que se faria por meio do contato dos pontos de apoio – fornecidos legislativamente – com os fatos. O intérprete teria que pôr os pontos de apoio em relação com o problema concreto a resolver. A determinação da norma aplicável constituiria um processo único e contemporâneo ao fato, e não a aplicação de algo preexistente.

A diferença entre o modelo juspositivista tradicional e o hermenêutico é que, para esse, o texto jurídico necessita de contribuição externa ao sistema (sistema aberto) para que seja possível a sua compreensão.

O ponto de partida do modelo hermenêutico é constituído pela relação entre norma e caso fático, que pertencem a planos diversos (dever ser e ser). Considerando que a norma não se encontra fora do procedimento de interpretação e que as circunstâncias de fato podem ser valoradas apenas levando-se em conta os pontos de apoio fornecidos pelo texto, a concretização do direito se produz apenas simultaneamente ao caso concreto.

Institui-se, assim, raciocínio circular entre compreensão das normas e das circunstâncias de fato. Daí que o sistema jurídico não se esgota em si mesmo, mas é mutável a partir das alterações ocorridas na vida real.

¹⁴ KAUFFMAN, op. cit., p. 30.

¹⁵ HESSE, op. cit., passim.

Segundo Viola e Zaccaria¹⁶, a função da interpretação é superar tanto a distância temporal entre o ontem e o hoje, como a diferença entre a universalidade da norma e a singularidade dos casos fáticos. Hermenêutica, então, seria o colocar-se “entre”, empenhar-se na arte de mediação entre elementos de natureza diversa.

Passa-se a compreender que o juiz, não apenas no sistema do *common law*, é organicamente investido de função produtiva de novo direito, visto que a lei não é mais autossuficiente. A tarefa do juiz é precisamente ponderar no caso singular os conflitos de valores e de interesses que o legislador haja disciplinado, e, assim, materializar as previsões normativas em decisões.

Na teoria hermenêutica, portanto, a compreensão da norma não é fenômeno estático e objetivo, mas evento real, atual e dinâmico, que envolve o intérprete e suas pré-compreensões, os pontos de apoio fornecidos pelo texto e o fato.

2.4 CONSTITUIÇÃO DINÂMICA

Essas mesmas reflexões têm sido desenvolvidas sob a perspectiva constitucional.

Hesse¹⁷, por exemplo, reafirma que as normas constitucionais não são completas nem perfeitas e que “a Constituição não é um sistema fechado e onicompreensivo”, mas apenas um conjunto de princípios (norma marco). Daí que “a constituição de uma comunidade política concreta, seu conteúdo, a singularidade de suas normas e seus problemas não de ser compreendidos de uma perspectiva histórica”.

Hesse¹⁸ tem a preocupação de pontuar que “toda Constituição é Constituição no tempo”, ou seja, está submetida à mudança histórica, a qual nunca deixará incólume o seu original conteúdo. Quando se perde essa percepção dinâmica da Constituição, o seu conteúdo fica “petrificado e a curto ou longo prazo não poderá cumprir suas funções”.

16 VIOLA, Francesco; ZACCARIA, Giuseppe. *Diritto e interpretazione*: lineamenti di teoria ermeneutica del diritto. Roma: Laterza, 2004.

17 HESSE, Konrad. *Temas fundamentais de direito constitucional*. Brasília: Saraiva, p. 5, 2009.

18 HESSE, 2009, op. cit., p. 7.

A abertura do sistema constitucional, no entanto, seria relativa, de modo que se afaste o risco de anarquia e insegurança. Permite-se que a Constituição se adapte à evolução histórica, sem que se comprometa a existência dos valores básicos nela consagrados.

Diante dessas balizas é que se fala em mutação constitucional, que pode ser compreendida como a modificação do conteúdo das normas constitucionais sem alteração no texto.

Para Hesse¹⁹, os limites da mutação constitucional se encontram nos pontos de apoio fornecidos pelo texto. Para além dos pontos de apoio, “para superar novas situações ou para proceder a reformas, impõe-se a modificação do texto, a reforma constitucional”.

Cabe registrar, ainda que de passagem, que o STF, já há algum tempo, tem se posicionado favoravelmente à adoção “dos processos informais de mutação constitucional e o papel do Poder Judiciário” como “instrumento juridicamente idôneo de mudança informal da Constituição” (acórdão proferido no Habeas Corpus n. 96.772-MG, julgado em 9 de junho de 2009).

Em outra oportunidade, o STF pontuou que no poder de interpretar a Constituição “reside a prerrogativa extraordinária de (re) formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional”, o que traz ínsito o significado de que “a Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la” (acórdão proferido no Mandado de Segurança n. 26.603-DF, julgado em 4 de outubro de 2007).

Ainda segundo o STF, a interpretação atualizadora se destina a compatibilizar a Constituição Federal “com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea” (HC 96.772-MG).

2.5 CONCLUSÃO PRELIMINAR

Como já demonstrado, a inconstitucionalidade da delegação do poder de polícia resulta mais de interpretação criativa doutrinária e jurisprudencial a partir do texto constitucional, em vista do estágio

¹⁹ HESSE, 2009, op. cit., passim.

de evolução do Estado brasileiro à época, do que de leitura precisa de eventual comando unívoco. Com efeito, a CF/88 não trouxe uma decisão prévia e estática a respeito da delegação do poder de polícia.

Assim é que, uma vez alterado o contexto político-social do Estado brasileiro (paradigma do Estado com características reguladoras, como será visto a seguir), torna-se possível nova leitura do texto constitucional para que se chegue a novas conclusões a respeito da delegação do poder de polícia.

3 EVOLUÇÃO DA ATUAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO NA ECONOMIA

3.1 BREVES NOÇÕES DOS MODELOS DE ESTADO SOCIAL E REGULADOR

Verificadas distorções e injustiças causadas pela ausência de atuação do Estado liberal na economia, passou-se a aceitar a intervenção do Estado, desde que cercada das indispensáveis cautelas para limitá-la ao estritamente necessário, a fim de suprir as disfunções maiores do sistema econômico (NUSDEO²⁰). Isso, no entanto, conduziu ao surgimento de outro centro decisório econômico paralelo: o Estado.

Por trás da noção das falhas de mercado, há um teorema da economia de bem-estar segundo o qual, em determinadas condições, os mercados geram uma alocação de recursos ótima (“ótimo de Pareto”). As falhas de mercado ocorrem quando uma ou mais condições de validade do teorema não se realizam. Assim, as ideias intervencionistas se posicionam da seguinte forma: se o Estado conseguir eliminar tais falhas a um custo razoável, poderá melhorar a eficiência ou a viabilidade do mercado.

A convivência de dois centros de decisão – mercado e Estado – fez com que se lhe desse o nome de sistema misto ou de iniciativa dual, em superação aos modelos econômicos de autonomia, também chamados de modelos liberais, nos quais o Estado é mínimo e exerce pouca influência sobre a produção e a troca de bens.

A estrutura jurídica dos sistemas mistos ou duais traz a problemática de se definir a fronteira entre as áreas próprias a cada um dos dois centros decisórios.

20 NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

Quanto a essa fronteira, durante aproximadamente um século e meio predominou a doutrina liberal. A partir da Grande Depressão Econômica do início do século XX, ganhou terreno no mundo ocidental a chamada socialdemocracia ou intervencionismo. O socialismo ocidental não busca a coletivização dos bens de produção nem a centralização do sistema econômico, mas defende presença ativa do Estado, inclusive na modalidade absorção, isto é, com o exercício da atividade empresarial pelo Estado em alguns tantos setores tidos como estratégicos.

Nas nações mais maduras de atuação intervencionista, os Estados têm agido primordialmente no campo do bem-estar social. Nos países de economia ainda por desenvolver, como é o caso do Brasil, a ação estatal concentra-se no objetivo de promover o desenvolvimento.

No entanto, como todo sistema econômico, o dual também se ressentido de imperfeições, as quais decorrem fundamentalmente do problema da discrepante forma de comportamento dos seus dois setores componentes – o público e o privado. Foi nesse contexto que a noção de falha de governo surgiu, com os teóricos da escolha pública (*public choice*) identificando vários tipos de falhas no setor público, exatamente na mesma perspectiva que gerações anteriores de economistas haviam produzido uma lista ainda maior de tipos de falhas do mercado²¹.

A última década do século XX assistiu ao reaparecimento de ideais liberais, voltados a conter a atuação do Estado, principalmente nos países da Europa e da América Latina. Privatização e liberalização têm-se constituído em balizas fundamentais no plano interno (NUSDEO²²).

Deve ser registrado, ainda, que, atualmente, a ênfase produtivista tem repousado primordialmente na direção – sob a forma de regulação –, em detrimento da absorção. Ou seja, nos países da Europa e da América Latina, tem havido maciça privatização de entes e empresas estatais, substituídas por mecanismos de acompanhamento e regulação estatais. Para tanto, tem-se dado ênfase às chamadas agências reguladoras independentes.

Essa situação surgiu a partir do desmoronamento do consenso social-democrático sobre o papel do Estado como planejador e produtor direto de bens e serviços.

21 MAJONE, Giandomenico. *Regulating Europe*. London: Routledge, 1996.

22 NUSDEO, op. cit., passim.

A combinação de crescimento do desemprego e das taxas de inflação não podia ser explicada dentro dos modelos keynesianos da época, enquanto a despesa pública crescente e as políticas de bem-estar eram cada vez mais vistas como parte do problema do desempenho do Estado. Como afirmam La Spina e Majone²³, não importa se as críticas ao Estado social eram justas ou empiricamente baseadas: fato é que um número crescente de eleitores foi convencido por elas e se dispôs a apoiar um novo modelo de governança que incluísse a privatização de muitas partes do setor público, mais concorrência em toda a economia pelo lado da oferta e reformas de longo alcance no Estado do bem-estar. O novo modelo incluía a privatização, a liberalização e a reforma dos programas sociais.

No núcleo estratégico e nas atividades exclusivas de Estado, a propriedade seria estatal. No outro extremo – no setor de bens e serviços para o mercado –, a produção seria realizada pelo setor privado. A privatização da prestação de serviços de utilidade pública é normalmente seguida de regulação de preços, acompanhada da introdução da concorrência, com a tentativa de, quando possível, se atomizar a participação no mercado.

Segundo ideia disseminada entre alguns doutrinadores, entre eles Pereira²⁴, pressupõe-se que as empresas seriam mais eficientes se controladas pelo mercado e administradas privadamente. Daí deriva a defesa da subsidiariedade da atuação do Estado: só deve ser estatal a atividade que não puder ser eficazmente controlada pelo mercado.

Além disso, difundiu-se a ideia de que a crise fiscal retirou do Estado a capacidade de investir nas empresas estatais, o que tornaria aconselhável privatizá-las.

A falha de regulação por meio da propriedade estatal também explicaria a mudança para um modo alternativo de controle no qual os serviços públicos e outros setores, considerados importantes por afetarem o interesse público, são deixados em mãos privadas, mas sujeitos a normas elaboradas e aplicadas por agências especializadas.

²³ LA SPINA, Antonio; MAJONE, Giandomenico. *Lo Stato regolatore*. Bologna: il Mulino, 2000.

²⁴ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. In: BRESSER, Luiz Carlos; SPINK, Peter Kevin (coord.). *Reforma do Estado e administração pública gerencial*. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

Para La Spina e Majone²⁵, a maioria das diferenças estruturais entre o *Welfare State* e o Estado regulador pode ser examinada quanto à distinção entre duas fontes de poder governamental: a tributação e a despesa, de um lado; e a criação de regras, do outro.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 define o sistema econômico como dual ou misto (artigos 170, *caput* e parágrafo único, e 173, *caput*), permitindo-se as várias modalidades de ação do Estado: absorção (art. 173, *caput*, “a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”), direção (art. 174, *caput*, “como agente normativo e regulador da atividade econômica”) e indução (artigo 174, *caput*, “incentivo e planejamento”).

Como se verá em seguida, por meio da adoção de decisões político-legislativas, o Estado brasileiro tem deixado de intervir na economia por meio da absorção de atividades, dando prioridade à direção e à indução, inclusive em situações de monopólio natural de infraestruturas. Manteve a atuação direta apenas em setores estratégicos, por exemplo, determinadas fases da exploração do petróleo.

3.2 ESTADO BRASILEIRO EMPREENDEDOR

Quanto à produção de bens, os três níveis de governo integrantes do Estado brasileiro vinham, historicamente, e mesmo depois da Constituição Federal de 1988, se encarregando diretamente da organização de fatores de produção, podendo ser citadas, como exemplos do fenômeno, a produção de petróleo e energia e o exercício da atividade de siderurgia.

Atividades qualificadas como serviço público, inclusive alguns por determinação constitucional, tais como serviços de telefonia, transmissão e distribuição de energia elétrica, vinham sendo prestadas por empresas estatais.

Outras atividades, como é o caso dos serviços bancários, apesar de não qualificadas como serviço público, também historicamente desenvolvido pelo Estado, vinham sendo exercidas pelo Estado em regime de competição com a iniciativa privada.

²⁵ LA SPINA; MAJONE, op. cit., passim.

Característica do desempenho de tais atividades pelo Estado é a utilização da propriedade pública como forma de regular os mercados. No caso brasileiro, a regulação por meio da propriedade pública funcionou basicamente com a utilização das empresas estatais, ou seja, das empresas públicas e sociedades de economia mista.

A ideia que se tinha quanto a essa forma de regulação era de que a propriedade pública conferiria ao Estado a habilidade para regular a economia e, principalmente, proteger os interesses públicos.

Tal forma intervencionista de atuação do Estado não foi um fenômeno brasileiro isolado. Conforme anota Majone²⁶, historicamente, a propriedade pública tem sido a principal forma de regulação econômica na Europa.

3.3 ESTADO BRASILEIRO REGULADOR

Como visto acima, no modelo regulador, a propriedade é estatal apenas no núcleo estratégico e nas atividades exclusivas do Estado. No outro extremo – no setor de bens e serviços para o mercado –, a produção é realizada pelo setor privado. Sua característica é a diminuição do tamanho do Estado e a alteração da forma de atuação na ordem econômica: em vez da absorção, o Estado atua economicamente por meio da direção.

Esse ideário começou a ser implantado no Brasil no curso do primeiro governo do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso, quando foram promovidas as grandes privatizações e a quebra de monopólios estatais.

Durante os dois governos do presidente Fernando Henrique Cardoso, no âmbito da União, tanto houve a privatização de empresas estatais que exerciam atividade econômica em sentido estrito – como o ocorrido com a Companhia Vale do Rio Doce – quanto de empresas estatais que prestavam atividades enquadradas como serviço público, caso das empresas do sistema Telebrás.

No mesmo passo, parte da execução dos serviços públicos passou a se dar por meio de empresas privadas a título de concessões, e não mais pelo Estado.

²⁶ MAJONE, op. cit., passim.

É verdade que já no governo do presidente Fernando Collor de Melo se instituiu o Plano Nacional de Desestatização, o que foi feito por meio da Lei n. 8.031, de 12 de abril de 1990. Entre os anos de 1990 e 1994, foram privatizadas 33 empresas nos setores de siderurgia, fertilizantes e petroquímica, tendo sido arrecadados oito bilhões e quinhentos milhões de dólares²⁷.

No entanto, a maciça desestatização apenas ocorreu efetivamente a partir da Lei n. 9.491, de 9 de setembro de 1997, que, em seu art. 1º, dispunha que o Programa Nacional de Desestatização se destinava a reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público.

Ainda consta expressamente do art. 1º a intenção de que o Estado deveria concentrar seus esforços nas atividades em que sua presença seja fundamental para a “consecução das prioridades nacionais”.

Assim, transformaram-se em objeto de desestatização as empresas controladas direta ou indiretamente pela União, serviços públicos objeto de concessão, permissão ou autorização, instituições financeiras públicas estaduais e, ainda, bens móveis e imóveis da União.

A partir de 1997, foram realizadas as grandes privatizações, com a venda da Cia. Vale do Rio Doce, o término da desestatização da RFFSA – Rede Ferroviária Federal S.A., com a venda da Malha Nordeste, o arrendamento do terminal de contêineres 1 do Porto de Santos, a venda do Banco Meridional do Brasil S.A., com arrecadação de mais de quatro bilhões e duzentos e sessenta e cinco milhões de dólares. Também se deu ênfase às privatizações de âmbito estadual²⁸.

A venda das empresas de telecomunicações de propriedade da União tornou-se possível com a edição da Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997. No mesmo ano, foram licitadas concessões de telefonia móvel celular para três áreas do território nacional, no valor de quatro bilhões de dólares. Nos anos seguintes deu-se curso ao processo de privatização, tendo sido o ano de 2000 o de maior arrecadação, com o montante de dez bilhões e setecentos milhões de dólares²⁹.

27 Informação Disponível em: <<http://www.bndes.gov.br/privatizacao/resultados/historico/history.asp>>.

28 Informação Disponível em: <<http://www.bndes.gov.br/privatizacao/resultados/historico/history.asp>>.

29 Informação Disponível em: <<http://www.bndes.gov.br/privatizacao/resultados/historico/history.asp>>.

Diminuiu-se, assim, o tamanho do Estado e a quantidade de atividades a seu cargo: algumas foram devolvidas integralmente à iniciativa privada; outras foram entregues à iniciativa privada por meio de concessões, restando ao Estado sua regulação e fiscalização.

A privatização de empresas estatais federais que exerciam atividades econômicas sob o regime de serviço público foi acompanhada da criação de agências reguladoras federais, que viriam a praticar a regulação não mais pelo desempenho da propriedade pública, mas a partir de sua atividade normativa. As primeiras a serem criadas foram a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, ainda em 1996, a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL e Agência Nacional do Petróleo, já em 1997.

Deve-se ressaltar que a alteração na atuação do Estado brasileiro na ordem econômica não demandou, em regra, mudança no texto constitucional.

De fato, desde sua versão original consta da Constituição Federal de 1988 a demarcação de competência da União para explorar, diretamente ou mediante concessão ou permissão a entes privados (artigo 21) serviços de radiodifusão sonora (inciso XII, “a”), serviços e instalações de energia elétrica (inciso XII, “b”), navegação aérea (inciso XII, “c”), serviços de transporte ferroviário e aquaviário (inciso XII, “d”) e o rodoviário interestadual e internacional de passageiros (XII, “e”).

A mudança textual da Constituição Federal com a finalidade de “rever o papel do Estado na economia” apenas se tornou necessária em relação aos setores de telecomunicações e de petróleo. Isso porque, a uma, o artigo 21, XI, em sua redação original, dispunha que competia à União explorar serviços de telecomunicação, diretamente ou mediante concessão a empresas sob controle estatal, o que sofreu alteração pela Emenda Constitucional n. 8, de 15 de agosto de 1995. E, a duas, o artigo 177, parágrafo 1º, impedia a União de conceder a empresas privadas qualquer tipo de participação nas diversas atividades relacionadas à exploração do petróleo, o que foi alterado pela Emenda Constitucional n. 9, de 9 de novembro de 1995.

Assim, é possível concluir-se que, em regra, a Constituição Federal já trazia, desde a origem, amplas possibilidades para a atuação do Estado na economia, cabendo ao legislador ordinário a definição de sua forma (absorção, direção e/ou indução).

Essa conclusão pode ser reforçada quando se observam os artigos 173, *caput* – possibilidade de atuação direta pelo Estado quando presentes imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei –, 174, *caput* – atuação do Estado como regulador da atividade econômica –, e 175, *caput* – prestação de serviços públicos pelo Estado, seja diretamente, seja por meio de concessão ou permissão. Vale ressaltar, por fim, que os textos dos artigos mencionados são os mesmos desde a promulgação da Constituição Federal.

3.4 MUDANÇAS NO SETOR ELÉTRICO

Em meados do século XX, dada a crescente demanda energética do país e a conseqüente necessidade de grandes investimentos em empreendimentos hidrelétricos, o Estado brasileiro ingressa no setor como empresário.

Exemplo desse fenômeno foi a criação da Companhia Hidro Elétrica do São Francisco – CHESF por meio do Decreto-lei n. 8.031, de 3 de outubro de 1945, com a finalidade de realizar o aproveitamento industrial progressivo da energia hidráulica do Rio São Francisco.

A Eletrobrás teve sua criação autorizada pela Lei n. 3.890, de 20 de abril de 1961, cujas competências foram definidas pela Lei n. 5.899, de 5 de julho de 1973. Competia à estatal, por meio de suas subsidiárias regionais, construir e operar (i) geração de interesse supraestadual, (ii) transmissão de alta tensão que se destine à integração interestadual e (iii) transmissão de energia proveniente de empreendimento binacional. Além disso, cabia à Eletrobrás contribuir para o planejamento energético nacional (artigos 14 e 15 da Lei n. 5.899/1973).

Também deve ser lembrada a criação das Centrais Elétricas de Minas Gerais S.A. – CEMIG, em Minas Gerais, e da Comissão Estadual de Energia Elétrica – CEEE, no Rio Grande do Sul.

Segundo Waltenberg³⁰,

Esse grande modelo estatal surtiu efeitos expressivos, tendo dado margem ao extraordinário crescimento da capacidade instalada de geração brasileira, que, por seu turno, provocou a criação de um

30 WALTENBERG, Davi. A regulação e o direito da energia elétrica. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

complexo sistema interligado de transmissão. Disso resultou a caracterização do serviço de energia elétrica como um dos serviços públicos de espectro social e democrático mais amplo do país, espalhando-se largamente, de forma tal que em quase todos os cantos do Brasil está presente a distribuição de energia elétrica.

O modelo estatal de exploração do setor elétrico, por depender de recursos orçamentários, começou a apresentar problemas de funcionamento com a crise fiscal dos anos 1980, razão pela qual se tornou necessária a reestruturação do setor com a finalidade de atração de capital privado.

Com o reposicionamento do Estado na economia, no setor elétrico foram privatizadas duas concessionárias de distribuição federais, a Light e a Escelsa, e vários estados começaram a privatizar as empresas de distribuição sob seu controle. Furnas, Chesf, Eletronorte e Eletrosul, estatais dedicadas à geração e transmissão de energia, foram incluídas no PND, mas, ao final, apenas essa última foi privatizada. Assim, apesar do movimento privatizante, o governo federal continuou a ter participação direta nas atividades de geração e de transmissão de energia.

A partir de 1995, começou a se implementar a desverticalização de empresas de energia e a instauração de concorrência nos segmentos de geração e de comercialização de energia elétrica.

A Lei n. 9.074/1995, por meio de seu artigo 11, criou a figura do produtor independente de energia elétrica, o qual obtém uma concessão de uso bem público (potencial hidráulico) e, a depender da potência da usina, necessita de uma concessão ou autorização para produção independente, ou seja, com a finalidade de comercializar a totalidade ou parcela da energia produzida.

Passaram a conviver três regimes de geração de energia: regime de serviço público (geração destinada ao mercado regulado), autoprodução (consumo próprio) e produção independente (comercialização no mercado livre, então em criação).

Na outra ponta, foi criada a figura do consumidor livre, que é o consumidor que possui a faculdade de escolher o seu fornecedor de energia (artigos 15 e 16 da Lei n. 9.074/1995). Diferentemente do consumidor cativo, que adquire energia necessariamente da concessionária de distribuição em cuja área de concessão esteja localizado, o consumidor

livre pode optar por contratar o fornecimento de energia de qualquer comercializador de energia, seja esse um gerador ou não.

O critério para o enquadramento como consumidor livre é a carga. Nos termos do artigo 16, “é de livre escolha dos novos consumidores, cuja carga seja igual ou maior que 3.000 kW, atendidos em qualquer tensão, o fornecedor com quem contratará sua compra de energia elétrica”.

O consumidor livre pode adquirir energia de um agente diferente do concessionário de distribuição ao qual se encontra conectado, pelo que se começa a se falar em separação entre a contratação do fornecimento de energia e a contratação do uso do fio.

Nesse sentido, o artigo 15, § 6º, assegura aos geradores e a alguns consumidores livre acesso aos sistemas de distribuição e transmissão de concessionário de serviço público, mediante ressarcimento do custo de transporte envolvido.

Lançadas as bases para a concorrência na geração e na comercialização de energia com a criação do produtor independente e do consumidor livre, respectivamente, a Lei n. 9.648, de 28 de maio de 1998, veio a inaugurar a livre negociação da compra e venda de energia elétrica, inclusive com a participação dos concessionários de distribuição de energia.

A reforma implantada por meio da Lei n. 9.648/1998 reconhecia os setores de distribuição e transmissão como monopólios naturais, ao passo que inseria os setores de geração e comercialização em mercados competitivos.

Para tanto, foi previsto um modelo de transição, no qual os contratos iniciais (contratos de suprimento de energia) entre geradores e distribuidores decairiam à proporção de 25% ao ano, até a completa descontração (artigo 10). Caberia aos concessionários de distribuição, então, promover uma paulatina contratação livre, de modo a substituir a energia transacionada via contratos iniciais.

Conforme anota Prado³¹,

A completa implementação desse livre mercado seria precedida de um período de transição de oito anos (Lei n. 9.648/98). Durante

31 PRADO, Mariana Mota. O setor de energia elétrica. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (org.). *Direito e economia na regulação setorial*. São Paulo: Saraiva, 2009.

o período de transição, existiria um mercado regulado e o livre mercado. No mercado regulado haveria contratos bilaterais entre geradoras e distribuidoras de energia elétrica, os chamados contratos iniciais. No mercado livre, a energia seria negociada livremente. Ao final do período do transição, a compra e venda de energia seria livremente negociada.

O artigo 9º dissociou legalmente a contratação da energia e do acesso e uso dos sistemas de transmissão e de distribuição. A partir daqui, então, a aquisição de energia passa a ser objeto exclusivo do contrato de comercialização de energia, ao passo que o acesso e o uso dos sistemas de transmissão e de distribuição passam a ser objeto de contratos em separado (no caso CCT e CUST, para a transmissão, e CCD e CUSD, para a distribuição).

Em regra, portanto, a comercialização de energia, por ter sido entregue à livre negociação, era transacionada via preço, e não mais por tarifa regulada pela ANEEL. A regulação da ANEEL apenas incidiria quando do repasse do preço da aquisição de energia para as tarifas dos consumidores.

Em sentido oposto, o acesso e o uso dos sistemas de transmissão e de distribuição permaneciam regulados, com tarifas homologadas pela ANEEL (artigo 9º, § 1º).

No mesmo momento, com a alteração do artigo 26, II, da Lei n. 9.427/1996, foi criada a figura do comercializador de energia (ou comercializador puro, que é aquele que não possui ativos de geração ou de consumo).

Como já registrado, esse modelo de livre negociação pretendia instaurar a concorrência na geração e na comercialização. Ficaram de fora desse regime de concorrência os setores com características de monopólio natural, que, no setor elétrico, são a transmissão e a distribuição (inviabilidade econômica e urbanística de duplicação das redes).

Para se viabilizar a livre concorrência, foram criados o Mercado Atacadista de Energia Elétrica – MAE e o Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS.

O MAE, sem personalidade jurídica, posteriormente sucedido pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE, foi criado

para funcionar como o ambiente virtual de comercialização de energia elétrica, onde são realizadas as transações relativas ao SIN.

Ao ONS, pessoa jurídica de direito privado sob regulação e fiscalização da ANEEL, foram entregues as atividades de coordenação e controle da operação da geração e da transmissão de energia elétrica no Sistema Interligado Nacional – SIN.

Foram dissociadas, assim, a operação física realizada pelo ONS e as relações contratuais registradas no MAE.

A Lei n. 10.848/2004 promoveu profundas alterações no setor elétrico, notadamente no que toca à comercialização de energia, e inaugurou um novo modelo. Por essa razão Prado³² a denomina de contrarreforma, visto que caminhou em sentido oposto ao da reforma implantada no setor elétrico no final dos anos 90.

O artigo 1º veio a dispor que a comercialização de energia elétrica no Sistema Interligado Nacional se daria no Ambiente de Contratação Regulada – ACR ou no Ambiente de Contratação Livre.

O Ambiente de Contratação Regulada – ACR fica reservado à participação, como compradores, dos concessionários, permissionários e autorizados do serviço público de distribuição de energia elétrica e com a finalidade de fornecimento de energia para o mercado regulado. Como vendedores de energia no ACR, podem participar os concessionários de serviço público de energia elétrica e os produtores independentes de energia – PIE.

As concessionárias de distribuição possuem a obrigação de garantir o atendimento à totalidade do seu mercado e, para tanto, no ACR, devem adquirir energia por meio de leilões promovidos pelo Poder Concedente. Nos leilões, as concessionárias de distribuição apenas declaram o montante de energia que necessitarão nos próximos anos. Com o conhecimento da necessidade de energia a ser adquirida pelas concessionárias de distribuição, a ANEEL promove o leilão, geralmente por meio da CCEE. O Ministério de Minas e Energia – MME fixa o preço máximo (R\$/MWh) e os geradores fazem os lances das quantidades que pretendem vender.

³² PRADO, op. cit., passim.

Ao final dos leilões, são firmados os Contratos de Comercialização de Energia no Ambiente Regulado – CCEAR entre todas as concessionárias de distribuição e os vencedores do leilão, que serão aqueles que tiverem ofertado menor preço pela venda da energia.

No ACR, os leilões podem ser relativos a energia de empreendimentos de geração existentes, de novos empreendimentos de geração e de fontes alternativas. Novos empreendimentos de geração são os que, até o início do leilão, não sejam detentores de outorga ou sejam parte de empreendimento existente que venha a ser objeto de ampliação.

O Ambiente de Contratação Livre – ACL, que funciona nos moldes do artigo 10 da Lei n. 9.648/1998, contempla a participação de qualquer agente do setor, com exceção dos concessionários de distribuição. Participam dele, assim, concessionários e autorizados de geração, comercializadores e importadores de energia elétrica e os consumidores livres.

À CCEE, criada para substituir o MAE, compete, entre outras atribuições, manter o registro de todos os contratos de comercialização de energia celebrados tanto no ACR quanto no ACL.

Assim, partindo-se de um modelo estatal e verticalizado existente até 1995, alcançou-se, em 2010, um modelo para o setor elétrico bastante diverso.

Na geração, os três regimes de geração de energia elétrica anteriormente existentes (serviço público, produção independente e autoprodução) passam a ter grande identificação entre si e a ser caracterizados como agentes vendedores, visto que o gerador em regime de serviço público não tem mais contrato de energia necessariamente vinculado ao fornecimento ao consumidor cativo, em razão do decaimento dos contratos iniciais, e que o autoprodutor pode comercializar não apenas o excedente, mas também compor lastro com geração de terceiros.

Atualmente, existem registrados na CCEE 33 autoprodutores, 28 geradores ainda em regime de serviço público (porém já sem a obrigatoriedade de fornecimento ao consumidor cativo, em razão do decaimento dos contratos iniciais) e 235 produtores independentes³³. Até 1995, existiam apenas os geradores em regime de serviço público e alguns autoprodutores.

33 Fonte: Contabilização de agosto/2010 da CCEE.

Na comercialização, existem atualmente registrados na CCEE 474 consumidores livres, 393 consumidores especiais, 1 importador e 85 comercializadores puros, ao passo que, anteriormente à 1995, nenhum desses agentes existia.

Observa-se, portanto, que se possibilitou a criação de algo que até então não existia no setor de energia elétrica: um grande mercado com negociações de preço livres, com 296 vendedores, de um lado, e 868 compradores, de outro lado, isso sem contar 85 comercializadores, que podem comprar e vender energia no mercado.

4 RELEITURA DA DELEGAÇÃO DO PODER DE POLÍCIA

Feito esse panorama do reposicionamento do Estado na economia e das reformas operadas no setor elétrico, deve-se, a partir de agora, fazer releitura da delegação do poder de polícia.

De início, cabe afirmar que a CCEE não exerce, no sentido clássico do termo, poder de polícia, apesar de as penalidades aplicadas possuírem natureza administrativa.

A doutrina costuma separar “delegação do poder de polícia” de “delegação de atos de mera execução”. E é exatamente nessa segunda categoria em que se insere a atividade da CCEE de aplicação de penalidades. Isso porque essa atividade pode ser enquadrada como “objetiva”: a CCEE aplica as penalidades quando verificadas as hipóteses previamente previstas na regulação da ANEEL.

Nesse sentido, Meirelles³⁴ defende que o poder de polícia delegado se limita a atos de mera execução, não se incluindo, na delegação, o exercício de juízo de valor. No poder de polícia delegado estaria implícita a faculdade de aplicar sanções aos infratores, na forma regulamentar, o que seria atributo de seu exercício.

Em entendimento similar, Mello³⁵ entende que há ressalvas excepcioníssimas em que o particular pode se habilitar à prática de ato material preparatório ou sucessivo a atos jurídicos de polícia, também sem o exercício de qualquer juízo de valor pelo ente delegado (prática de atos executórios).

34 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. Malheiros: São Paulo, 2003.

35 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. Malheiros: São Paulo, 2010.

Para Mello³⁶, a finalidade de se proibir a delegação é evitar “qualquer supremacia engendrada de desequilíbrio entre os administrados”. Assim é que a execução de atos materiais com alto grau de objetividade pode, sim, ser delegada a entes privados. É que a ausência de discricionariedade na execução desses atos materiais garante a imparcialidade perante os administrados.

A delegação nessas hipóteses se torna legítima “pois não está aí envolvida expedição de sanção administrativa e nem mesmo a *decisão* sobre se houve ou não violação de norma de trânsito, mas mera constatação objetiva de um fato” (MELLO³⁷).

A atuação do particular na prática de atos materiais é um “veículo de formação e transmissão da decisão do próprio Poder Público”³⁸.

A CCEE não possui autonomia para, por sua própria iniciativa, estabelecer Convenção, Regras ou Procedimentos de Comercialização, tampouco para prever penalidades a serem aplicadas aos agentes. Exerce apenas atividade executória de aplicação da Convenção, das Regras e dos Procedimentos de Comercialização, os quais são veiculados por regulação da ANEEL. A aplicação de penalidades decorre apenas da colocação em funcionamento de sistemas.

Portanto, ao aplicar as penalidades, a CCEE não se utiliza de elementos externos à Convenção, às Regras ou Procedimentos de Comercialização, nem aos sistemas computacionais, e, por isso, não tem discricionariedade quanto à sua aplicação. Daí que a CCEE não exerce juízo de valor quando aplica uma penalidade.

O fato de a CCEE, quando da aplicação das penalidades, não exercer juízo de valor extrema a sua atividade do exercício do poder de polícia.

Conforme defendido por Di Pietro³⁹, são atributos do poder de polícia exatamente “a discricionariedade, a auto-executoriedade e a coercibilidade”.

36 MELLO, op. cit., p. 839.

37 MELLO, op. cit., p. 840.

38 MELLO, op. cit., p. 841.

39 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, p. 113, 2002.

Ora, além de a atividade da CCEE ser destituída do atributo da discricionariedade, também não comparecem, aqui, a auto-executoriedade e a coercibilidade.

De fato, as penalidades aplicadas pela CCEE, caso inadimplidas, ensejam o ajuizamento de ação judicial e qualquer medida constritiva em detrimento do agente inadimplente só pode ser tomada pela ANEEL, a qual deve ser instada a tanto pela CCEE.

Assim, eventual inadimplência de um agente apenas acarretará o seu desligamento pela CCEE após a revogação de sua autorização por parte da ANEEL, conforme disposto no artigo 5º, § 1º, do Estatuto da CCEE.

Pode-se falar, então, que a CCEE possui competência meramente executória de aplicação de penalidades.

Na lição de Mello⁴⁰, como já visto acima, é possível delegar a entes particulares a “prática de ato material preparatório ou sucessivo a atos jurídicos de polícia, também sem o exercício de qualquer juízo de valor pelo ente delegado (prática de atos executórios)”, que é exatamente o caso da atividade desempenhada pela CCEE.

O juízo de valor, no caso, é exercido pela ANEEL quando da expedição da Convenção, das Regras e dos Procedimentos de Comercialização, os quais serão apenas executados objetivamente pela CCEE. A execução objetiva dessas normas se materializa por meio da colocação em funcionamento dos sistemas computacionais.

Conclui-se, assim, que tal atividade exercida pela CCEE, caracterizada pelo alto grau de objetividade na sua execução, ante a ausência de discricionariedade, não promove qualquer desequilíbrio entre CCEE e agentes e, portanto, deve ser reconhecida como legítima.

Ademais, ainda é de se pontuar que a evolução do setor elétrico deve ensejar compreensão diversa das atividades desenvolvidas pela CCEE, de modo a se afastar o “dogma” da indelegabilidade do poder de polícia, tal como definido quando do julgamento da ADI n. 1.717 pelo STF.

O setor elétrico atual já não é mais marcadamente estatal. Como visto acima, além de os serviços públicos de eletricidade serem

⁴⁰ MELLO, op. cit., p. 840.

atualmente prestados sob o regime de concessão, há largo espaço para a atuação de agentes privados, no exercício da liberdade de iniciativa, com dependência de mera autorização.

Dessa forma, a estrutura reputada como mais adequada para efetuar a atividade operacional de controle das operações comerciais de energia elétrica foi uma instituição privada com ligeiras características de autorregulação, porém com forte coloração pública.

A decisão política de criação da CCEE como ente privado, realizada legislativamente por meio da edição da Lei n. 10.848/2004, se insere na concepção de estruturação de Estado de menor dimensão, separando-se o conceito de público do conceito de estatal. Ou seja, serão públicas instituições que não se encontram dependentes do orçamento público, como é o caso da CCEE, que é abastecida não com recursos do orçamento, mas por meio de contribuições de seus associados.

De um lado, a CCEE, ao assumir estrutura privada, e não estatal, ainda assim é visivelmente pública, dada a presença do Estado no seu interior (indicação de membros e do presidente, elaboração do Estatuto e das regras de funcionamento, etc.).

De outro lado, pode-se afirmar que a CCEE tem ligeiras características de autorregulação pela sua composição. No entanto, não é possível fazer completa identificação entre a estruturação da CCEE e a autorregulação propriamente dita, exatamente em razão da marcada presença do Estado.

Segundo Majone⁴¹, a regulação também pode ser alcançada por meio da delegação de responsabilidades a instituições privadas, falando-se, então, em autorregulação (*self regulation*). Para Majone⁴², “*this mode of regulation has a long tradition among the crafts and the professions, but in recent times it has extended into other areas such as technical standardization, industrial safety and financial services*”.

É certo que um dos riscos da autorregulação é o de captura, o que ficaria bastante reduzido quando a autorregulação vem a ser fiscalizada por agência reguladora, como ocorre com a fiscalização exercida pela ANEEL em face da CCEE⁴³:

41 MAJONE, op. cit., passim.

42 MAJONE, op. cit., p. 23.

43 MAJONE, op. cit., p. 26.

Even in areas where self-regulation may be presumed to enjoy a comparative advantage, the presence of a forceful public regulator is needed in order to 'guard the guardians'. Where the market failure to be corrected is a lack of competition or a negative externality, self-regulation is clearly inappropriate. In conclusion, self-regulation may be a useful adjunct to statutory regulation, but cannot replace it.

La Spina e Majone⁴⁴ ainda pontuam que o modelo de autorregulação oportuniza a aplicação de penalidades de forma bastante eficaz:

L'auto-regolazione ha il vantaggio di superare un gap informativo normalmente sofferto dai regolatori pubblici, giacché in questo caso chi si auto-regola conosce i propri costi e benefici reali, e inoltre, adottando un approccio poco formalista e più pragmatico, riscuote più facilmente la fiducia dei regolati. I soggetti dell'auto-regolazione possono adottare sanzioni in concreto molto efficaci, come l'espulsione da "circoli di qualità", il rifiuto di certificare il possesso di determinati requisiti, la sospensione o il ritiro di abilitazioni all'esercizio professionale.

Ainda que se entenda que a atividade da CCEE, apesar de objetiva, e, portanto, não discricionária, envolve poder de polícia, aqui se teria poder de polícia bem diverso daquele considerado inconstitucional pelo STF quando do julgamento da ADI n. 1.717.

De fato, naquela ocasião, o STF considerou inconstitucional o fato de entidades privadas exercerem fiscalização profissional em afronta direta ao artigo 21, XXIV, da CF/88, o qual estabelece expressamente como competência da União "organizar, manter e executar a inspeção do trabalho". O STF também considerou inconstitucional o fato de tais conselhos profissionais, no texto da Lei n. 9.649/1998, não possuírem qualquer vinculação funcional ou hierárquica com os órgãos da Administração Pública, assim como a atribuição a tais conselhos do poder de fixar, cobrar e executar as contribuições anuais devidas por pessoas físicas ou jurídicas, bem como preços de serviços e multas, as quais constituiriam receitas próprias.

A CF/88 dispõe ser da competência da União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, "os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético

⁴⁴ LA SPINA; MAJONE, op. cit., p. 70.

dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos” (artigo 21, XII, “b”), assim como legislar sobre “energia” (artigo 22, IV).

Ainda é de se notar que, diferentemente da previsão da Lei n. 9.649/1998 de não submeter os conselhos profissionais a vinculação funcional ou hierárquica, o funcionamento da CCEE está estritamente vinculado às normas editadas pela ANEEL, a qual regula e fiscaliza as suas atividades.

Ademais, a CCEE não exerce qualquer competência tributária. Em verdade, do ponto de vista financeiro, a CCEE funciona como associação privada, tendo seus custos suportados por contribuições pagas pelos associados. A liquidação das operações realizadas no âmbito da CCEE distribui receitas e despesas dos próprios agentes, as quais não integram o seu patrimônio, e as penas aplicadas aos agentes revertem em benefício da modicidade tarifária.

Por fim, a atividade da CCEE é objetiva, podendo ser resumida à aplicação da Convenção, das Regras e dos Procedimentos de Comercialização, bastante diferente, portanto, das atividades desenvolvidas pelos conselhos profissionais.

Verifica-se, assim, que o *fenômeno* CCEE é absolutamente diverso do *fenômeno* conselhos profissionais no desenho da Lei n. 9.649/1998, motivo pelo qual deve ser afastada a aplicação do entendimento firmado pelo STF quando do julgamento da ADI n. 1.717.

5 CONCLUSÃO

A finalidade do presente artigo foi realçar o papel da interpretação na compreensão dos institutos jurídicos, tomando por base o caso da aplicação de sanções aos agentes do setor elétrico pela CCEE e tendo por pano de fundo o entendimento dado pelo STF a respeito da delegação do poder de polícia a entidades privadas. A atividade de interpretação, como se demonstrou, está associada à realidade histórica do intérprete. Assim, em última análise, pode-se falar que o tema do presente artigo é a relação entre o direito e o tempo.

As decisões tomadas no passado devem ser compreendidas de acordo com a realidade então vivida. Ao se fazer a transposição dessas decisões para o presente de forma acrítica, a realidade atual será avaliada

de acordo com condições que já não mais se encontram presentes ou não mais fazem sentido.

O que se propõe, então, é que o entendimento dado pelo STF para o tema delegação do poder de polícia a entidades privadas seja compreendido conforme a atuação do Estado brasileiro naquele momento. Para se atualizar esse entendimento, deve-se compreender como o Estado brasileiro mudou desde então e até os dias de hoje.

REFERÊNCIAS

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 2007.

HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Tradução de Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

_____. *Temas fundamentais de direito constitucional*. Brasília: Saraiva, 2009.

KAUFFMAN, Arthur. *Filosofia do direito*. Tradução de Antônio Ulisses Cortez. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

LA SPINA, Antonio; MAJONE, Giandomenico. *Lo Stato regolatore*. Bologna: il Mulino, 2000.

MAJONE, Giandomenico. *Regulating Europe*. London: Routledge, 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. Malheiros: São Paulo, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. Malheiros: São Paulo, 2010.

NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. In: BRESSER, Luiz Carlos; SPINK, Peter Kevin (coord.). *Reforma do Estado e administração pública gerencial*. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

PRADO, Mariana Mota. O setor de energia elétrica. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (org.). *Direito e economia na regulação setorial*. São Paulo: Saraiva, 2009.

VIOLA, Francesco; ZACCARIA, Giuseppe. *Diritto e interpretazione: lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*. Roma: Laterza, 2004.

WALTENBERG, Davi. A regulação e o direito da energia elétrica. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.



LINEAMENTOS DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA NO DIREITO CONTRATUAL CONTEMPORÂNEO. UMA RELEITURA NA PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL

BOUNDARIES OF THE PRINCIPLE OF THE OBJECTIVE GOOD-FAITH IN THE CONTEMPORARY CONTRACT LAW . A NEW READING UNDER THE CIVIL-CONSTITUTIONAL PERSPECTIVE

Michael César Silva

Advogado, Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Doutorando e mestre em Direito Privado pelo Programa de Pós-Especialista em Direito de Empresa pelo Instituto de Educação Continuada (IEC) da PUC Minas.

Vanessa Santiago Fernandes de Matos

Especialista em Direito Privado pela Universidade Candido Mendes (UCAM).

SUMÁRIO: Introdução; 1 A perspectiva civil-constitucional; 2 O Direito Contratual; 3 O princípio da boa-fé objetiva; 3.1 Escorço histórico; 3.2 Lineamentos da boa-fé objetiva no ordenamento jurídico pátrio; 3.3 Acepções da boa-fé; 3.4 A boa-fé-objetiva; 3.5 Funções da boa-fé objetiva; 3.6 Os

deveres anexos de conduta; 3.7 O corolário da boa-fé objetiva: transparência; 3.8 A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente estudo visa a analisar os contornos do princípio da boa-fé objetiva no Direito Privado contemporâneo, delineado no ordenamento jurídico brasileiro, através do Código de Defesa do Consumidor (1990) e do Código Civil (2002). O referido princípio passa a relativizar a autonomia privada nas relações jurídicas contratuais, para permitir aos contratantes exercer sua liberdade contratual de forma equilibrada e cooperativa.

PALAVRAS-CHAVE: Contratos. Boa-Fé Objetiva. Justiça Contratual. Princípios.

ABSTRACT: This study aims to discuss the consequences of the objective good-faith principle in Civil Law of the contemporary age, as it figures in the field of Brazilian legal system, according to its features in Consumer Defense Code (1990) and Civil Code (2002). Such principle restricts private autonomy in the contractual relations, to provide to the parties the possibility of using their liberty in a balanced and cooperative way.

KEYWORDS: Contracts. Objective Good-Faith. Contractual Justice. Principles.

INTRODUÇÃO

O presente estudo propõe realizar uma reinterpretação do Direito Contratual à luz do princípio da boa-fé objetiva, tendo como pano de fundo, o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, o qual nos fornece mecanismos para releitura crítica e construtiva do modelo jurídico.

Pretende-se delinear os parâmetros norteadores impostos pela boa-fé objetiva ao Direito Contratual contemporâneo, por meio da análise de sua inserção no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002, através da técnica legislativa das cláusulas gerais, no intuito de garantir o adimplemento da relação contratual.

O princípio em comento possui indubitável relevo na interpretação das relações contratuais, donde se destaca a presença das funções da boa-fé-objetiva e a criação dos chamados deveres anexos de conduta, os quais norteiam o Direito Obrigacional, e, por conseguinte, o Direito Contratual.

Nesse sentido, a boa-fé objetiva passa a relativizar a autonomia privada das partes permitindo aos contratantes exercer sua liberdade contratual, de forma equilibrada e cooperativa, e, sobretudo, primando-se pela imprescindível observância ao princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, CR/88), valor fundamental a ser realizado pelo ordenamento jurídico.

1 A PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL

O fenômeno da constitucionalização do Direito Civil ensejou profunda modificação nos métodos de interpretação do Direito Privado.¹ Tal fato ocorreu devido à modificação do centro fundamental principiológico do Direito Civil, que passou a nortear-se por valores sociais e princípios consagrados na Constituição da República de 1988.

A esse novo sistema de normas e princípios, reguladores da vida privada, relativos à proteção da pessoa, nas suas mais diferentes dimensões fundamentais (desde os valores existenciais até os interesses

1 TEPEDINO, Gustavo. A constitucionalização do Direito Civil: perspectivas interpretativas diante do novo código. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). *Direito Civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.115.

patrimoniais), integrados pela Constituição, define-se como *Direito Civil Constitucional* (ou *Direito Civil constitucionalizado*).² (grifo do autor)

Paulo Luiz Netto Lôbo preleciona que a constitucionalização do Direito Civil “é o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos, e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional.”³

Esta mudança de paradigma deu-se em face da inserção de valores inerentes à pessoa humana, que passaram a orientar a interpretação dos institutos do Direito Civil, precipuamente, por meio da observância aos ditames do princípio da dignidade da pessoa humana, esculpido no artigo 1º, III da Constituição da República de 1988.

A expressão *Direito Civil Constitucional* quer apenas realçar a necessária releitura do Direito Civil, redefinindo as categorias jurídicas civilistas a partir dos fundamentos principiológicos constitucionais, da nova tábua axiológica fundada na *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III), *solidariedade social* (art. 3º, III) e na *igualdade substancial* (arts. 3º e 5º). Ou seja, a Constituição promoveu uma alteração interna, modificando a estrutura, o conteúdo, das categorias jurídicas civis e não apenas impondo limites externos.⁴ (grifo do autor)

Destarte, a releitura do Código Civil à luz da Constituição da República de 1988, redefiniu o conteúdo de seus institutos, no sentido de funcionalizar as relações jurídicas privadas patrimoniais e adequá-las à nova ordem jurídica constitucional, fundada em valores extrapatrimoniais, visando à promoção do bem comum e o interesse coletivo.

² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: teoria geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 25, grifos no original. Nesse sentido, Roberto Henrique Pôrto Nogueira explicita que “Direito Civil Constitucional, constitucionalização do Direito Civil, ou, ainda, civilização do Direito Constitucional, são todas terminologias que denotam o mesmo fenômeno: o de rompimento das fronteiras jurídicas clássicas entre o interesse público e o interesse privado.” (NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto. A comunidade principiológica aberta no direito privado: um estudo a partir da proposta de Ronald Dworkin em “O Império do Direito”. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Direito civil: atualidades III - princípios jurídicos no direito privado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 12).

³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *A constitucionalização do Direito Civil*. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 199; LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 3.

⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: teoria geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 27.

Nessa esteira, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, expõem com brilhantismo que “o Estado Democrático de Direito centrado na especial dignidade humana proclama a despatrimonialização e a personalização do direito privado.”⁵

Assim, o caráter individualista, egoístico e patrimonialista, que permeou o Código de 1916, fora substituído pela inserção de valores e normas (princípios e regras) constitucionais, tendo por arcabouço a dignidade da pessoa humana, princípio fundamental da República. Nesse contexto, Gustavo Tepedino preleciona ser “imprescindível e urgente uma releitura do Código Civil e das leis especiais à luz da Constituição.”⁶

Paulo Luiz Netto Lôbo assevera ainda que “[...] os valores decorrentes da mudança da realidade social, convertidos em princípios e regras constitucionais, devem direcionar a realização do direito civil, em seus variados planos.”⁷

- 5 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 3. Nessa linha de intelecção ver: TEPEDINO, Gustavo. A constitucionalização do Direito Civil: perspectivas interpretativas diante do novo código. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). *Direito Civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 118-119; BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 50-51; LÔBO, Paulo Luiz Netto. Teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 3 e 7; LÔBO, Paulo Luiz Netto. A constitucionalização do Direito Civil. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 205-206; NALIN, Paulo. Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2006. p. 89; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil: obrigações*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 66 e 68.
- 6 TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 1. Luiz Edson Fachin preconiza que o Código Civil “deve passar por uma imprescindível releitura principiológica, reconstitucionalizando o conjunto de regras que integre esse corpo de discurso normativo.” (FACHIN, Luiz Edson. A “reconstitucionalização” do direito civil brasileiro: lei nova e velhos problemas à luz de dez desafios. *Revista Jurídica*. Porto Alegre: Notadez, n.324. p. 16-19, out. 2004. p. 18). Nesse mesmo sentido ver: MATTIETTO, Leonardo de Andrade. O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 168-169; FIUZA, César. Crise e Interpretação no Direito Civil da Escola da Exegese às Teorias da Argumentação. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 31-33; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Tendências do Direito Civil no Século XXI. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 102-103.
- 7 LÔBO, Paulo Luiz Netto. A constitucionalização do Direito Civil. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 216.

Esta modificação no critério hermenêutico que perpassa o Direito Civil, segundo preceitos constitucionais, consagrados na Constituição da República de 1988 importa em:

[...] estabelecer novos parâmetros para a definição de ordem pública, relendo o direito civil à luz da Constituição, de maneira a privilegiar, insista-se ainda uma vez, os valores não patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento deve se voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais.⁸

Deste modo, o Direito Civil constitucionalizado busca compatibilizar, através da hermenêutica⁹, *os institutos de Direito Civil aos preceitos constitucionais, reinterpretando seu conteúdo normativo à luz dos referidos preceitos, os quais passam a nortear as relações jurídicas privadas, funcionalizando-as a valores extrapatrimoniais, tendo por fundamento a promoção da dignidade da pessoa humana.*

Gustavo Tepedino sintetiza com precisão o referido contexto ao preconizar que:

[...] *Socialização, despatrimonialização, repersonalização, constitucionalização* do direito civil, em seus diversos matizes, tendem a significar que as relações patrimoniais deixam de ter justificativa e legitimidade em si mesmas, devendo ser funcionalizadas a interesses existenciais e sociais, previstos pela própria Constituição no ápice da hierarquia normativa, integrantes, portanto, da nova ordem pública, que tem na dignidade da pessoa humana o seu valor maior.¹⁰ (grifo do autor)

8 TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 22.

9 Paulo Luiz Netto Lôbo explicita que "a constitucionalização do direito civil, entendida como inserção constitucional dos fundamentos de validade jurídica das relações civis, é mais do que um critério hermenêutico formal. Constitui a etapa mais importante do processo de transformação, ou de mudanças de paradigmas, por que passou o direito civil, no trânsito do Estado liberal para o Estado social." (LÔBO, Paulo Luiz Netto. A constitucionalização do Direito Civil. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 216).

10 TEPEDINO, Gustavo. A constitucionalização do Direito Civil: perspectivas interpretativas diante do novo código. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). *Direito Civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 119.

Portanto, o esforço hermenêutico no qual se funda a releitura principiológica do Direito Civil na contemporaneidade, notadamente, no Direito Contratual, pautado na prevalência dos princípios e regras consagrados na Constituição da República de 1988, impõe a despatrimonialização e personalização nas relações jurídicas privadas, e, por conseguinte, novos contornos à liberdade contratual, buscando consagrar a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III CR/88), a solidariedade social (artigo 3º, III CR/88) e a igualdade em sentido amplo (artigo 5º, *caput*, CR/88).

2 O DIREITO CONTRATUAL ¹¹

O contrato, como fonte geradora de direitos e obrigações, afigura-se como principal instrumento de circulação de bens e serviços na sociedade, intimamente relacionado à economia, ou seja, ligado às operações econômicas existentes no meio social.

Na contemporaneidade, com o afluxo dos preceitos de ordem social inerentes ao Estado Social e, posteriormente, ao Estado Democrático de Direito, passou a sofrer influências advindas do aspecto social, que relativizaram seus efeitos entre as partes e perante a sociedade.

O modelo jurídico surge como uma reivindicação da realidade social para regulamentar juridicamente as operações econômicas, ligadas à circulação das riquezas na sociedade, através da imposição de normas que, incipientemente, aglutinaram-se e originaram a formação do chamado Direito Contratual.¹²

As origens do contrato remontam ao Direito Romano¹³, que, perpassando pelo Código Civil Napoleônico de 1804, preceptor da era das

11 Enzo Roppo define o Direito Contratual como sendo “[...] conjunto – historicamente mutável – das regras e dos princípios, de vez em quando escolhidos para conformar, duma certa maneira, aquele instituto jurídico [o contrato], e, portanto, para dar um certo arranjo – funcionalizado a determinados interesses – ao complexo das operações econômicas efectivamente levadas a cabo.” (ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Tradução de Ana Coimbra; M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. p. 11).

12 NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *A teoria contratual e o Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 33-34.

13 FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 9. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 390; FIUZA, César. Por uma redefinição da contratualidade. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). *Direito civil: atualidades II - da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 255; NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *A teoria contratual e o Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 35; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil:*

grandes codificações, irradiou-se para outros ordenamentos jurídicos, tendo como fundamento o individualismo, caráter eminentemente patrimonialista, e, sobretudo, a imposição da autonomia da vontade e do *pacta sunt servanda*.

No Brasil, tal influência fundada no contexto histórico do liberalismo e da codificação europeia dos séculos XVIII e XIX, penetrou no Código Civil de 1916, e passou a reger as relações jurídicas contratuais, impondo “um modelo realmente absoluto de contrato, sempre fundado na manifestação dogmática da vontade dos contratantes.”¹⁴

A partir do advento da Constituição da República de 1988 e, em seguida, do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), a teoria contratual ganha novo afluxo, especialmente, com a inserção dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da igualdade preconizados no Estado Democrático de Direito, os quais introduzem uma reformulação na interpretação do Direito Contratual. Com o Código Civil de 2002, a principiologia contratual contemporânea é consagrada definitivamente no Direito Privado, notadamente, no contratual, destacando-se entres seus princípios norteadores, a boa-fé objetiva, função social dos contratos, justiça contratual e autonomia privada, e tendo por fundamento as diretrizes da eticidade e socialidade, as quais afluem do princípio constitucional da solidariedade previsto no artigo 3º, I, da CR/88.

Deste modo, assevera-se que “o direito contratual se pauta, atualmente, em princípios modernos, criados para atender às mudanças de paradigmas dos contratos”¹⁵, dentro de uma “concepção social do contrato”¹⁶, denotando, assim, a necessidade de releitura do modelo jurídico à luz dos referidos princípios e conforme os novos contornos do Direito Contratual.

v. 3: contratos: declaração unilateral de vontade, responsabilidade civil. 12. ed. rev. e atual. por Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 8.

14 NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2006. p. 79.

15 FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 9. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 402.

16 MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 210; MIRAGEM, Bruno. *Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais*. In: MARQUES, Claudia Lima (Org.). *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 177.

3 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

3.1 ESCORÇO HISTÓRICO

A boa-fé possui suas raízes históricas no Direito Romano. Inicialmente, exsurge através da chamada *fides*, espécie de preceito ético pautado na confiança, ligada à idéia de garantia de cumprimento dos pactos celebrados, com base na própria fé, ao respeito das convenções pactuadas. Possuía, assim, a função de garantia de respeito à palavra dada nas relações negociais.¹⁷

Posteriormente, “com a substituição do fundamento de validade das relações contratuais da forma para o consentimento”¹⁸, à *fides* se acrescenta o qualitativo *bona*, passando a *fides bona*, inicialmente ligada ao aspecto objetivo.

Em seguida, transmuta-se definitivamente em *bona fides*, pela qual se constringe a quem prometeu a manter a promessa realizada, não pelo contexto verbal da promessa, mas segundo seu espírito, passando assim a boa-fé a ser entendida como um estado psicológico (aspecto subjetivo). No contexto exposto, a boa-fé assume a acepção subjetiva, sendo considerada como intenção ou o estado de ignorância do próprio ato, sendo que aquele que estivesse de boa-fé beneficiar-se-ia de regras mais favoráveis.¹⁹

Nesse processo evolutivo, no interesse de tutelar os interesses envolvidos na relação comercial, a *bona fides* transmuta-se nos chamados *bonae fidei iudicia*, os quais consistiam em procedimentos técnicos e precisos perante o juiz, o qual sentenciava os casos com base na boa-fé, e conforme as circunstâncias concretas.²⁰ Esses atribuíam “ao juiz

17 CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado de direito civil português*: v. 1 parte geral, tomo 1: introdução doutrina geral negócio jurídico. 3. ed. aumentada e inteiramente revista. Coimbra: Almedina, 2005. p. 399-400. CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 53-70 e 83; MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 113.

18 ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 76.

19 CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado de direito civil português*: v. 1- parte geral, tomo 1. introdução doutrina geral negócio jurídico. 3. ed. aumentada e inteiramente revista. Coimbra: Almedina, 2005. p. 401; MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 123; NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 29.

20 CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 89-105; MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo*

uma grande margem de apreciação discricionária, isto é, o poder de estabelecer, a seu critério, tudo quanto o demandado devesse dar ou fazer com base no princípio da boa-fé.”²¹

Na evolução do instituto, a boa-fé torna-se integrante do pensamento da igreja, por meio do Direito Canônico, onde estava ligada à idéia de ausência de pecado, com fundamento nos valores cristãos. Nesse contexto, a boa-fé adquire dimensão ética e axiológica por traduzir-se na concretização da lei divina, mantendo seu aspecto subjetivo.²²

No Código Civil Francês de 1804 (*Code Napoléon*) a boa-fé assentou-se em duas acepções. A subjetiva ligada ao estado de ignorância do sujeito e a objetiva ligada ao reforço do vínculo contratual. Porém, essa não obteve o desenvolvimento satisfatório (conteúdo útil), dado à influência da Escola da Exegese e observância ao rigor do método da exegese.²³ Assim, apenas a boa-fé de caráter subjetivo desenvolve-se em França.

É no Direito Germânico que a boa-fé desenvolve os contornos do princípio, como se conhece na contemporaneidade. Inicialmente, constrói eu arcabouço jurídico a partir do § 242 do BGB (1900)²⁴, ainda dentro do sistema fechado da codificação alemã, fundado, na acepção subjetiva (*Guter Glaube*). Esse tratava de mero reforço do §157, que determinava a regra tradicional de interpretação dos negócios jurídicos segundo a boa-

obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 117 e 120-122; LEWICKI, Bruno. Panorama da boa-fé objetiva. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 57-59.

21 AMARAL, Francisco. A boa-fé no processo romano. *Revista Jurídica*, UFRJ, Rio de Janeiro, v.1, n.1, p. 33-46, jan./jun. 1995. p. 42.

22 ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 77; MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 124.

23 CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado de direito civil português: v. 1: parte geral, tomo 1: introdução doutrina geral negócio jurídico*. 3. ed. aumentada e inteiramente revista. Coimbra: Almedina, 2005. p. 402; CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 247, 253 e 265.

24 § 242 BGB: “O devedor está adstrito a realizar a prestação tal como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico.”

§157 BGB: “Os contratos interpretam-se como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico.” (CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 325).

fé.²⁵ Até então, não se pensava em atribuir ao juiz à função fundamental de criar o Direito, por meio da aplicação.

É cunhada a expressão *Treu und Glauben* (lealdade e crença/confiança à palavra dada) consagrada na doutrina germânica, indicativa da boa-fé obrigacional²⁶, de acepção objetiva, a qual deve presidir às relações negociais, sendo corporificada numa regra de conduta a ser observada pelas partes no cumprimento das suas obrigações.

Porém, somente após a 1ª guerra mundial, a doutrina e jurisprudência alemã, devido aos conflitos surgidos a partir das transformações sociais e econômicas provocadas pela guerra, deram nova guinada ao princípio, em suas atuais feições, de acepção objetiva, no sentido de poder-se preencher e sistematizar o princípio pela atuação criativa dos tribunais.²⁷

Na contemporaneidade, o princípio da boa-fé objetiva, devido a sua importância e aplicabilidade, é previsto como cláusula geral em diversos outros países.

3.2 LINEAMENTOS DA BOA-FÉ OBJETIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

O princípio da boa-fé objetiva apresenta-se, na contemporaneidade, como um dos mais importantes princípios do Direito Privado, especialmente, no Direito Contratual, sendo, atualmente, consagrado no ordenamento jurídico brasileiro através de sua positivação no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90) e no Código Civil de 2002 (Lei 10.406/02).

O princípio em comento gerou profundas transformações no Direito Contratual, causadas pela relativização da autonomia privada dos contratantes, a qual passa a ser mitigada pela observância a novos

²⁵ MOTA, Maurício Jorge. A pós-eficácia das obrigações. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 190.

²⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 124; CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado de direito civil português*, v 1, parte geral, tomo 1: introdução doutrina geral negócio jurídico. 3. ed. aumentada e inteiramente revista. Coimbra: Almedina, 2005. p. 401-402.

²⁷ ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 77; NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 48-49.

deveres (anexos) inseridos na relação jurídica, que dele afluem na forma de obrigação secundária, bem como pela prevalência de funções intrínsecas ao mesmo, que visam a nortear a conduta (comportamento) dos contratantes ao adimplemento contratual.²⁸

A boa-fé objetiva foi inserida no Direito Brasileiro através do artigo 131, I do Código Comercial de 1850, onde já se previa a boa-fé, de cunho contratual no tocante ao aspecto interpretativo. Todavia, a mesma relegou-se a letra morta da lei, sem maiores repercussões.

No Código Civil de 1916, não havia previsão legal expressa sobre o princípio, pois, o diploma legal, bem como todo o ordenamento jurídico brasileiro, encontrava-se norteado pela *boa-fé subjetiva*, que denotava uma aceção psicológica, estado de ignorância do agente.

O princípio da boa-fé objetiva foi previsto de forma efetiva no ordenamento jurídico brasileiro por meio de sua inserção no Código de Defesa do Consumidor, no artigo 4º, III (referencial interpretativo)²⁹ e no artigo 51, IV (cláusula geral).³⁰

Salienta-se, ainda, que a boa-fé objetiva é, em verdade, um reflexo do princípio constitucional da solidariedade, consagrado no artigo 3º, I, da Constituição da República, que se irradia através do Direito Obrigacional para todo o ordenamento jurídico.

Posteriormente, o Código Civil de 2002, através da previsão legal dos artigos 113 (referencial interpretativo)³¹, 187 (vedação ao abuso de

28 SILVA, Michael César. A doença preexistente no contrato de seguro de vida: o princípio da boa-fé objetiva e o dever de informação. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Direito civil: atualidades III - princípios jurídicos no direito privado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 410-411.

29 Art.4º, III CDC - Harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (artigo 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

30 Art. 51, IV CDC: São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:
IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

31 Artigo 113 CC/02: Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

direito)³² e 422 (cláusula geral)³³, trouxe a lume novo regramento do modelo jurídico no Direito Brasileiro.

Esses novos contornos da boa-fé objetiva no Direito Privado são plenamente compatíveis com o regramento da boa-fé objetiva erigido no Código de Defesa do Consumidor, devido ao fato de ambos os diplomas legais possuírem afluxo da mesma matriz principiológica, qual seja, a Constituição da República de 1988, por meio do chamado *diálogo de fontes*³⁴, expressão consagrada na doutrina brasileira pela professora Claudia Lima Marques.³⁵

3.3 ACEPÇÕES DA BOA-FÉ

A boa-fé é delineada no ordenamento jurídico por meio de duas acepções, quais sejam: a boa-fé subjetiva (estado psicológico) e a boa-fé objetiva (princípio).

Inicialmente, a boa-fé foi esculpida sobre seu aspecto subjetivo. Contudo, posteriormente, sobre a influência da doutrina e jurisprudência, principalmente a germânica, passou a ser concebida em seu aspecto objetivo, sendo inserida nos ordenamentos jurídicos contemporâneos,

32 Artigo 187 CC/02: Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

33 Artigo 422 CC/02: Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

34 Trata-se da interligação sistemática existente entre o Código de Defesa do Consumidor e outros diplomas legais, especialmente, o Código Civil de 2002, que busca possibilitar maiores benefícios e mecanismos de defesa para o consumidor. Para maiores informações acerca do diálogo de fontes ver: MARQUES, Claudia Lima. Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 663-701; MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de defesa do consumidor. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 26-58; MARQUES, Claudia Lima. Três tipos de diálogos entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: superação das antinomias pelo diálogo de fontes. In: PASQUALOTTO, Adalberto; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coords.). Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 11-82; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de direito do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 87-98.

35 Em relação ao diálogo de fontes, o Enunciado nº167 do CJF (Conselho da Justiça Federal), dispôs que “com o advento do Código Civil de 2002, houve forte aproximação principiológica entre esse Código e o Código de Defesa do Consumidor, no que respeita à regulação contratual, uma vez que ambos são incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos.” (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciado nº167 do Conselho da Justiça Federal. Enunciado aprovado na III Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<http://daleth.cjf.gov.br/revista/enunciados/IIIJornada.pdf>>. Acesso em 20 nov. 2007).

através do sistema aberto das cláusulas gerais.³⁶ Fernando Noronha explicita a distinção necessária, que se deve haver entre as duas espécies da boa-fé, a subjetiva e a objetiva, *in verbis*:

[...] A primeira diz respeito a dados internos, fundamentalmente psicológicos, atinentes diretamente ao sujeito; a segunda a elementos externos, a normas de conduta que determinam como ele deve agir. Num caso está de boa-fé quem ignora a real situação jurídica; no outro, está de boa-fé quem tem motivos para confiar na contraparte. Uma é boa-fé *estado*, a outra boa-fé *princípio*.³⁷ (grifo do autor).

A boa-fé subjetiva caracteriza-se pelo caráter subjetivo dado à boa-fé, o qual se verifica na consideração do fator psicológico, anímico, de ignorância do agente, na existência de uma determinada situação regular na relação jurídica.

Consiste a aceção supra numa “análise subjetiva do estado de consciência do agente por ocasião da avaliação de um dado comportamento.”³⁸ Deste modo, a apuração da boa-fé subjetiva dá-se através da análise das reais intenções que o contratante possuía, para verificar se o mesmo agiu de boa-fé ou má-fé na relação contratual.³⁹

36 As cláusulas gerais apresentam-se como cláusulas de conteúdo vago, impreciso, propositalmente aberto, para que o magistrado, em seu trabalho de cognição relativo à aplicação das normas e princípios inerentes ao caso concreto submetido a sua apreciação, possa concretizar as referidas cláusulas. Estas possuem caráter genérico e abstrato, dirigidas precipuamente ao intérprete, que deverá, perante o caso concreto, preencher o conteúdo material da norma, através de interpretação construtiva, a fim de apresentar a solução mais adequada ao caso. Para maiores informações acerca das cláusulas gerais ver: MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 303 e 341; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 123-125; JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. *Cláusulas gerais no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 21-24; AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 6. ed. rev. e aum. de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 72.

37 NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé e justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 132. Nessa mesma linha de intelecção ver: MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre cosmos e táxis: A boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 612; MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 216.

38 NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 119-120.

39 Trata-se da chamada boa-fé crença, que se exterioriza através de um estado de ignorância, de crença errônea acerca de certas situações. (SCHIER, Flora Margarida Clock. *A boa-fé como pressuposto fundamental do dever de informar*. Curitiba: Juruá, 2006, p.38; NORONHA, Fernando. *Direito das*

Destarte, impõe-se ao intérprete a compreensão de que se deve “[...] considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antitética à boa-fé subjetiva, está a má-fé, também vista, subjetivamente, como a intenção de lesar a outrem.”⁴⁰

Lado outro, a boa-fé objetiva, traduz-se numa regra de conduta⁴¹, que qualifica uma norma de comportamento leal, ético, segundo o qual, o que importa, é a apuração do comportamento das partes conforme os padrões estabelecidos pela boa-fé.⁴² A boa-fé objetiva funda-se na necessidade das partes atuarem reciprocamente com cooperação, lealdade, honestidade e confiança⁴³, no intuito de concretizar a diretriz da eticidade preconizada no Código Civil.

É a chamada boa-fé *princípio*, a qual se impõe aos contratantes, visando a não frustrar a legítima expectativa da outra parte. É essencial entender que a boa-fé objetiva pressupõe sua análise externamente (e não internamente), para aferir-se a retidão da conduta, do comportamento, perpetrado pelas partes, diante das circunstâncias do caso concreto.

Portanto, a convicção do agente, seu estado psicológico, deixa de ser relevante na relação jurídica contratual, apenas sendo primordial, a avaliação da conformidade ou não do comportamento das partes com os padrões éticos e sociais vigentes na sociedade. Isto porque, o descumprimento da boa-fé objetiva não denota má-fé do agente, mas, tão somente, quebra ou simplesmente ausência da boa-fé.⁴⁴

obrigações: volume 1: fundamentos do direito das obrigações, introdução à responsabilidade civil. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 82).

40 MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 411. NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*: autonomia privada, boa-fé e justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 133.

41 CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 632.

42 NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 142. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 412.

43 FIUZA, César. *Direito civil*: curso completo. 9. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 410-411. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Tendências do Direito Civil no Século XXI. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 112-113.

44 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 41.

A referida distinção é fundamental, pois, a boa-fé que se introjeta no Direito Contratual contemporâneo é a de égide objetiva, sendo o Direito Contratual, campo fecundo e primordial, no tocante à sua aplicação, denotando assim sua relevância diante dos novos contornos do contrato, na contemporaneidade.

3.4 A BOA-FÉ OBJETIVA

A boa-fé objetiva é princípio de transformação do Direito Obrigacional, que na contemporaneidade, destaca-se como elemento norteador de todo o Direito Privado.

O princípio da boa-fé objetiva representa um “modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico, segundo qual ‘cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade.’”⁴⁵

Trata-se de uma regra de conduta, de comportamento ético, social, imposta às partes, pautada nos ideais de honestidade, retidão e lealdade, no intuito de não frustrar a legítima confiança, expectativa da outra parte, tendo ainda, a finalidade de estabelecer o equilíbrio nas relações jurídicas.⁴⁶ É esse o sentido que permeia os artigos 113, 187 e 422 do Código Civil de 2002, e os artigos 4º, III e 51, IV do Código de Defesa do Consumidor, os quais orientam o referido princípio no ordenamento jurídico brasileiro na contemporaneidade.

[...] a principiologia deve orientar-se pelo viés objetivo do conceito de boa-fé, pois visa garantir a estabilidade e a segurança dos negócios jurídicos, tutelando a justa expectativa do contraente que acredita e espera que a outra parte aja em conformidade com o avençado, cumprindo as obrigações assumidas. Trata-se de um parâmetro de caráter genérico, objetivo, em consonância com as tendências do direito contratual contemporâneo e que significa bem mais que

45 MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 411. Nesse sentido ver: NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *Os novos paradigmas da teoria contratual: o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da tutela do hipossuficiente*. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001b. p. 22-23. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do consumidor: a busca de um ponto de equilíbrio entre garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do Direito Civil e do Direito Processual Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 25-26.

46 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 59; ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 80.

simplesmente a alegação da ausência de má-fé, ou da ausência da intenção de prejudicar, mas que significa, antes, uma verdadeira ostentação de lealdade contratual, comportamento comum ao homem médio, o padrão jurídico *standard*.⁴⁷

É imprescindível salientar que o princípio da boa-fé objetiva ensejou a modificação da concepção tradicional de contrato (relação jurídica estática), que passa a ser visto como *relação jurídica complexa e dinâmica*^{48 49}, formado por um feixe de obrigações múltiplas e recíprocas, delineadas pela inserção dos deveres anexos, nas relações jurídicas obrigacionais.

[...] a boa-fé objetiva, passa a integrar o negócio jurídico por meio dos chamados deveres anexos de conduta (proteção, cooperação e informação, dentre outros), os quais visam a consagrar sua finalidade precípua, qual seja o adimplemento do contrato, devendo ser observados na fase pré-contratual, de execução do contrato e pós-contratual.⁵⁰

Diante desse novo paradigma do Direito Obrigacional, o cenário do Direito Contratual também se altera, para coadunar-se a relevante função exercida pela boa-fé objetiva, principalmente, na criação de novos deveres a serem observados pelos contratantes, bem como, no controle da autonomia privada, na realização de interesses individuais.

Destaca-se, ainda, no tocante ao estudo do princípio da boa-fé objetiva, seu aspecto tridimensional exteriorizado pelas funções interpretativa, integrativa e de controle, as quais norteiam sua aplicação nas relações obrigacionais e, por conseguinte, nas contratuais.

Nelson Rosenvald, em síntese acerca do princípio da boa-fé objetiva, explícita com clareza e precisão o contexto do modelo jurídico em análise, *in verbis*:

47 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Tendências do Direito Civil no Século XXI. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 112-113.

48 COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976. p. 10-11.

49 Trata-se do entendimento do professor Clóvis do Couto e Silva acerca da compreensão (concepção) da obrigação como processo.

50 SILVA, Michael César. A doença preexistente no contrato de seguro de vida: o princípio da boa-fé objetiva e o dever de informação. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Direito civil: atualidades III - princípios jurídicos no direito privado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 412.

[...] a boa-fé objetiva é horizontal, concerne às relações internas dos contratantes. Atende ao princípio da eticidade, pois polariza e atrai a relação obrigacional ao adimplemento, deferindo aos parceiros a possibilidade de recuperar a liberdade que cederam ao início da relação obrigacional. Mediante a emanção de deveres laterais - anexos, instrumentais ou de conduta -, de cooperação, informação e proteção, os parceiros estabelecem um cenário de colaboração desde a fase pré-negocial até a etapa pós-negocial, como implicitamente decorre da atenta leitura do art. 422 do Código Civil. Dentro de sua tridimensionalidade (funções interpretativa, integrativa e corretiva), a boa-fé ainda exerce uma função de controle, modelando a autonomia privada, evitando o exercício excessivo de direitos subjetivos e potestativos, pela via do abuso do direito [art. 187, CC].⁵¹

Destarte, o referido princípio visa ao adimplemento contratual e a limitação do exercício dos direitos subjetivos (abuso de direito), e nesse contexto, a autonomia privada passa a ser relativizada⁵², ou seja, modelada, integrada, valorizada, ou mesmo para alguns, conformada pela inserção da boa-fé objetiva nas relações contratuais.

A boa-fé objetiva impõe-se, assim, como elemento transformador de todo o Direito Obrigacional, irradiando-se para os demais ramos do direito, e em especial, o Contratual⁵³, donde se verifica sua importância nas relações jurídicas, evidenciando sua inegável força normativa no ordenamento jurídico contemporâneo.

3.5 FUNÇÕES DA BOA-FÉ OBJETIVA

A boa-fé objetiva possui caráter tridimensional⁵⁴, que se exterioriza através de três funções elencadas no Código Civil de 2002, quais sejam:

- 51 ROSENVALD, Nelson. A função social do contrato. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coords.). *Direito Contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007. p. 89.
- 52 SCHIER, Flora Margarida Clock. *A boa-fé como pressuposto fundamental do dever de informar*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 46.
- 53 MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre cosmos e táxis: A boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 611.
- 54 MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre cosmos e táxis: A boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 640; TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002. In: PASQUALOTTO, Adalberto; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coords.). *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências*

a interpretativa (artigo 113), a de controle (artigo 187) e a integrativa (artigo 422).⁵⁵ Destas, a função mais importante é a integrativa, pois, a boa-fé objetiva integra qualquer relação obrigacional, e, por conseguinte, contratual, por meio dos deveres anexos de conduta.

A função interpretativa da boa-fé objetiva indica a forma como o intérprete irá pautar-se para buscar o sentido adequado de examinar-se o conteúdo contratual fundado na observância da boa-fé nas relações jurídicas contratuais. A boa-fé objetiva apresenta-se assim como cânone interpretativo, como referencial hermenêutico, pautado no paradigma da eticidade, que na teoria dos negócios jurídicos, possui papel essencial, na contemporaneidade.

[...] Destarte, a boa-fé servirá como parâmetro objetivo para orientar o julgador na eleição das condutas que guardem adequação com o acordado pelas partes, com correlação objetiva entre meios e fins. O juiz terá que se portar como um “homem de seu meio e tempo” para buscar o agir de uma pessoa de bem como forma de valoração das relações sociais.⁵⁶

Trata-se de uma norma de interpretação dos negócios jurídicos, a partir da qual se interpretará “as declarações de vontade conforme a confiança que hajam suscitado de acordo com a boa-fé”⁵⁷, e demais circunstâncias apresentadas na relação jurídica contratual. Dessa forma, a função interpretativa referencia a boa-fé “como critério hermenêutico, exigindo que a interpretação das cláusulas contratuais privilegie sempre o sentido mais (*sic*) conforme à lealdade e à honestidade entre as partes.”⁵⁸

e assimetrias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 222-224; NORONHA, Fernando. O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé e justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 154.

55 Destaca-se que “[...] as referidas funções objetivam permear a aplicação da boa-fé objetiva, por todo o Direito Obrigacional, na busca do adimplemento contratual, e da limitação do exercício do Direito Subjetivo, permitindo, assim, o equilíbrio contratual almejado pelo ordenamento jurídico.” (SILVA, Michael César. A doença preexistente no contrato de seguro de vida: o princípio da boa-fé objetiva e o dever de informação. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Direito civil: atualidades III - princípios jurídicos no direito privado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 414).

56 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Lineamentos acerca da interpretação do negócio jurídico: perspectivas para a utilização da boa-fé objetiva como método hermenêutico. *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*. Porto Alegre, v.18. p. 8-32, dez./jan. 2008. p. 20.

57 OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Novo Código Civil Anotado*. v. I: parte geral. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 218.

58 TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002. In: PASQUALOTTO, Adalberto; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos

Destaca-se, ainda, que, a previsão legal do artigo 113 é norma cogente, que não pode ser afastada pela vontade das partes, pois, é dever jurídico imposto aos contratantes, que deverão comporta-se, obrigatoriamente, nos negócios jurídicos segundo os ditames da boa-fé.

A função interpretativa impõe que o intérprete, ao analisar as relações jurídicas obrigacionais, não se aterá a uma interpretação literal do negócio jurídico, mas, precipuamente, deverá pautar-se por uma interpretação, fundada na observância do sentido pertinente às convenções sociais inerentes àquela dada comunidade política.

Nesse contexto, tem-se a prevalência da *teoria da confiança*, que se apresenta como um ecletismo da teoria da declaração (prevalência do texto em detrimento do aspecto psíquico) e da teoria da vontade (predominância da vontade interna das partes sobre a declaração), pela qual o intérprete buscará a vontade objetiva do contrato (vontade aparente do negócio jurídico), pautado nos ideais orientadores da boa-fé objetiva.⁵⁹

Assim, o intérprete analisará as circunstâncias do caso concreto e a finalidade econômico-social do contrato⁶⁰, as quais desencadearam a manifestação de vontade dos contratantes, para através de esforço hermenêutico, determinar a solução adequada ao caso, dentro, evidentemente, dos contornos estabelecidos pela boa-fé objetiva, visando a não frustrar a legítima expectativa da outra parte.

A função de controle da boa-fé objetiva impõe limites ao exercício abusivo do direito subjetivo dos contratantes, para determinar até onde o mesmo é legítimo ou não, e, desta forma, obter o merecimento do ordenamento jurídico.

(Coords.). *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 223.

59 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 64; ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 89. Nesse mesmo sentido ver: TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. 2.ed. São Paulo: Método, 2007. p. 145; SETTE, André Luiz Menezes Azevedo. *Direito dos contratos: seus princípios fundamentais sob a ótica do Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 127-128; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coords.). *Direito Contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007. p. 56.

60 NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 136.

Nesse escopo, a referida função implica em limitação de direitos subjetivos das partes⁶¹, as quais devem, necessariamente, observar os preceitos estabelecidos pela boa-fé objetiva no entabulamento dos negócios jurídicos, no intuito de que o contrato possa cumprir sua função social.

A boa-fé objetiva caracteriza-se, assim, como “máxima de conduta ético-jurídica”⁶², que visa a coibir o abuso de direito subjetivo, qualificado pelo ordenamento jurídico como ato ilícito, conforme previsão legal do artigo 187 do Código Civil de 2002, de modo a garantir o adimplemento contratual.

Imprescindível salientar que “a boa-fé está diretamente relacionada à teoria do abuso de direito nesta sua função de limitar ou mesmo impedir o exercício de direitos que emergem da relação contratual.”⁶³

Destarte, busca-se evitar o abuso de direito, reduzindo a liberdade de atuação dos contratantes, pois, determinados comportamentos, ainda que lícitos, não observam a eticidade preconizada pelo princípio da boa-fé objetiva, e assim, negligenciam os ditames da lealdade, honestidade e confiança mútua, que devem nortear a conduta das partes nas relações jurídicas, ferindo a legítima expectativa da outra parte.

*A função integrativa da boa-fé objetiva é fonte criadora de novos deveres especiais de conduta a serem observados pelas partes durante o vínculo obrigacional.*⁶⁴ São os chamados deveres anexos, instrumentais ou colaterais de conduta, que passam a ser observados em toda e qualquer relação jurídica obrigacional.

É através da função integrativa (ou criadora) que se irradiam os deveres anexos de conduta, impostos pela boa-fé objetiva, os quais afluem para todo o Direito Obrigacional, e, por conseguinte, para os demais ramos do Direito. O contrato passa a ser entendido como relação jurídica *complexa e dinâmica*⁶⁵, compreendido pela obrigação principal

61 MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 382-409. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n.14. p. 20-27, abr./jun., 1995. p. 24.

62 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 65.

63 NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 140.

64 NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé e justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 157.

65 COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976. p. 10-11.

acrescida dos deveres anexos da boa-fé objetiva, os quais devem ser observados pelas partes, alterando-se, o vínculo obrigacional estático outrora existente, restrito ao campo da prestação.

Assim, o contrato não envolve, tão somente, a obrigação de prestar, mas, também, uma *obrigação de conduta*⁶⁶ dos contratantes visando a garantir o adimplemento da obrigação. Trata-se da função mais importante do princípio da boa-fé objetiva, pois os referidos deveres que se originam deste passam, obrigatoriamente, a integrar qualquer relação obrigacional, como obrigação secundária, para que essa seja equilibrada, e permita não frustrar a confiança mútua e a legítima expectativa dos contratantes.

[...] a boa-fé também impõe certos deveres aos contratantes, chamados secundários, laterais ou acessórios, porque, estando em segundo plano com relação à obrigação principal (o cumprimento do objeto do contrato), surgem durante todo o processo de contratação (negociação, conclusão e execução), podendo até mesmo subsistir além desta, em momento pós-contratual [...].⁶⁷

Portanto, o Direito Obrigacional, e em especial os contratos, irão nortear-se pela autonomia privada acrescida pelos deveres anexos de conduta da boa-fé objetiva, no intuito de garantir o efetivo adimplemento contratual.

3.6 OS DEVERES ANEXOS DE CONDUTA

A partir do princípio da boa-fé objetiva surgem os chamados deveres anexos de conduta (laterais, instrumentais, dentre outros), os quais se introjetam em toda relação jurídica obrigacional, no intuito de instrumentalizar o correto cumprimento da obrigação principal e a satisfação dos interesses envolvidos no contrato.

Estes deveres de conduta que acompanham as relações contratuais vão ser denominados de *deveres anexos (Nebenpflichten)*, deveres que nasceram da observação da jurisprudência alemã ao visualizar que o contrato, por ser fonte imanente de conflitos de interesses, deveria ser guiado e, mais ainda, guiar a atuação

66 MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 218.

67 BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 83.

dos contraentes conforme o princípio da boa-fé nas relações.⁶⁸
(grifo do autor).

Destarte, além do dever da prestação (obrigação principal) surgem, também, outros deveres de conduta durante a relação jurídica (obrigação secundária), os quais devem ser observados pelos contratantes, sob pena de quebra, de ofensa a boa-fé objetiva.⁶⁹

[...] o conteúdo do contrato amplia-se, por força da boa-fé, para além das obrigações estritamente contratuais. Ao lado das obrigações que não existiriam fora do contrato, a boa-fé passou a incluir no contexto contratual o dever geral de não causar dano, em todas as suas múltiplas especificações. Este campo de atuação dos deveres instrumentais.⁷⁰

Os deveres anexos podem ser compreendidos como deveres positivos e negativos, os quais através da sua inserção na relação jurídica relativizam a autonomia privada, ao estabelecer deveres decomportamento, os quais nortearão a conduta dos contratantes, nas fases pré-contratual, contratual e pós-contratual.⁷¹

Devido à importância concretizada pelos deveres anexos de conduta nas relações jurídicas obrigacionais, a doutrina firmou entendimento no sentido de que, quando se descumpre os deveres anexos de conduta, surge a chamada *violação positiva do contrato ou adimplemento ruim*, pois a obrigação principal é cumprida, porém, tem-se o descumprimento dos deveres anexos (obrigação secundária).⁷²

68 MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 219.

69 COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976. p. 29-30.

70 NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 155-156.

71 MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. A boa-fé como parâmetro da abusividade no direito contratual. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 316.

72 CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 594-602; GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do consumidor*. 4.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. p. 45 e 192; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 82-105. Nesse sentido, Flávio Tartuce expõe que “segundo o Enunciado n. 24 do Conselho da Justiça Federal, da I Jornada de Direito Civil, a quebra desses deveres anexos é modalidade de inadimplemento obrigacional, cuja responsabilidade independe de culpa. Para alguns autores, essa quebra da boa-fé objetiva conduziria a uma terceira modalidade de inadimplemento, ao lado da mora e do inadimplemento absoluto, denominada violação positiva do contrato.” (TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. 2.ed. São Paulo: Método, 2007. p. 200 e 213) [grifos no original].

Portanto, não basta que as partes cumpram apenas a obrigação principal. Os contratantes devem cooperar entre si, agir com lealdade, para que o negócio jurídico obtenha êxito, ou seja, “colaborar durante a execução do contrato, conforme o paradigma da boa-fé objetiva”⁷³, através do respeito aos deveres anexos, visando ao correto adimplemento da obrigação.

Da consagração da boa-fé objetiva nas relações contratuais decorrem principalmente os deveres de informação, de colaboração e cuidado, somatória que realiza a insofismável verdade de que, em sede contratual, se lida com algo bem maior que o simples sinalagma: lida-se com pressupostos imprescindíveis e socialmente recomendáveis, como a fidelidade, a honestidade, a lealdade, o zelo e a colaboração. Enfim, está presente, também na ambiência contratual, o sentido ético, a tendência socializante e a garantia de dignidade que são, por assim dizer, as marcas ou marcos deste direito que, perpassando os séculos, se apresenta modificado aos primórdios do milênio novo.⁷⁴

Desta forma, é imprescindível que as partes atuem nas relações jurídicas obrigacionais firmadas, com observância aos deveres anexos de conduta, os quais impõem para além da obrigação jurídica principal, deveres fiduciários (obrigação complexa), os quais objetivam resguardar a legítima expectativa e a confiança mútua existente entre as partes. Por fim, assevera-se que a boa-fé objetiva materializa-se através dos deveres anexos de proteção (ou cuidado), cooperação (ou lealdade) e de informação (ou esclarecimento)⁷⁵, dentre outros, pois, sua enumeração não pode ser considerada taxativa.

73 MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 233.

74 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Tendências do Direito Civil no Século XXI. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 113.

75 O dever de informação (ou de informar) impõe aos contratantes, o dever precípua de informação acerca de todas as circunstâncias relevantes sobre o contrato, para que as partes possam, livremente, exercer sua autonomia privada. Tem-se como o mais importante dos deveres anexos da boa-fé objetiva, pois, a informação é fundamental para que os contratantes possam ser alertados sobre fatos, relacionados ao conteúdo contratual, que não poderiam perceber por sua própria diligência ordinária. Destaca-se, ainda, que, o dever de informação é extremamente valorado na sociedade contemporânea, em decorrência da cláusula geral de boa-fé objetiva, sendo entendido como obrigação secundária ao contrato e importante mecanismo de reequilíbrio contratual nas relações de consumo. (ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 109; MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 772).

3.7 O COROLÁRIO DA BOA-FÉ OBJETIVA: TRANSPARÊNCIA

O princípio da transparência (artigo 4º *caput* do Código de Defesa do Consumidor) é um dos princípios norteadores dos contratos de consumo. Preconiza a maneira como a informação deve ser prestada ao consumidor durante a contratação, a qual deve ser clara, ostensiva, precisa e correta, visando a sanar quaisquer dúvidas no ato da contratação e garantir o equilíbrio contratual entre os contratantes.

É um dos instrumentos, ao lado do dever anexo de informação, aptos a proteger a liberdade de escolha do consumidor, com vistas à consagração da boa-fé objetiva e justiça contratual na relação jurídica contratual.

Alguns doutrinadores entendem que a transparência advém do princípio da boa-fé objetiva, ou mesmo que se trata de um reflexo ou sub-princípio⁷⁶, que em consonância com o dever de informação, possui o intuito de *qualificar a informação prestada*. Nesse sentido, a transparência é entendida como verdadeiro corolário da boa-fé objetiva, possuindo papel fundamental nas relações jurídicas contratuais.⁷⁷

A transparência impõe a efetiva qualificação da informação sobre aspectos relevantes da avença, ligados, principalmente, *a estipulação do conteúdo contratual*, sob pena de haver violação do referido princípio, e em consequência, descumprimento da boa-fé objetiva.

Transparência significa informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-contratual, isto é, na fase negocial dos contratos de consumo.

[...] transparência é clareza, é informação sobre os temas relevantes da futura relação contratual. Eis por que instituí o CDC um novo e amplo dever para o fornecedor, o dever de informar ao consumidor não só sobre as características do produto ou serviço, como também sobre o conteúdo do contrato.⁷⁸

76 RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O Imperativo de Transparência no Direito Europeu dos Contratos. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 146; CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 34-36.

77 GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do consumidor*. 3.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. p. 30.

78 MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 715. Nesse sentido ver:

Isto porque, a transparência afeta a *essência do contrato*, pois a informação fornecida integra o conteúdo contratual, de modo a concretizar o reequilíbrio obrigacional do contrato, com vistas à consecução da igualdade material. Joaquim de Sousa Ribeiro assevera a importância da transparência como instrumento de tutela das relações contratuais, *in verbis*:

Exigir transparência nas relações de mercado e nos contratos que as canalizam é exigir que o conhecimento do objecto e das condições da oferta seja facilmente acessível aos interessados. Aos sujeitos que procuram bens ou serviços deve ser garantida a possibilidade de compreensão cabal das características da prestação a que ganharão direito, do montante exacto das contrapartidas a seu cargo e dos termos de execução do contrato, sem que para isso tenham que desenvolver especiais esforços ou recorrer a apoio técnico especializado.

[...] Nesta dimensão, a transparência tem fundamentalmente a ver com a quantidade e qualidade da informação que aquele contraente tem que fornecer a este [...].⁷⁹

Entretanto, em inúmeros contratos de consumo, verificam-se cláusulas contratuais que impedem a compreensão adequada do consumidor em relação aos termos do contrato, por não prestarem informações suficientes e adequadas, ou mesmo por não serem transparentes, trazendo inúmeros prejuízos ao mesmo.⁸⁰

TOMASETTI JUNIOR, Alcides. O objetivo de transparência e o regime jurídico dos deveres e riscos de informação nas declarações negociais para consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n.4. p. 52-90, 1992. p. 53; FABIAN, Christoph. *O dever de informar no direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 68-70.

79 RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O Imperativo de Transparência no Direito Europeu dos Contratos. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 136-137.

80 Nesse sentido, Joaquim de Sousa Ribeiro explicita que “[...] o consumidor tem direito a decidir com pleno conhecimento de causa, devendo ser-lhe facultada a oportunidade de avaliar, com toda exactidão, aquilo que adquire e aquilo que paga. São contrárias à boa-fé e abusivas, por intransparentes, as indicações obscuras, através de fórmulas excessivamente complicadas, mas também as cláusulas enganadoras, restritivas ou modificativas, de forma dissimulada, do que resulta de outras disposições ou de comunicações publicitárias para as quais a sua atenção é solicitada.” (RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O Imperativo de Transparência no Direito Europeu dos Contratos. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 146).

Nesse contexto, o sentido adequado à transparência seria de qualificar a autonomia privada, através da efetiva liberdade de decisão do contratante, garantida pelo fornecimento de informações adequadas e necessárias a realização da avença, as quais devem ser fornecidas desde o momento da formação do contrato.

O princípio da transparência em consonância com o dever de informação, impõe ao fornecedor a obrigação de prover informação efetiva, descrição rigorosa e ostensiva do serviço prestado ao consumidor, sobretudo, naqueles casos em que, pela natureza da prestação ou pelo modo de contratar, encontra-se ínsita a presença do risco na relação contratual, ao qual é acrescida ainda a *falta de informação* ou mesmo o *desconhecimento do contratante sobre aspectos relevantes acerca da contratação*.⁸¹ (grifo do autor)

Assim, o princípio da transparência e o dever de informação, recaem sobre todas as cláusulas contratuais, as quais elencam direitos e deveres das partes, e permitem deste modo, o exercício da autonomia privada, conforme os preceitos erigidos pela boa-fé objetiva.

Portanto, a boa-fé objetiva, como manifestação da tutela da confiança, é concretizada através da transparência nas relações negociais, vinculando a parte que possui vantagens informativas, através da imposição do dever jurídico de informação clara, precisa e ostensiva de todo o conteúdo contratual, sem subterfúgios ou possibilidades de interpretações dúbias, no intuito de impedir que se frustrem as expectativas legítimas da contraparte, evidentemente, vulnerável, no tocante às informações relativas ao teor das cláusulas contratuais da avença.

3.8 A BOA-FÉ OBJETIVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Em face dos novos contornos alicerçados pela boa-fé objetiva no Direito Privado, após a entrada em vigor do Código Civil de 2002 (artigos

81 SILVA, Michael César. A doença preexistente no contrato de seguro de vida: o princípio da boa-fé objetiva e o dever de informação. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Direito civil: atualidades III - princípios jurídicos no direito privado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 422. Nesse sentido, Paulo Nalin assevera que no tocante ao princípio da transparência “seu maior impacto na relação contratual está na necessidade de que uma informação contratual de qualidade seja oferecida ao contratante vulnerável, pois somente a partir dela é que também pode ser emitida uma vontade qualificada.” (NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2006. p. 147).

113, 187 e 422), faz-se necessário, empreender-se esforço hermenêutico, para determinar com precisão o conteúdo da referida cláusula geral nas relações jurídicas paritárias (abrangidas pelo Código Civil) e não-paritárias (abrangidas pelo Código de Defesa do Consumidor), no sentido de se garantir a aplicabilidade consentânea do princípio, conforme estatuído em seu conceito dogmático.

A boa-fé, antes do advento do Código de Defesa do Consumidor (1990), era utilizada no ordenamento jurídico brasileiro, apenas em sua acepção subjetivista, denotando o estado psicológico, a íntima convicção do agente, ou seja, a intenção do sujeito da relação jurídica.⁸² Era a linha de intelecção do Código Civil de 1916.

Contudo, com o processo de industrialização, a influência do liberalismo econômico, a massificação dos contratos e o surgimento dos contratos de adesão, e por consequência, pelo desequilíbrio contratual gerado nas contratações⁸³, o Estado vê-se forçado a intervir nas relações privadas para prover maior segurança aos contratantes e equilíbrio aos contratos, por meio de um efetivo papel intervencionista na consecução das finalidades sociais, no sentido de minimizar as desigualdades sociais e econômicas impostas pelo Estado Liberal.⁸⁴

Nesse contexto, exsurge o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), aplicável às relações jurídicas de consumo, no intuito coibir abusos, resguardar os consumidores (presumivelmente vulneráveis) e promover o reequilíbrio nas relações contratuais de consumo.

Destarte, a moderna previsão legal da boa-fé objetiva, fundada no § 242 do BGB e no artigo 1.375 do Código Civil Italiano, é inaugurada no Direito Brasileiro, através do artigo 4º, III e 51, IV do Código de Defesa do Consumidor, como um dos princípios retores da Política Nacional das Relações de Consumo esculpida no artigo 4º CDC.⁸⁵

82 TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002. In: PASQUALOTTO, Adalberto; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coords.). *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 217.

83 FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 9. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 406.

84 LIMA, Taísa Maria Macena de. O contrato no Código Civil de 2002: função social e principiologia. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho – 3ª região*, Belo Horizonte, n. 67. p. 51-63, jan./jun., 2003. p. 51.

85 TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002. In: PASQUALOTTO, Adalberto; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos

A inserção da boa-fé objetiva nas relações de consumo trouxe novo impulso à jurisprudência pátria, que passou a utilizá-la como instrumento de proteção ao consumidor e de reequilíbrio das relações jurídicas não-paritárias.

Nessa esteira, a aplicação da boa-fé objetiva pelos tribunais pátrios passou a nortear-se por finalidade e funções que tecnicamente não lhe eram próprios, mas, sim, da legislação consumerista, afastando-se dos preceitos fundantes do conceito de boa-fé objetiva.⁸⁶ Isto porque, em sua gênese no Direito Germânico, não se tratava de um preceito protetivo, “*mas de uma sujeição de ambas as partes contratuais, e em igual medida, aos padrões objetivos de lealdade e colaboração para os fins contratuais.*”⁸⁷

Porém, com o advento do Código Civil de 2002, nova aplicabilidade da cláusula geral da boa-fé objetiva foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro, com o objetivo de *regular as relações jurídicas paritárias*, independentemente, da vulnerabilidade de uma das partes, pois, indubitavelmente, não havia desequilíbrio contratual a ser sanado.

Não há dúvida de que a noção de boa-fé objetiva, prevista pelo Código Civil, é a mesma que, em 1990, se pretendeu incorporar ao Código de Defesa do Consumidor – qual seja, a de uma cláusula geral de lealdade e colaboração para o alcance dos fins contratuais –, mas difere profundamente daquela versão protetiva da boa-fé que os tribunais brasileiros aplicaram e continuam aplicando às relações de consumo. De fato, a noção de boa-fé não tem ontologicamente esse caráter protetivo. E em relações paritárias, como as que são tuteladas pelo Código Civil, não faz sentido atribuir uma função reequilibradora à boa-fé, pela simples razão de que, a princípio, não há, nestas relações, desequilíbrio a corrigir.

(Coords.). *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 218-219.

86 TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002. In: PASQUALOTTO, Adalberto; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coords.). *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 220; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil: obrigações*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 102.

87 TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002. In: PASQUALOTTO, Adalberto; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coords.). *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 220.

[...] não havendo, nestas relações, uma definição apriorística de que parte se deve proteger, torna-se necessário, para se chegar à solução adequada, preencher o conteúdo da boa-fé objetiva, não bastando mais a sua simples invocação vazia de qualquer consideração concreta. Ao contrário do que ocorre nas relações de consumo, nas relações paritárias a insistência nesta concepção excessivamente vaga e puramente ética da boa-fé objetiva traz o risco de sua absoluta falta de efetividade na solução dos conflitos de interesses.⁸⁸

Nesse sentido, a boa-fé objetiva preconizada no artigo 422 do Código Civil ganha contornos distintos da que, aprioristicamente, foi consagrada na jurisprudência brasileira anterior ao Código Civil de 2002, qual seja: proteção dos consumidores, devido à desigualdade das partes contratantes, visando ao reequilíbrio contratual.

Destarte, nas relações jurídicas paritárias reguladas pelo Código Civil, a boa-fé objetiva visa não a proteger uma das partes, mas, *a exigir de ambas as partes*, uma atuação honesta e leal, conforme os valores e preceitos consagrados pelo ordenamento civil-constitucional, impondo funções e deveres de conduta, decorrentes da própria natureza do vínculo assumido, que são condicionados e limitados pela função social e econômica do negócio jurídico celebrado.⁸⁹

Deste modo, há nítido campo de atuação distinto da boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002, evidenciando-se que, o ordenamento jurídico objetiva com o princípio supra “assegurar que as partes colaborarão mutuamente para a consecução dos fins perseguidos com o contrato”⁹⁰, sendo necessário para tanto, que o intérprete, através da hermenêutica, preencha o conteúdo da referida cláusula geral, seja nas relações paritárias ou não-paritárias, no intuito de se determinar os contornos dogmáticos do princípio da

88 TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002. In: PASQUALOTTO, Adalberto; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coords.). *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 221-222.

89 TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002. In: PASQUALOTTO, Adalberto; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coords.). *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 225-226 e 228.

90 TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002. In: PASQUALOTTO, Adalberto; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coords.). *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 226.

boa-fé objetiva, notadamente, suas funções, deveres anexos e limites, viabilizando assim sua aplicação diante do caso concreto.

4 CONCLUSÃO

A releitura do Direito Contratual é imprescindível dentro do contexto contemporâneo das relações jurídicas contratuais, profundamente alteradas pela inserção de princípios constitucionais aos conflitos de Direito Privado, surgimento da nova teoria contratual e advento da legislação consumerista.

Nesse contexto, o princípio da boa-fé objetiva apresenta-se como elemento essencial na reinterpretação do Direito Contratual, a partir da perspectiva civil-constitucional.

O fenômeno da constitucionalização do Direito Civil ensejou a funcionalização e a repersonalização das relações jurídicas patrimoniais, as quais passaram a adequar-se à nova ordem jurídica constitucional, fundada em valores extrapatrimoniais, destacando-se a dignidade da pessoa humana, visando à promoção do bem comum e o interesse coletivo.

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil de 2002, as relações contratuais tomam novo impulso, com a consolidação da principiologia contratual contemporânea no ordenamento jurídico brasileiro, com destaque para o princípio da boa-fé objetiva, que passa a relativizar a autonomia privada, apresentando novos contornos à liberdade contratual, no tocante ao estabelecimento do conteúdo do contrato. Inaugura-se, assim, um novo cenário hermenêutico a ser delineado, na aplicação do Direito Contratual.

A boa-fé objetiva destaca-se como mecanismo norteador da conduta dos contratantes, especialmente, no momento de celebração do contrato, tendo o dever de informação e o princípio da transparência, relevante aplicação no tocante à apresentação de todas as informações, efetivamente, necessárias para a conclusão da avença.

Nessa esteira, as funções e os deveres anexos da boa-fé objetiva, delimitam os limites do conteúdo da referida cláusula geral, a qual deve repercutir de modo distinto nas relações jurídicas paritárias e não-paritárias, em razão de seu campo de aplicação ser diferente, tendo por fundamento os valores e princípios consagrados pelo ordenamento civil-constitucional e, sobretudo, direcionando-se pela necessária observância ao princípio da dignidade da pessoa humana, valor fundamental a ser realizado pelo ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n.14, p. 20-27, abr./jun., 1995.

AMARAL, Francisco. A boa-fé no processo romano. *Revista Jurídica*. UFRJ, Rio de Janeiro, v.1, n.1, p. 33-46, jan./jun. 1995.

_____. *Direito civil*: introdução. 6. ed. rev. e aum. de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciado n. 167 do Conselho da Justiça Federal*. Enunciado aprovado na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal. Disponível em: <<http://daleth.cjf.gov.br/revista/enunciados/IIIJornada.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2007.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007.

_____. *Tratado de direito civil português*: v. 1: parte geral, tomo 1: introdução doutrina geral negócio jurídico. 3. ed. aumentada e inteiramente revista. Coimbra: Almedina, 2005.

COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

FABIAN, Christoph. *O dever de informar no direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. A “reconstitucionalização” do direito civil brasileiro: lei nova e velhos problemas à luz de dez desafios. *Revista Jurídica*. Porto Alegre: Notadez, n. 324, p. 16-19, out. 2004.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: teoria geral*. 6.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. *Direito das obrigações*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. Lineamentos acerca da interpretação do negócio jurídico: perspectivas para a utilização da boa-fé objetiva como método hermenêutico. *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*. Porto Alegre, v. 18, p. 8-32, dez./jan. 2008.

FIUZA, César. Crise e Interpretação no Direito Civil da Escola da Exegese às Teorias da Argumentação. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 23-59.

_____. *Direito civil: curso completo*. 9. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. Por uma redefinição da contratualidade. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). *Direito civil: atualidades II - da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 253-265.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil: obrigações*. São Paulo: Atlas, 2008.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do consumidor*. 3.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

_____. *Direito do consumidor*. 4.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Tendências do Direito Civil no Século XXI. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 93-114.

_____. TARTUCE, Flávio. O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coords.). *Direito Contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007. p. 41-80.

JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. *Cláusulas gerais no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

LEWICKI, Bruno. Panorama da boa-fé objetiva. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 55-75.

LIMA, Taísa Maria Macena de. O contrato no Código Civil de 2002: função social e principiologia. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho – 3ª região*, Belo Horizonte, n. 67, p. 51-63, jan./jun., 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A constitucionalização do Direito Civil. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 197-217.

_____. *Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Três tipos de diálogos entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: superação das antinomias pelo diálogo de fontes. In: PASQUALOTTO, Adalberto; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coords.). *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 11-82.

_____. BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de defesa do consumidor*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Mercado e solidariedade social entre *cosmos e táxis*: A boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 611-661.

MATTIETTO, Leonardo de Andrade. O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 163-186.

MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. A boa-fé como parâmetro da abusividade no direito contratual. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 307-324.

_____. *O abuso de direito nos contratos de consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. In: MARQUES, Claudia Lima (Org.). *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 176-225.

MOTA, Maurício Jorge. A pós-eficácia das obrigações. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 187-241.

NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2006.

NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

_____. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto. *A comunidade principiológica aberta no direito privado: um estudo a partir da proposta de Ronald Dworkin em "O Império do Direito"*. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Direito civil: atualidades III - princípios jurídicos no direito privado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 1-36.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: volume 1: fundamentos do direito das obrigações, introdução à responsabilidade civil*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé e justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994.

NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *A teoria contratual e o Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. Os novos paradigmas da teoria contratual: o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da tutela do hipossuficiente. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 17-54.

OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Novo Código Civil Anotado*. v. I: parte geral. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. 3: contratos: declaração unilateral de vontade, responsabilidade civil. 12. ed. rev. e atual. por Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O Imperativo de Transparência no Direito Europeu dos Contratos. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.131-157.

ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Trad. Ana Coimbra; M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. A função social do contrato. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coords.). *Direito Contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007, p.81-111.

SCHIER, Flora Margarida Clock. *A boa-fé como pressuposto fundamental do dever de informar*. Curitiba: Juruá, 2006.

SETTE, André Luiz Menezes Azevedo. *Direito dos contratos: seus princípios fundamentais sob a ótica do Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, Michael César. *A doença preexistente no contrato de seguro de vida: o princípio da boa-fé objetiva e o dever de informação*. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Direito civil: atualidades III - princípios jurídicos no direito privado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.403-450.

TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. 2.ed., São Paulo: Método, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. A constitucionalização do Direito Civil: perspectivas interpretativas diante do novo código. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). *Direito Civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.115-130.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Temas de Direito Civil*. 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.1-22.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002. In: PASQUALOTTO, Adalberto; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coords.). *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.216-231.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do consumidor: a busca de um ponto de equilíbrio entre garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do Direito Civil e do Direito Processual Civil*. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TOMASETTI JUNIOR, Alcides. O objetivo de transparência e o regime jurídico dos deveres e riscos de informação nas declarações negociais para consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n.4, p.52-90, 1992.



PARECER 2011/DECOR/CGU/AGU
AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO DE
ADVOGADO DA UNIÃO SUBMETIDO A
ESTÁGIO PROBATÓRIO

João Gustavo de Almeida Seixas
Advogado da União



PARECER N° 79/2011/DECOR/CGU/AGU

PROCESSO N° 00400.014671/2009-91

INTERESSADO: Conselho Superior da Advocacia-Geral da União – CSAGU

ASSUNTO: Avaliação de desempenho de Advogado da União submetido a estágio probatório.

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. MEMBRO DA AGU EM ESTÁGIO PROBATÓRIO CEDIDO A OUTRO ÓRGÃO OU ENTIDADE. SUSPENSÃO DO PRAZO DO ESTÁGIO PROBATÓRIO ENQUANTO PERDURAR A CESSÃO. IMPOSSIBILIDADE DE QUE A AVALIAÇÃO DE APTIDÃO SEJA REALIZADA POR ÓRGÃO OU ENTIDADE ESTRANHO À AGU OU POR ELA PRÓPRIA ENQUANTO O SERVIDOR NÃO RETORNAR ÀS FUNÇÕES DO SEU CARGO EFETIVO.

I – A doutrina e a jurisprudência entendem que o estágio probatório tem por fim verificar a aptidão e capacidade do servidor para ocupar o cargo de provimento efetivo em que foi investido;

II – Assim, situações que afastam o servidor do exercício das funções que são próprias do seu cargo efetivo de origem (v.g. cessões e licenças médicas) obstam que tal verificação seja realizada, acarretando a suspensão do prazo do estágio probatório;

III – Por corolário, se o membro da AGU cedido tem seu estágio probatório suspenso, impede-se a sua avaliação, seja por órgão da própria da AGU, seja pelo órgão ou entidade cessionário, enquanto ele não retornar às funções do seu cargo efetivo.

Senhora Coordenadora-Geral de Orientação,

- I -

1 Trata-se, em apertada síntese, de consulta formulada pelo colendo Conselho Superior da Advocacia-Geral da União – CSAGU perante a Consultoria-Geral da União – CGU com o fito de “*analisar a possibilidade de avaliação de aptidão de Advogado da União, para fins de estágio confirmatório, por órgão que não integra a Advocacia-Geral da*”

União”, conforme ressuma do gizado pelo então Presidente do CSAGU e Procurador-Geral da União Fernando Luiz Albuquerque Faria no Memorando n. 265 CS/AGU, de 27 de agosto de 2009, que inaugura os autos do processo epigrafado (fl. 01).

2 Segundo consta de reprodução de mensagem eletrônica que acompanha o memorando acima referenciado (f. 02), a decisão de submeter a consulta sub oculi à CGU ocorreu durante a 104ª Reunião Extraordinária do CSAGU, mais precisamente quando da deliberação a respeito da confirmação do servidor Eison Goedert, cedido para o eg. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4, no cargo de Advogado da União, tendo em vista que, durante o período da cessão, foi avaliado individualmente por membros daquele órgão do Poder Judiciário da União.

3 Acompanham os autos principais, em forma de anexo, cópias dos autos dos Processos nº 00400.00715/2009-04 (duas cópias, sendo que uma aparenta ser completa) e nº 00406.001171/2009-30.

4 *Brevemente relatados os autos, passo ao opinativo.*

- II -

5 Ao meu aviso, a resposta a ser apresentada ao colendo CSAGU é pela impossibilidade de que membro da Advocacia-Geral da União – AGU cedido durante o período do estágio confirmatório para órgão ou entidade diverso seja avaliado por servidores que não pertençam ao quadro dessa Instituição.

6 Isso se deve ao fato de que, conforme é cediço, o estágio confirmatório de 3 (três) anos, reputado indispensável para a aquisição da estabilidade, tem por objetivo, dentre outros¹, avaliar a aptidão e capacidade do servidor para realizar as funções próprias do cargo de provimento efetivo para o qual foi nomeado, nos termos do art. 20, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990:

Art. 20. Ao entrar em exercício, o servidor nomeado para cargo de provimento efetivo ficará sujeito a estágio probatório por período de 24 (vinte e quatro) meses², durante o qual a sua aptidão e capacidade

1 De fato, sob o prisma do estagiário, o período de confirmação também se presta para que ele reflita se o cargo atende às suas expectativas. Ou seja, o estágio probatório serve tanto para a Administração Pública avaliar o servidor como para o servidor avaliar o cargo que está ocupando.

2 Vale recordar que a Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998, alterou o *caput* do art. 41, da Carta Magna, fixando em 03 (três) anos o prazo de efetivo exercício para a aquisição de estabilidade

serão objeto de avaliação para o desempenho do cargo, observados os seguintes fatores:

- I - assiduidade;
- II - disciplina;
- III - capacidade de iniciativa;
- IV - produtividade;
- V - responsabilidade.

7 A corroborar, tem-se a seguinte lição do saudoso mestre HELY LOPES MEIRELLES³:

Estágio probatório de três anos, terceira condição para a estabilidade, é o período de exercício do servidor durante o qual é observado e apurada pela Administração a conveniência ou não de sua permanência no serviço público, mediante a verificação dos requisitos estabelecidos em lei para a aquisição da estabilidade (idoneidade moral, aptidão, disciplina, assiduidade, dedicação ao serviço, eficiência etc.).

8 Na mesma linha, e de forma mais abrangente, o escólio do doutrinador baiano PAULO MODESTO⁴:

pelos ocupantes de cargo de provimento efetivo aprovados em concurso público, revogando, assim, todos os dispositivos infraconstitucionais que dispunham diversamente, inclusive o art. 20, *caput*, da Lei n.

8.112/1990, na parte em que estabelecia o período de 24 (vinte e quatro) meses para o estágio probatório. É de se notar, ainda, que a jurisprudência já assentou que a aquisição de estabilidade não está dissociada do estágio probatório, submetendo-se ambos ao mesmo prazo de 03 (três) anos. Nesse sentido:

“EMENTA: Agravo Regimental em Suspensão de Tutela Antecipada. 2. Estágio confirmatório de dois anos para Advogados da União de acordo com o artigo 22 da Lei Complementar n. 73/1993. 3. Vinculação entre o instituto da estabilidade, definida no art. 41 da Constituição Federal, e o instituto do estágio probatório. 4. Aplicação de prazo comum de três anos a ambos os institutos. 5. Agravo Regimental desprovido.”

(STF, Tribunal Pleno – STA nº 269 AgR/DF, rel. Min. Gilmar Mendes – Julgamento em 04/02/2010 – Publicação no DJe em 26/02/2010 – sublinhou-se)

3 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 430.

4 MODESTO, Paulo. Estágio Probatório: questões controversas. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 10, abril/maio/junho, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 13 de abril de 2011.

Denomina-se tradicionalmente estágio probatório, ou estágio de confirmação, o período de avaliação, adaptação e treinamento em efetivo exercício a que estão submetidos os que ingressam em cargos públicos em virtude de aprovação em concurso público.

Trata-se de período de experiência, supervisionado pela Administração, destinado a verificar a real adequação de agentes públicos ocupantes de cargos de provimento efetivo ou de provimento vitalício na primeira fase da relação funcional que encetam com o Estado. Neste lapso de tempo, atualmente limitado para os agentes civis ao máximo de três anos, busca-se avaliar a responsabilidade, a assiduidade, a dedicação e a eficiência dos agentes empossados e em exercício, mediante observações e inspeções regulares. Neste período, além disso, deve a Administração velar pelo treinamento e adaptação dos novos integrantes da organização pública, selecionados a partir de concurso público.

9 Das lições acima transcritas, extrai-se que o estágio probatório tem claramente o escopo de avaliar se o servidor público está apto para exercer as funções inerentes ao cargo em que foi empossado e, assim, adquirir sua estabilidade. Logo, *a contrario sensu*, caso ele não esteja exercendo efetivamente tais funções, fica prejudicada a sobredita avaliação.

10 Nessa linha de intelecção, tem-se defendido que, estando o servidor afastado das funções próprias do seu cargo, o estágio probatório deve ser suspenso pelo tempo em que perdurar tal afastamento.

11 Pode-se argumentar, no que toca aos servidores submetidos à Lei nº 8.112/1990, que ela não prevê dentre as hipóteses de suspensão do estágio probatório (art. 20, § 5º) a que ora se debate. Todavia, há de se ter em mente que esse rol é meramente exemplificativo, consoante a abalizada doutrina de IVAN BARBOSA RIGOLIN:

Mas a perplexidade do leitor se deve dar, ao ler o § 5º, se imaginar, por contraste, que fora das licenças e dos afastamentos previstos nos referidos arts. 83, 84, § 1º, 86 e 96, o estágio probatório *não fique suspenso*. Que ninguém se iluda!

O estágio probatório evidente e obrigatoriamente fica suspenso por qualquer “não efetivo exercício” do cargo para que o estagiário fora concursado, seja qual for, seja pelo tempo que for e pelo motivo ou pelo fundamento que for. Como já se asseverou, inexistente qualquer possibilidade de aproveitamento de tempo de serviço, senão no efetivo exercício no

cargo concursado, para fim de configuração do estágio probatório, assim como inexistente qualquer mínima possibilidade de aproveitamento de tempo em qualquer afastamento ou licença daquele mesmo cargo, para esse fim.

A redação do § 5º pode dar a falsa e falaciosa idéia de que apenas naqueles elencados casos o estágio fica suspenso, e em outras licenças e afastamento, não figurantes, não, o que é juridicamente impensável ante todo o sistema constitucional e o da L. 8112. A técnica do legislador, vista sob esta ótica, outra vez é transcendentalmente ruim, como a do observador que não olha em volta, e que não tem em vista todo o sistema em que se insere a tópica modificação da lei.

Mesmo assim, não pode significar o conjunto destes parágrafos que apenas as hipóteses do § 5º o estágio probatório fica suspenso, ou de outro modo se teria de admitir, por exemplo, que fora do efetivo exercício, como por exemplo no caso de alguma *suspensão disciplinar*, durante o estágio probatório, pudesse a Administração contar esse tempo, ou durante ele avaliar o desempenho de um seu estagiário, para o fim de lhe permitir estabilizar-se no serviço público.⁵

12 Ora, quando é cedido para outro órgão ou entidade, o servidor passa, em regra, a exercer funções que não equivalem ou sequer se assemelham àquelas afetas ao seu cargo efetivo de origem, além, é claro, de se distanciar dos responsáveis por sua avaliação, tornando impossível, durante o tempo em que perdurar a cessão, que se afira a sua indigitada aptidão e capacidade.

13 Daí a razão para o preclaro JOSÉ MARIA PINHEIRO MADEIRA defender que:

O afastamento do servidor do exercício do cargo efetivo, durante o estágio probatório, impede a necessária verificação de sua aptidão para o exercício das atribuições do cargo que titulariza. Por isso, não conta o tempo de serviço prestado a outra entidade, ou tempo anterior dedicado à mesma pessoa onde o servidor estagia, ainda que no exercício de idêntica função.

5 RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 79 e 80 – destaques no original.

*Dadas as finalidades do estágio probatório, tem-se entendido inviável, ainda que a lei a regulamente, a designação ou nomeação do servidor em estágio probatório para exercer outro cargo, e muito menos viável o seu comissionamento em outra entidade.*⁶ (grifo nosso)

14 Na mesma esteira é o entendimento do grande CARLOS ARI SUNDFELD⁷, cuja lição, a despeito de extensa, merece transcrição:

Tais elementos de convicção me levam a afirmar que, no art. 41, *caput*, a Constituição impôs à Administração os deveres de a) avaliar concretamente os trabalhos do servidor; e b) fazê-lo por dois anos.

Se isso é verdade, há de seguir-se a constatação de que nem o legislador nem o administrador podem renunciar aos poderes conferidos para o cumprimento desse dever de avaliação. Destarte, seria afrontoso à Constituição: a) deixar de fazer a avaliação, concedendo a estabilidade imediata (o que ocorreria, em muitos casos, se admitida a contagem, como se prestado no estágio probatório, de tempo anterior de serviço, público ou privado); e b) diminuir o prazo de avaliação (o que ocorreria tanto se permitido o cômputo de tempo anterior, como se tolerada a integralização do estágio com períodos de afastamentos ocorridos após o ingresso). Em ambas as hipóteses, o interesse público, constitucionalmente qualificado, de que os servidores sejam avaliados de modo real por dois anos, como condição da aquisição de estabilidade, estaria sendo preterido em nome do interesse dos servidores beneficiados.

Daí a conclusão de que só podem ser computados, para fins de integralização do estágio probatório, os períodos de exercício real, efetivo, concreto, no específico cargo em que o servidor tenha sido admitido. Daí, também, a impossibilidade de cômputo de tempo de exercício ficto, mesmo que, para outros fins (como aposentadoria, adicional por tempo de serviço, férias, etc.), o legislador o considere como de efetivo exercício.

6 MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Serviço Público na Atualidade*. 3. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006, p. 142.

7 SUNDFELD, Carlos Ari. *Estágio Probatório dos Servidores Públicos*. Boletim de Direito Administrativo, ano IX, n. 7. São Paulo: julho/1993, p. 407/414 – grifos no original. Chamo atenção para o fato de que o artigo em foco foi elaborado antes da reforma promovida pela Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998, que, alterando a redação do *caput* do art. 41 da Carga Magna, majorou para 3 (três) anos o tempo necessário para que os servidores públicos se tornem estáveis. Daí que as referências ao prazo de 2 (dois) anos de estágio probatório devem ser lidas conforme as normas ora vigentes.

Assim, não podem ser contados:

- a) *Tempo de serviço prestado a outras entidades, públicas ou particulares* – pois, não correspondendo a exercício ocorrido na entidade que deve avaliar o interessado, sua consideração equivaleria a suprimir toda e qualquer avaliação;
- b) *Tempo de serviço prestado à mesma entidade, em cargo diverso daquele a que se refere o estágio probatório* – pois, na avaliação, deve ser confrontada a qualificação do servidor para o exercício de cargo certo, ao qual concorreu, não para qualquer cargo (seria intolerável, realmente, confirmar alguém no cargo de Procurador do Estado porque, anteriormente, provou bem na função de escriturário);
- c) *Tempo de serviço prestado à mesma entidade, em função semelhante à do cargo objeto do estágio probatório, mas em condição jurídica distinta* (isto é, como temporário, prestador de serviço, celetista, etc.) – pois a permanência durante esse lapso de tempo jamais pode ser considerada como reconhecimento da aptidão para aquisição de estabilidade, eis que esse efeito não derivava do exercício;
- d) *Tempo de afastamento, licença ou ausência do cargo* – pois, nesses períodos, o servidor não está no efetivo exercício do cargo no qual deve ser avaliado.

15 Perceba-se que o mesmo raciocínio que se busca aplicar aos servidores cedidos vale para aqueles que fazem jus a licença médica. Deveras, enquanto convalesce, o servidor não poderá, obviamente, exercer as suas funções, o que torna prejudicada a sua avaliação para confirmação no cargo e acarreta a suspensão do período de estágio, segundo a abalizada doutrina do douto administrativista JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO⁸.

Nunca é demais insistir em que o estágio probatório espelha instrumento de avaliação do servidor. Sendo assim, só pode ter adequada aplicabilidade quando o servidor é aferido em relação ao efetivo exercício das funções do cargo. Ou seja: ele precisa demonstrar

⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 624 - 625.

sua capacidade de exercer tais funções no período de três anos. Essa a *ratio* do dispositivo constitucional. Infere-se, por conseguinte, que eventuais afastamentos pessoais do serviço, como, *exempli gratia*, licenças médicas ou licença-gestante, ensejam a suspensão do prazo, sendo descontadas tais ausências do lapso trienal. Em semelhantes hipóteses, o estágio probatório se estenderá por mais de três anos, se considerada a data da investidura, e isso porque o servidor precisará completar o período no efetivo exercício das funções.

16 A jurisprudência vai na mesma linha, conforme demonstra o aresto abaixo do eg. Superior Tribunal de Justiça – STJ:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO. ESTABILIDADE. AQUISIÇÃO. EFETIVO EXERCÍCIO. LICENÇA-MÉDICA. SUSPENSÃO. INSANIDADE MENTAL. EXAME. PEDIDO. INDEFERIMENTO. LEGALIDADE. COMISSÃO DE AVALIAÇÃO. ESTÁGIO PROBATÓRIO. RELATÓRIO. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. LEGALIDADE.

I - Impossibilitada a avaliação do servidor no período de três anos a que se refere o art. 41, caput, da CR/88, em decorrência de afastamentos pessoais, esse prazo deve ser prorrogado pelo mesmo período do afastamento ou licença, de modo a permitir a avaliação de desempenho a que se refere o cogitado comando constitucional (art. 41, §4º, da CR/88).

II - No caso em tela, o recorrente, agente de polícia civil, no mencionado período de três anos, ficou afastado do serviço pelo menos oito meses em virtude de licenças-médicas e de suspensão. Logo, por igual período deve ser prorrogado o prazo de avaliação.

III - Dessa forma, considerando que o recorrente entrou em exercício em 26/8/99 e foi exonerado em 26/2/2003, não há que se falar que tenha adquirido o direito à estabilidade no cargo público.

IV - É legal o indeferimento do pedido de exame de insanidade mental fundamentado no fato de que, há época dos fatos, o recorrente frequentava curso em nível de pós-graduação e, no momento da avaliação, participava de curso de habilitação para corretor de seguros, além de que se apresentava perante a comissão com a capacidade de entendimento preservada e o mérito do

procedimento administrativo destinava-se à avaliação definitiva do seu perfil durante o período experimental para o cargo de Agente de Polícia.

V - Encontra-se suficientemente motivada a conclusão do relatório que opinou pela não confirmação do recorrente no cargo de agente de polícia, vez que estribada não só nos relatórios mensais sobre o seu desempenho, mas também em atos por ele praticados durante o período de estágio, os quais resultaram diversas sindicâncias administrativas e processo-crime, punidos, respectivamente com quatro suspensões e uma condenação penal transitada em julgado.

Recurso ordinário desprovido.

(STJ, Quinta Turma – RMS nº 19.884/DF, rel. Min. Felix Fischer – Julgamento em 08/11/2007 – Publicação no DJ em 10/12/2007 p. 397 – sublinhou-se)

17 Em *decisum* recente, o eg. STJ corroborou a tese ora esposada, asseverando que a cessão para outro órgão implica a suspensão do estágio probatório na medida em que retira o servidor do exercício do seu cargo efetivo. Veja-se a correspondente ementa:

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 19/98. ESTÁGIO PROBATÓRIO. TRÊS ANOS DE EFETIVO EXERCÍCIO. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA. NÃO CABIMENTO.

1. A Terceira Seção desta Corte, ao interpretar a alteração promovida pela Emenda Constitucional nº 19/98 no artigo 41 da Lei Maior, consolidou a tese segundo a qual o prazo do estágio probatório dos servidores públicos é de três anos. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

2. *Tendo em vista que apenas o período de efetivo exercício no cargo deve ser considerado para conclusão do estágio probatório, período no qual se verifica se o servidor preenche os requisitos para o desempenho do cargo, em caso de cessão do servidor para outro órgão ocorre suspensão da contagem do prazo de três anos.*

3. Não pode o servidor em estágio probatório, ainda não investido definitivamente no cargo, aposentar-se voluntariamente, uma vez que o estágio probatório constitui etapa final do processo seletivo para a aquisição da titularidade do cargo público. Precedente do Pleno do Supremo Tribunal Federal.

4. Recurso ordinário improvido.

(STJ, Sexta Turma – RMS nº 23.689/RS, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – Julgamento em 18/05/2010 – Publicação no DJe em 07/06/2010 – sublinhou-se)

18 Logo, se o mais correto aos olhos da doutrina e da jurisprudência é que se suspenda o estágio probatório nos períodos em que o servidor a ele submetido não estiver no exercício das funções do cargo efetivo no qual foi empossado, parece-me ser decorrência lógica que o servidor cedido ou em gozo de licença não poderá ser submetido a avaliação para confirmação no cargo enquanto a ele não retornar, seja pelo seu órgão ou entidade de origem, seja por aquele para o qual foi cedido.

19 De mais a mais, no que toca especialmente aos membros da AGU, o art. 22, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993 – Lei Orgânica da AGU, giza em seu art. 22, *caput*, que “[o]s dois primeiros anos de exercício em cargo inicial das carreiras da Advocacia-Geral da União correspondem a estágio confirmatório”. Interpretando-se esse dispositivo com espeque na já aludida nova redação do art. 41, da Constituição Federal (v. nota de rodapé nº 7, acima), atinge-se à conclusão de que o estágio probatório dos integrantes das carreiras da AGU é de 3 (três) anos e está condicionado ao exercício em cargo inicial da respectiva carreira. Ou seja, é premente que se exerça efetivamente as funções do cargo inicial das carreiras da AGU durante o prazo assinalado para a sua avaliação e eventual aquisição da estabilidade.

20 Portanto, no caso dos membros da AGU cedidos, a avaliação com vistas à confirmação no cargo deverá aguardar o fim da cessão, remanescendo suspenso o estágio probatório durante o tempo em que ela perdurar e vedada a sua realização pelo órgão ou entidade cessionário ou mesmo pela própria AGU.

21 Vale ressaltar, por oportuno, que a Lei nº 12.269, de 21 de junho de 2010, modificou o § 2º do art. 7º da Lei nº 11.890, de 24 de dezembro

de 2008, possibilitando que os membros das carreiras jurídicas arroladas em sua Seção II – dentre as quais se incluem as integrantes da AGU – que estejam em estágio probatório sejam cedidos apenas para ocupar “*cargo em comissão de nível DAS-6 do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores e superiores, ou equivalentes*”. Por força desse dispositivo, passou-se a ser muito raro que situações como a que deu origem ao questionamento deduzido pelo colendo CSAGU tornem a ocorrer.

- III -

22 Importa esclarecer, antes de encerrar este *opinio*, que ele não está em conflito com a argumentação desenvolvida ao longo do Parecer AGU nº GQ-162, no qual se tratou da possibilidade de cessão de ocupante do antigo cargo de Procurador Autárquico para exercer cargo em comissão do Grupo Direção e Assessoramento Superiores – DAS de níveis 1, 2 e 3 em órgão de execução da AGU.

23 A uma porque o opinativo encontra-se parcialmente superado, na medida em que não mais existe o cargo de Procurador Autárquico, transformado que foi no de Procurador Federal.

24 A duas porque o cargo de cargo de Procurador Federal pertence à estrutura da Procuradoria-Geral Federal – PGF, órgão vinculado à AGU, diferentemente do que ocorria com o cargo de Procurador Autárquico, que integrava os quadros da autarquia em que o seu ocupante exercia suas funções (na situação versada no indigitado parecer, o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS).

25 Dessa maneira, a dúvida que então existia a respeito da possibilidade de cessão hoje seria facilmente espancada pela mera leitura do disposto no art. 7º, V, da Lei nº 11.890/2009, que a autoriza expressamente:

Art. 7º Os integrantes das Carreiras e os titulares de cargos a que se referem os incisos I, II, III e V do caput e o § 1º do art. 1º da Lei no 11.358, de 19 de outubro de 2006, somente poderão ser cedidos ou ter exercício fora do respectivo órgão de lotação nas seguintes hipóteses:

[...]

V - exercício de cargo em comissão nos órgãos da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria-Geral Federal, da Procuradoria do Banco Central do Brasil e da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional;

26 Essa parcial superação do Parecer AGU nº GQ-162 leva a concluir que ele deve ser interpretado sob esse novo contexto normativo, ou seja, no qual a cessão buscada é de um servidor de órgão vinculado à AGU para outro que lhe pertence diretamente.

27 Nesse diapasão, quando nele se afirma que a aptidão para o cargo a que corresponde o estágio probatório.

[...] é averiguada, di-lo a Lei n. 8.112, mediante a aferição da assiduidade, disciplina, capacidade de iniciativa, produtividade e responsabilidade, fatores verificáveis quando o servidor encontra-se no exercício tanto do cargo efetivo quanto no cargo em comissão, notando-se maior responsabilidade e complexidade das atribuições ligadas ao último, que, em princípio, exige atuação funcional mais intensa e proporciona melhores condições para medir-se a qualificação do estagiário.

há de se interpretar que o cargo comissionado indigitado pertence à própria instituição à que está ligado o servidor, *in casu*, a AGU. Vale dizer, que a aferição dos critérios para aprovação no estágio probatório só é possível, no caso de cessão para exercício de cargo em comissão, quando este cargo pertencer à mesma estrutura organizacional (órgão ou entidade) do cargo efetivo.

28 Do mesmo modo, quando sustenta que:

Em face da conclusão de que o servidor investido em qualquer cargo de confiança, incluídos os de provimento em comissão, classificados nos níveis DAS-100.1, DAS-100.2 e DAS-100.3, são avaliáveis, a exemplo do que o demonstra o próprio § 3º do citado art. 20 (permite a investidura de estagiário em qualquer cargo ou função de confiança, desde que este e o servidor pertençam ao mesmo órgão ou entidade), exsurge, com clareza meridiana, que as restrições aludidas no item anterior são respeitantes mais à cessão e menos à conveniência de facultar-se ao servidor que se afaste do exercício do cargo efetivo, em razão do qual esteja submetido ao estágio, porquanto este em nada é inviabilizado por medida tal, mormente em se considerando a ficção jurídica de que o desempenho de cargo ou função de confiança reputa-se como de real trabalho no cargo efetivo (v. o art. 102, inciso II, da Lei n. 8.112).

Deve-se compreender que, para efeito de estágio probatório, somente o desempenho de cargo ou função de confiança dentro do próprio órgão ou entidade deve ser considerado de efetivo exercício.

- IV -

29 Em conclusão, proponho que, em se albergando a tese ora sufragada, se responda ao colendo CSAGU que, fulcrado nas razões acima estampadas, a avaliação de aptidão de membros da AGU submetidos a estágio probatório que tenham sido cedidos para órgãos ou entidades estranhos à Instituição não pode ser realizada, quer pela própria AGU, quer pelo cessionário, enquanto não retornarem às funções do seu cargo efetivo.

30 Caso se repute conveniente, também sugiro remessa de cópia desta manifestação à Consultoria Jurídica do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – CONJUR/MP, para ciência e eventuais medidas que julgar necessárias.

À consideração superior.

Brasília, 13 de abril de 2011.

João Gustavo de Almeida Seixas
Advogado da União



ADI N. 3510

**A ATUAÇÃO DA AGU NA DEFESA DAS
PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO¹**

Filipo Bruno Silva Amorim

Procurador Federal

*Vice-Diretor da Escola da Advocacia-Geral da União, especialista em Direito
Constitucional pela UNISUL e mestre em Direito, área de concentração Políticas
Públicas, pelo UniCEUB*

SUMÁRIO: 1 Apresentação do Caso; 2 Dos
Argumentos da AGU; 3. Do Acórdão do STF.

¹ O artigo visa promover uma análise descritiva da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tendo como ponto de referência a manifestação da Advocacia-Geral da União. Deste modo, inicia-se o texto com a descrição dos principais argumentos utilizados pela AGU na defesa da União, suas Autarquias e Fundações Públicas Federais, bem como os ventilados pelas partes adversas. Em seguida, descrevem-se os mais relevantes fundamentos declinados pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar a demanda, a fim de se verificar se a AGU efetivamente influenciou o judiciário, tendo contribuído de forma efetiva e eficaz para a implementação da política pública desafiada judicialmente. Tal conclusão (A AGU influenciou ou não o STF no seu julgamento da demanda?) fica a cargo da percepção crítica do leitor.

1 APRESENTAÇÃO DO CASO

Contra a Lei de Biossegurança, lei n. 11.105/2005, o Ministério Público Federal ingressou com Ação Direta de Inconstitucionalidade, tombada sob o número 3510². Referida ação visava à declaração de inconstitucionalidade do artigo 5º e seus parágrafos³ da citada lei, que permitia pesquisas científicas com o uso de células-tronco embrionárias.

O fundamento da referida ADI era a defesa do direito à vida, como sendo inato do embrião, ainda que conservado *in vitro*, bem como a dignidade da pessoa humana agregado ao princípio da isonomia, já que todos, brasileiros ou estrangeiros, residentes ou domiciliados no Brasil são iguais perante a lei⁴.

Com efeito, a partir da premissa fixada na inicial de que a vida biológica começa no momento da concepção, os impetrantes desenvolvem todo o seu argumento no sentido de que não há diferença ontológica entre um embrião fecundado *in vitro* e não introduzido no útero materno e um embrião fecundado de modo natural ou fecundado *in vitro* e introduzido no útero materno, para os fins da aplicação das disposições constitucionais que prescrevem o direito fundamental à vida, bem como à dignidade da pessoa humana e igualdade de tratamento.

2 STF, ADI n. 3510, Relator Ministro Carlos Ayres Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/pub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso: 10 mar. 2012.

3 “Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei n. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.”

4 “Estabelecidas tais premissas, o artigo 5º e parágrafos, da Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005, por certo inobserva a inviolabilidade do direito à vida, porque o embrião humano é vida humana, e faz ruir o fundamento maior do Estado democrático de direito, que radica na preservação da dignidade da pessoa humana.” (Petição inicial, p. 11. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2299631>>. Acesso em: 11 mar. 2012.

2 DOS ARGUMENTOS DA AGU

Antes de se apresentar a argumentação da AGU nas informações prestadas pelo Presidente da República e reafirmadas pelo Advogado-Geral da União⁵, quando de sua manifestação nos termos do art. 103, § 3º da Constituição, importante destacar observação consignada naquela peça de que “as premissas biológicas utilizadas pelo requerente para fundamentar sua tese não foram proferidas de modo isento sob o aspecto religioso”. É que, como apontado na nota de rodapé n. 26 das informações do Presidente da República (p. 33), os estudos que embasaram as afirmações do Procurador-Geral da República são de autoria de pesquisadores ou financiados pela Igreja Católica ou próximos à doutrina Cristã em razão de convicções pessoais⁶, senão observe-se:

De fato, importa destacar que a professora Elizabeth Kipman Cerqueira é representante da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, a CNBB. Já a professora Alice Teixeira Ferreira integra o Núcleo de Fé e Cultura da PUC de São Paulo, uma iniciativa da Arquidiocese de São Paulo. Por sua vez, o professor Dalton Luiz de Paula Ramos, além de integrar o Núcleo de Fé e Cultura, é correspondente da Pontifícia Academia Pro Vita, entidade criada pelo Vaticano. Com referência aos cientistas Jérôme Lejeune e Gozalo Herranz se faz necessário aduzir que ambos são integrantes da *Opus Dei* – que é uma prelazia pessoal da igreja Católica que ajuda os cristãos comuns a procurarem a santidade no seu trabalho e na sua vida diária. Por derradeiro, seis dos nove cientistas brasileiros citados são autores de uma obra coletiva patrocinada pela Pastoral Familiar,

5 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2299631>>. Acesso em: 11 mar. 2012.

6 Nesse sentido, o Ministro Marco Aurélio adverte que se devem colocar em segundo plano as paixões e buscar a prevalência da Constituição na discussão ora travada, *in litteris*: “Devem-se colocar em segundo plano paixões de toda ordem, de maneira a buscar a prevalência dos princípios constitucionais. Opiniões estranhas ao Direito por si sós não podem prevalecer, pouco importando o apego a elas por aqueles que as veiculam. O contexto apreciado há de ser técnico-jurídico, valendo notar que declaração de inconstitucionalidade pressupõe sempre conflito flagrante da norma com o Diploma Maior, sob pena de relativizar-se o campo da disponibilidade, sob o ângulo da conveniência, do legislador eleito pelo povo e que em nome deste exerce o poder legiferante. Os fatores conveniência e oportunidade mostram-se, em regra, neutros quando se cuida de crivo quanto à constitucionalidade de certa lei – e não de medida provisória. Somente em situações extremas, nas quais surge, ao primeiro exame, a falta de proporcionalidade, pode-se adentrar o âmbito do subjetivismo e exercer a glosa. No caso, a lei foi aprovada mediante placar acachapante – 96% dos Senadores e 85% dos Deputados votaram a favor, o que sinaliza a razoabilidade.” (Inteiro teor do acórdão, p. 03-04 do voto do Ministro Marco Aurélio e 540-541 do processo)

da Igreja Católica. Informações baseadas na reportagem 'Isso deve ser pecado' In PETRY, André. Veja, Edição 1908, 8/06/2005, p. 46.

Com essas afirmações a AGU tenta desqualificar a inicial apresentada, pois a mesma veicularia um posicionamento embasado na doutrina Cristã. Assim, referidas teses não poderiam servir de parâmetro ao julgamento do Supremo Tribunal Federal, já que o Estado brasileiro não poderia se comprometer com posicionamentos religiosos⁷ em razão de ser um Estado laico, como preconizado pela própria Constituição (arts. 5º, VI e 19, I)⁸.

A AGU, por sua vez, defendendo a política pública de saúde e da livre expressão da atividade científica, já que entende constitucional o dispositivo desafiado, alegou que a Lei da Biossegurança encontra esteio inclusive no artigo 5º da Constituição, eis que como visa promover pesquisas que levarão à cura de diversas doenças hoje tidas por incuráveis, promove e garante reflexamente o direito à vida de todos os brasileiros.

Nesse sentido, a Advocacia-Geral da União iniciou sua argumentação discorrendo sobre a importância das pesquisas com células-tronco a fim de permitir o avanço da medicina na busca da cura de doenças que atualmente não têm um tratamento satisfatório.

Com efeito, há dois tipos de células-tronco: as embrionárias e as adultas. Aquelas são encontradas nos óvulos fertilizados *in vitro* e não

7 Registro que no nosso entender o Estado brasileiro não pode se comprometer com posicionamentos religiosos enquanto profissão de fé. Nesse caso, estar-se-ia confundindo a convicção pessoal do "representante" do Estado com o posicionamento do próprio Estado, o que, em razão da desvinculação deste último a qualquer ordem religiosa, não seria permitido. Todavia, o posicionamento eventualmente externado pelo Estado com embasamento científico é plenamente legítimo, ainda que coincida com o posicionamento defendido por alguma ordem ou seita religiosa, já que os alicerces de um e de outro não se confundem, embora ambos concluam da mesma maneira.

8 Nesse mesmo sentido, mas não visando (pelo menos abertamente) desqualificar a inicial, o Ministro Celso de Mello em seu voto alerta que o Supremo Tribunal Federal não pode decidir a questão acerca da possibilidade ou não de se permitir pesquisas com células-tronco embrionárias com base em argumentos religiosos, em razão da laicidade de que se reveste o Estado brasileiro, *verbis*: "Note-se, portanto, que este Supremo Tribunal Federal deve sustentar o seu julgamento em razões eminentemente não-religiosas, considerada a realidade de que o Estado brasileiro, fundado no pluralismo de ideias e apoiado em bases democráticas, qualifica-se como uma República essencialmente laica e não-confessional, para que não se repita, uma vez mais, o gravíssimo erro histórico em que incidiu, em 1633, o Tribunal do Santo Ofício, que constrangeu Galileu Galilei ("eppur si muove!"), sob pena de condenação à morte na fogueira, a repudiar as suas afirmações (cientificamente corretas) a propósito do sistema heliocêntrico, reputadas incompatíveis com a Bíblia pelas autoridades e teólogos da Igreja de Roma." (Inteiro teor do acórdão, p. 16-17 do voto e p.569-570 do processo)

implantados no útero materno, estas são encontradas principalmente na medula óssea e no cordão umbilical (Informações do Presidente da República, p. 4).

Segundo argumentado pela AGU as células-tronco embrionárias⁹ tem maior capacidade de se desenvolverem em diferentes tipos de células, ou seja, possuem uma plasticidade superior às células-tronco adultas, sendo, portanto, mais propícias às pesquisas científicas que as segundas (Informações do Presidente da República, p. 5).

Um segundo argumento utilizado pela AGU diz respeito ao momento em que se considera legalmente ocorrida a cessação da vida humana. Trata-se de um argumento fundado em tese eminentemente jurídica, ponto esse bastante reforçado pela Advocacia-Geral da União em sua manifestação¹⁰.

O fato é que a lei n. 9.434/1997, que autoriza o transplante de tecidos, órgãos e partes do corpo humano *post mortem*, considera como marco temporal exato a fim de caracterizar o fim da vida humana o diagnóstico de morte encefálica¹¹. Utilizando um argumento a *contrario sensu*, a AGU sustenta que se a vida, consoante critério legal, se encerra com o fim da atividade encefálica, ela deve iniciar, com base nesse mesmo critério, com o surgimento da linha primitiva do sistema nervoso

9 Frise-se que as células-tronco embrionárias propícias a pesquisas, são aquelas encontradas na fase de desenvolvimento denominada blastocisto, ou seja, o “amontoado de células” formado 4 ou 5 dias depois da fecundação.

10 Nas informações (p. 19) em nome do Presidente da República, elaboradas pela AGU, encontra-se a seguinte passagem que denota a preocupação em se fixar um conceito jurídico para o termo “vida”, a fim de se permitir uma interpretação razoavelmente segura da constituição e das leis nacionais:

“Importa aqui ressaltar a importância de uma definição jurisdicional – qualquer que seja ela – do conceito da palavra ‘vida’ e, via de consequência, dos limites do significado do termo inserto no art. 5º, *caput*, da Carta de 1988, da respectiva proteção jurídica e dos parâmetros para as condutas a serem adotadas pelo jurisdicionados.

Trata o caso concreto da arguição de inconstitucionalidade da lei que autoriza a pesquisa em células-tronco embrionárias.

Tais células, extraídas de embriões inviáveis ou congelados há mais de três anos, têm ampla utilidade na seara das pesquisas biomédicas e poderão acarretar avanços em diversos ramos teóricos e práticos do conhecimento, conforme já explanado anteriormente.

Resta saber se é possível a realização desse estudo sem violar a garantia à integridade da ‘vida’ segundo o conceito do termo dado pela Constituição.”

11 “Art. 3º A retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.”

central, que se dá a partir do décimo quarto dia de desenvolvimento do embrião, fase conhecida como neurulação (Informações do Presidente da República, p. 6).

Assim, percebe-se que a fase em que se iniciam as pesquisas com as células-tronco embrionárias por anteceder a neurulação não implicaria em desrespeito à vida do embrião, com base em critérios adotados pelo legislador pátrio, porque, nessa fase de desenvolvimento celular, não se haveria de falar em vida, já que sequer surgiu a linha primitiva do sistema nervoso central.

Todavia, a AGU não se restringe em sua argumentação acerca do conceito jurídico de vida à análise isolada do art. 3º da lei n. 9.434/1997. Em sua defesa da constitucionalidade da Lei de Biossegurança promove um amplo diálogo, constitucional e legal, entre os mais diversos dispositivos normativos do ordenamento jurídico brasileiro a fim de chegar com uma margem de segurança mais larga ao conceito ou à ideia jurídica de proteção à vida que mais se adapte à realidade normativa nacional.

Nesse contexto passa a analisar o teor do art. 2º do Código Civil de 2002¹², que reproduziu texto normativo adotado pelo Brasil desde o Código Civil de 1916, especialmente quanto ao significado do vocábulo nascituro e o termo inicial da personalidade civil (Informações do Presidente da República, p. 21).

Segundo aponta, o nascimento com vida, ou seja, o momento em que o feto sai/desprenhe-se do ventre materno e autonomamente respira o ar externo, é o preciso instante em que se adquire a personalidade civil (Informações do Presidente da República, p. 25).

Todavia, embora tenha resguardado direitos (na verdade uma expectativa de direitos, como sustenta a AGU¹³), o feto, desde o momento da concepção até o último instante que antecede o nascimento, não é considerado juridicamente uma pessoa, mas um nascituro, desprovido de personalidade jurídica (Informações do Presidente da República, p. 24).

12 “Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”

13 Diz-se “expectativa de direitos”, pois se por alguma razão o esperado nascimento com vida não ocorrer, a expectativa se desfaz e nenhum direito lhe será conferido, pois o pressuposto legal à aquisição da personalidade civil e dos direitos que dela advém não se concretizou, o nascimento com vida.

Assim, vê-se uma clara diferenciação legal entre o feto com vida intrauterina e aquele que já deixou o ventre materno e autonomamente se mantém sem mais depender biologicamente da mãe para desenvolver suas funções vitais básicas.

Outra clara distinção legal existente entre um feto e um ser humano já nascido é colocada pelo art. 128, II do Código Penal¹⁴, ao permitir o chamado aborto sentimental ou humanitário. Ora, sustenta a AGU, acaso a proteção constitucional à vida tivesse a estatura preconizada pelo requerente, fatalmente o referido dispositivo legal seria inconstitucional (Informações do Presidente da República, p. 27-28).

Ademais, a inalienabilidade do direito à vida também é excepcionada nos casos de pena capital, em caso de guerra declarada, consoante previsão da alínea “a”, do inciso XLVII, do art. 5º do próprio texto constitucional (Informações do Presidente da República, p. 29).

Dentro desse quadro, a AGU visou demonstrar que o direito à vida não é absoluto e que a própria legislação diferencia claramente os direitos ou expectativa de direitos de um nascituro com os direitos de um ser humano já nascido. Tanto no que se reporta à aquisição da personalidade jurídica, quanto no que se refere à ponderação de interesses entre permitir que se protraia no tempo a expectativa de vida do nascituro e a dignidade da mãe que engravidou em razão de uma violência sofrida.

Mas observe-se que se está sempre a falar de nascituro, ou seja, “o ser humano já concebido, cujo nascimento se espera como fato futuro certo”¹⁵, fato este (certeza do nascimento) que não se pode atribuir a um embrião concebido *in vitro* que não esteja implantado no útero materno¹⁶.

14 “Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

[...]

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.”

15 Essa definição, extraída do dicionário Aurélio Eletrônico – Século XXI, versão 3.0, novembro de 1999, foi utilizada pela AGU nas Informações do Presidente da República, p. 30.

16 “Inquestionavelmente, o nascimento de um embrião que não esteja implantado no ventre materno, principalmente aquele congelado, não pode ser tido como um fato futuro e certo. Neste ponto, não há como tergiversar.

Também é certo que a maioria dos embriões gerados *in vitro* não implicará em uma efetiva fecundação – pois como é de conhecimento notório para se tentar uma única inseminação artificial são gerados inúmeros embriões – e, desta maneira, tais embriões não podem ser reconhecidos como nascituros, uma

Com efeito, o cerne da discussão, no nosso modo de ver, resume-se a saber se o embrião *in vitro* tem direito à vida e, num segundo momento, se essa vida é viável. Ainda que se chegasse à conclusão que embriões concebidos em laboratório, mesmo não introduzidos no útero materno em momento posterior, têm direito à vida, o fato é que a Lei de Biossegurança não viola o referido direito, já que só permite pesquisas com células-tronco embrionárias daqueles embriões inviáveis, ou congelados a mais de três anos, situação essa que os torna inviáveis para nascimento com vida, consoante informa a AGU, por meio da Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde¹⁷.

Nesse sentido, nas informações apresentadas pela AGU em nome do Presidente da República, diz-se textualmente:

Ora, se o direito à inviolabilidade do direito à vida surte seus efeitos quando a pessoa pode ser sujeito de direitos e isso ocorre com o nascimento com vida, e se os direitos do nascituro garantidos por lei pressupõem a condição de poder nascer objetivamente, se não há nascimento com vida ou não há condições objetivas de nascer, não há direito à inviolabilidade do direito à vida por falta de pressuposto lógico necessário. Em outras palavras, não basta a existência de vida biológica para a inviolabilidade jurídica do direito à vida, em face de que não é verdadeira a afirmação do Autor da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510.¹⁸

Noutro giro, a AGU, por meio da Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde (no Parecer indicado na nota de rodapé n. 403), tece interessante arrazoado acerca do fundamento Constitucional apontado pela parte autora. Inicialmente, com relação à dignidade da pessoa humana, consigna a AGU em seu parecer jurídico que a Constituição visa proteger a “pessoa”, o ser humano personificado nos termos do art. 2º do Código Civil, não havendo qualquer referência à “vida humana”, razão pela qual não se haveria de perquirir acerca da existência ou não da vida do embrião para o debate travado, nos termos propugnados pelo Ministério Público, mesmo porque vida sabe-se que há. O relevante é saber se o embrião é ou não considerado pessoa.

vez que o nascimento destes não resta configurado como um fato futuro e certo. Ao oposto, configura fato atemporal e incerto.” (Informações do Presidente da República, p. 30)

17 Parecer/Conjur/Assessoria/Gabin/MS/AA n. 2516. Documento juntado aos autos anexado às informações do Presidente da República, p. 40-62 do arquivo digitalizado.

18 Manifestação do Consultor-Geral da União, 38ª página do arquivo digitalizado.

Nesse sentido, citando o bioeticista e filósofo italiano Mori, a AGU pondera em seu parecer:

[...] da mesma forma que um estudante de engenharia é um engenheiro em potencial, mas não é um engenheiro, uma semente é potencialmente um carvalho, mas não é um carvalho, um embrião é potencialmente uma pessoa, portanto, não é uma pessoa.¹⁹

E mais a frente, desta feita citando o filósofo francês Lucien Sève, declina:

[...] quando se afirma que um embrião é uma pessoa em potencial se quer dizer precisamente que: a) não pode ser considerado como uma pessoa atual, pois, não é capaz de valer sua dignidade, sendo essa a primeira diferença entre uma pessoa no momento presente e uma pessoa a ser no futuro; b) falar de pessoa em potencial implica não lhe atribuir as mesmas propriedades éticas das pessoas em ato. Portanto, um embrião não possui em si toda a carga do ser correspondente à pessoa humana que nascerá, considerando que é uma pessoa possível, dependendo de fatores externos para se chegar ao seu nascimento.

Em complemento, quanto ao princípio da igualdade, o dispositivo Constitucional fala em brasileiros e estrangeiros. Significa dizer, adotando-se uma interpretação sistemática da Constituição, que são iguais os brasileiros natos, naturalizados (art. 12 da Constituição) e os estrangeiros. Assim, o embrião ou feto por não ser nato (nascido) ou naturalizado (que pressupõe dentre seus requisitos o prévio nascimento) não pode ser considerado brasileiro, nem, portanto, estrangeiro. Desse modo, o princípio aventado restaria impossibilitado de vir a ser aplicado no caso previsto pelo art. 5º da Lei de Biossegurança²⁰.

19 Parecer/Conjur/Assessoria/Gabin/MS/AA n. 2516. Documento juntado aos autos anexado às informações do Presidente da República, p. 51 do arquivo digitalizado.

20 “Inicialmente, para o deslinde da questão ora posta importa analisar os conteúdos dos preceitos constitucionais apontados pelo requerente. O inciso III do artigo 1º da Constituição da República dispõe que a dignidade da *pessoa humana* constitui um dos fundamentos do Estado brasileiro. Sendo assim, verifica-se que o princípio fundamental é o respeito à pessoa, não há referência à vida humana, portanto, não há que se debater sobre a existência da vida humana ou não, em se tratando de embrião. Da mesma forma, o *caput* do artigo 5º dispõe que ‘todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos *brasileiros e estrangeiros* residentes no País a inviolabilidade do direito à vida...’. Conforme o inciso I do artigo 12 da Constituição Federal, são brasileiros os nascidos nas circunstâncias elencadas no citado dispositivo, denominados natos, bem como os naturalizados, que para assim serem considerados precisam preencher determinados requisitos. Seja nato ou naturalizado,

Não se pode olvidar, destaca o Parecer da Advocacia-Geral da União, que a Constituição acolhe o direito à saúde tanto como direito fundamental, quanto como direito à livre expressão da atividade científica (art. 5º, IX), cabendo ao Estado, por consequência, prestar ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde de todos (art. 196, CF/88), além de promover e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológica (art. 218, CF/88), sendo que a referência aos dois últimos dispositivos serve de alicerce fundamentador para a análise acerca da permissão das pesquisas com células-tronco embrionárias, já que tais pesquisas podem representar a esperança para o tratamento de milhões de pessoas no Brasil²¹.

Neste sentido e a título de conclusão, a AGU afirma que “com fulcro no direito à saúde e no direito de livre expressão da atividade científica, a permissão para a utilização de material embrionário, em vias de descarte, para fins de pesquisa e terapia consubstanciam-se em valores amparados constitucionalmente” (Informações do Presidente da República, p. 33-34)²².

3. DO ACÓRDÃO DO STF

No caso, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, julgou improcedente a ADI 3510, declarando, por conseguinte, a constitucionalidade dos dispositivos impugnados, permitindo a pesquisa

o brasileiro, de acordo com o poder constituinte originário, é o nascido, portanto, o embrião não é considerado brasileiro.

Com efeito, a inviolabilidade do direito à vida diz respeito aos brasileiros, considerando os nascidos, e, por outro lado, o princípio da dignidade da pessoa humana tutela o ser humano que recebe o qualificativo *pessoa*. Destaca-se, assim, a assertiva de Alexandre de Moraes:

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar...

Desta forma, não há que se debater sobre a existência de vida humana ou não no caso dos embriões, na medida em que o ordenamento constitucional vigente não protege a vida humana por si só, mas sim a *vida da pessoa humana*. Até porque é inegável que o embrião está vivo, qualquer célula do nosso corpo está viva, nesse sentido ‘não há dúvida de que, desde os primeiros momentos de sua existência, um embrião concebido de esperma e óvulos humanos é um ser humano, uma vida humana.’”

(Parecer/Conjur/Assessoria/Gabin/MS/AA n. 2516. Documento juntado aos autos anexado às informações do Presidente da República, p. 47-48 do arquivo digitalizado.)

21 Parecer/Conjur/Assessoria/Gabin/MS/AA n. 2516. Documento juntado aos autos anexado às informações do Presidente da República, p. 57 do arquivo digitalizado.

22 Frise-se que referida passagem foi textualmente transcrita no relatório/voto do Ministro relator Carlos Ayres Britto (pág. 03 do relatório e 144 do processo).

com células-tronco embrionárias inviáveis, ou congeladas há mais de três anos, albergando deste modo a implementação da política pública defendida pela AGU em nome da União.

Observem-se os fundamentos condutores do posicionamento dos Ministros do STF, iniciando pelos argumentos propugnados no voto vencedor e condutor do acórdão, o do Ministro Carlos Ayres Britto, relator do feito.

O Ministro Ayres Britto conceitua o que são células-tronco embrionárias afirmando que são aquele conjunto de células encontradas em cada embrião humano de até 14 dias, sendo que alguns cientistas reduzem esse prazo para até 5 dias, fase em que se convencionou denominar esse aglomerado de células de blastocisto. Mas, registra o relator, que o objeto das pesquisas permitidas pela legislação desafiada não alcança toda e qualquer célula-tronco, mas tão somente aquela produzida com manipulação humana, porquanto produzidos em laboratório (*in vitro*). Em seguida, o relator diz não ser missão do Supremo Tribunal Federal aferir quais das duas pesquisas é mais promissora, se a com células-tronco embrionárias ou a com células-tronco adultas, mesmo porque tais pesquisas não são excludentes uma da outra, mas, ao contrário, complementares.

Prossegue o relator afirmando que a Lei da Biossegurança, longe de desprezar o embrião *in vitro*, encurta caminhos para que se possa superar os infortúnios alheios²³. Deste modo, permitindo a pesquisa científica com o objetivo de enfrentar e superar patologias e traumatismos que limitam severamente a vida dos seus detentores, promove no seu mais amplo significado a dignificação da pessoa humana. Princípio este que se potencializa uma vez se tenha em mente que as células-tronco utilizadas nas pesquisas ou são inviáveis, por natureza, ou se tornaram inviáveis em razão do tempo de congelamento (mais de três anos).

Ademais, sustenta que, em que pese seja passível de proteção, o embrião não é pessoa, eis que a nossa legislação adotou a teoria “natalista” e não a “concepcionista” a fim de conceder a personalidade civil ao indivíduo humano. Deste modo, e seguindo lição de José Afonso da Silva, defende que a personalidade jurídica adquirida com o nascimento com vida não se adstringe à concepção eminentemente biológica do termo, mas, ao contrário, congrega a concepção biográfica da expressão, senão observe-se:

²³ Inteiro teor do acórdão, p. 47 do voto do Ministro relator e 199 do processo.

Se é assim, ou seja, cogitando-se de personalidade numa dimensão *biográfica*, penso que se está a falar do indivíduo já empírica ou numericamente agregado à espécie animal-humana; isto é, já contabilizável como efetiva unidade ou exteriorizada parcela do gênero humano. Indivíduo, então, perceptível *a olho nu* e que tem sua história de vida incontornavelmente interativa. Múltipla e incessantemente relacional. Por isso que definido como membro dessa ou daquela sociedade civil e *nominalizado* sujeito perante o Direito. *Sujeito que não precisa mais do que de sua própria faticidade como nativo para instantaneamente se tornar um rematado centro de imputação jurídica*. Logo, sujeito capaz de adquirir direitos em seu próprio nome, além de, preenchidas certas condições de tempo e de sanidade mental, também em nome próprio contrair voluntariamente obrigações e se pôr como endereçado de normas que já signifiquem imposição de “deveres”, propriamente. O que só pode acontecer a partir do nascimento com vida, renove-se a proposição²⁴.

E em seguida arremata com uma “ainda provisória definição jurídica”: “vida humana já revestida de personalidade civil é o fenômeno que transcorre entre o nascimento com vida e a morte”²⁵.

É certo, diz o relator, que a tão só potencialidade de “algo” vir a se tornar pessoa humana justifica por si só a necessidade de proteção jurídica, a fim de afastar as tentativas levianas e frívolas – palavras do Ministro relator – de interrupção do seu natural desenvolvimento. Mas, isso não nos legitima a confundir três realidades diversas: embrião, feto e pessoa humana. Não existe, portanto, segundo aponta, pessoa humana embrionária, mas, sim, embrião de pessoa humana²⁶.

24 Voto do Ministro Carlos Ayres Brito, inteiro teor do acórdão, p. 10-11 do voto e 162-163 do processo.

25 Voto do Ministro Carlos Ayres Brito, inteiro teor do acórdão, p. 11 do voto e 163 do processo.

26 “Não estou a ajuizar senão isto: a potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-lo, infraconstitucionalmente, contra tentativas esdrúxulas, levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. *Esta não se antecipa à metamorfose dos outros dois organismos. É o produto final dessa metamorfose*. O sufixo grego ‘meta’ a significar, aqui, u’a mudança tal de estado que implica um ir além de si mesmo para se tornar um outro ser. Tal como se dá entre a planta e a semente, a chuva e a nuvem, a borboleta e a crisálida, a crisálida e a lagarta (e ninguém afirma que a semente já seja a planta, a nuvem, a chuva, a lagarta, a crisálida, a crisálida, a borboleta). O elemento anterior como que tendo de se imolar para o nascimento posterior. *Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana*, passando necessariamente por essa entidade a que chamamos ‘feto’”(Voto do Ministro Carlos Ayres Brito, inteiro teor do acórdão, p. 20 do voto e 172 do processo).

Não nega o Ministro, e nem poderia, que a vida do ser humano tem seu mais remoto início com a fecundação do óvulo feminino pelo espermatozoide masculino, absolutamente. “Não pode ser diferente”, sustenta o relator. “Não há outra matéria prima da vida humana ou diverso modo pelo qual esse tipo de vida animal possa começar, já em virtude de um intercurso sexual, já em virtude de um ensaio ou cultura em laboratório”²⁷. Todavia, prosseguindo, pondera que de igual modo não há manhã sem madrugada anterior e não há decisão judicial sem pedido inicial, mas nem por isso a madrugada se confunde com a manhã, nem o pedido com a sentença ou acórdão. “Cada coisa tem o seu momento ou a sua etapa de ser exclusivamente ela, no âmbito de um processo que o Direito pode valorar por um modo tal que o respectivo clímax (no caso, a pessoa humana) apareça como substante em si mesmo”²⁸.

Declina, ainda, tal qual apontado pelo parecer da Advocacia-Geral da União, que muito embora a constituição não determine quando começa a vida humana, quando fala em dignidade da pessoa humana, está falando dos direitos e garantias do indivíduo-pessoa, um ser humano já nascido. Tanto que ao tratar dos direitos e garantias fundamentais, a Constituição trata do brasileiro residente no País (“não em um útero materno ou menos ainda em um tubo de ensaio ou ‘placa de Petri’”), de igual modo ao falar de nacionalidade a Constituição considera ou brasileiro “nato”, reportando-se expressamente à ideia de nascimento e não de concepção, ou brasileiro “naturalizado”, sendo que para a naturalização é necessário o prévio nascimento com vida²⁹.

Prosseguindo, acentua que o silêncio da constituição no que se refere à proteção do ser humano desde a sua concepção tem uma forte significação hermenêutica no sentido de que restou delegado à legislação infraconstitucional essa missão. Se assim não fosse o art. 128, I e II do Código Penal seria inconstitucional ante a previsão Constitucional de proibição da pena de morte, eis que a vida dos embriões ou fetos, tendo a mesma estatura Constitucional que a vida da mãe, não poderia ser relativizada ao se permitir o abortamento³⁰. Tal, consoante consignado

27 Voto do Ministro Carlos Ayres Brito, inteiro teor do acórdão, p. 22 do voto e 174 do processo.

28 Vide nota de rodapé anterior.

29 Voto do Ministro Carlos Ayres Brito, inteiro teor do acórdão, p. 11-12 do voto e 163-164 do processo.

30 “Não que a vedação do aborto signifique o reconhecimento legal de que em toda gravidez humana já esteja pressuposta a presença de pelo menos duas pessoas: a da mulher grávida e a do ser em gestação. Se a interpretação fosse essa, então as duas exceções dos incisos I e II do art. 128 do Código Penal seriam inconstitucionais, sabido que a alínea *a* do inciso XLVII do art. 5º da Magna Carta Federal proíbe a pena de morte [...]. O que traduz essa vedação do aborto não é outra coisa senão o Direito Penal

pela AGU (com muito mais razão no caso do art. 128, II, já que em tese não há risco de morte para mãe), demonstra a opção legislativa, constitucionalmente alicerçada, de diferenciação quanto à abrangência protetiva que se dedica a uma vida extrauterina e a uma vida intrauterina.

Nesse sentido, destaca que o embrião referido pela Lei de Biossegurança é aquele que não detém a capacidade de caminhar para formação de uma nova vida, já que faltam as possibilidades de desenvolver as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível e, para tanto, promove paralelo com a disposição normativa constante da lei n. 9.434/1997, em seu artigo 3º. Assim, sustenta o relator, como a morte decorre do fim da atividade cerebral, a vida, por sua vez, deve decorrer do início desta mesma atividade. Em assim sendo, como o embrião *in vitro* não possui cérebro, não há que se falar em pessoa humana, nem que em potencialidade³¹, argumento este expressamente consignado na manifestação da Advocacia-Geral da União.

Ademais, o relator afasta qualquer pseudosemelhança que se possa querer impingir à pesquisa com células-tronco embrionárias, fecundadas *in vitro*, ao aborto: a um porque não se trata de ser humano em estado embrionário, já que não introduzido no útero, único ambiente capaz de possibilitar o seu pleno crescimento, mas de entidade embrionária de ser humano; a dois porque o aborto é a retirada ou extirpação do ser humano em estado embrionário do ambiente que lhe possibilitará o pleno desenvolvimento, o útero materno. Assim, a utilização das células-tronco embrionárias, fecundadas *in vitro* e não introduzidas no ambiente uterino não pode ser equiparado à interrupção de uma gravidez, simplesmente porque, antes de sua introdução no ventre materno, de gravidez não se pode falar.

Em seguida aborda o tema dos princípios da paternidade responsável e da autonomia da vontade, aduzindo-se que um casal é

brasileiro a reconhecer que, *apesar de nenhuma realidade ou forma de vida pré-natal ser uma pessoa física ou natural*, ainda assim faz-se portadora de uma dignidade que importa reconhecer e proteger. Reconhecer e proteger, esclare-se, nas condições e limites da legislação ordinária mesma, devido ao mutismo da Constituição quanto ao início da vida humana. Mas um mutismo hermenêuticamente significativo de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária ou usual, até porque, segundo recorda Sérgio da Silva Mendes, houve tentativa de se embutir na Lei Maior da República a proteção ao ser humano desde a sua concepção." (Voto do Ministro Carlos Ayres Brito, inteiro teor do acórdão, p. 18-19 do voto e 170-171 do processo.)

31 Inteiro teor do acórdão, p. 44-46 do voto do Ministro relator e 196-198 do processo.

tanto livre para optar pela fertilização *in vitro* quanto para planejar sua família responsavelmente. Daí advém que não se pode coagir a mulher a ter em si implantados (tentativa de nidação) todos os óvulos fertilizados artificialmente, mesmo porque tal prática, além de afrontar a dignidade da mulher, iria de encontro à autonomia da vontade e ao princípio da paternidade responsável (art. 226, § 7º, CF/88). Deste modo, a fim de se garantir, como pretende o autor, o pleno direito à vida ao embrião fertilizado *in vitro* haveria de se lhe assegurar o “direito a um útero”, interpretação essa que não comporta guarida pelo texto Constitucional³².

Registre-se que o Ministro Carlos Ayres Britto sustenta que a Lei de Biossegurança caminha ao encontro dos preceitos constitucionais que garantem o direito à saúde, na medida em que o próprio texto Constitucional, em seu art. 199, § 4º, incorpora à seção normativa que trata da “saúde” a “pesquisa com substâncias humanas para fins terapêuticos”, o que transforma a referida lei em instrumento de encontro do direito à saúde com as ciências médica, biológica e correlatas³³.

Por fim, e ainda em sintonia com a tese defendida pela Advocacia-Geral da União, sustenta que a Lei de Biossegurança é a concretização do preceito constitucional³⁴ que estipula ser obrigação do Estado promover e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas, compatibilizando-se a liberdade de expressão científica, com estatura de direito fundamental (art. 5º, IX), com os deveres estatais de propulsão da ciência ao serviço da melhoria das condições de vida para todos os indivíduos, assegurada sempre a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, o referido Ministro entende presente no art. 5º da Lei de Biossegurança o bloco normativo constitucional necessário a afastar-lhe qualquer pecha de invalidade jurídica.

Acompanharam na integralidade o voto do Ministro Relator, sem falar em interpretação conforme ou fazer qualquer ressalva por mínima que seja, os Ministros Ellen Gracie, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Celso de Mello, razão pela qual se apontará pontos

32 Inteiro teor do acórdão, p. 31-36 do voto do Ministro relator e 183-188 do processo.

33 Inteiro teor do acórdão, p. 50 do voto do Ministro relator e 202 do processo.

34 “Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas. § 1º A pesquisa científica básica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e progresso da ciência.”

específicos de seus votos que guardam correspondência à argumentação da Advocacia-Geral da União³⁵.

Das Ministras Ellen Gracie³⁶ e Cármen Lúcia³⁷ extraem-se ponderações interessantes que têm por base um argumento utilitarista pragmático: ora, se os embriões são inviáveis para os fins de formação de um futuro ser humano, sendo seu destino natural o descarte, empresta-lhes dignidade o fato de serem utilizados como fonte de pesquisa que visa alcançar o bem “vida” numa esfera maior que a que se pretende defender com a ação direta de inconstitucionalidade. De igual modo, se o seu destino final é o descarte, não há que se falar, por consequência, em ofensa a um provável direito à vida dos embriões, já que ao fim e ao cabo tal direito não lhes será resguardado com a procedência da ADI.

35 Tal poderia ser tido como desnecessário, eis que se os referidos Ministros acompanharam o voto do relator, embora não o tenham dito, acompanharam as suas razões de decidir, já que a elas não fizeram qualquer ressalva explícita ou implícita, as quais já guardam correspondência com a argumentação desenvolvida pela AGU. Todavia, é interessante observar como determinados temas são postos e repostas novamente no debate.

36 “Assim, por verificar um significativo grau de razoabilidade e cautela no tratamento normativo dado à matéria aqui exaustivamente debatida, não vejo qualquer ofensa à dignidade humana na utilização de pré-embriões inviáveis ou congelados há mais de três anos nas pesquisas de células-tronco, que não teria outro destino que não o descarte.

Aliás, mesmo que não adotada a concepção acima comentada, que demonstra a distinção entre a condição do pré-embrião (massa indiferenciada de células da qual um ser humano pode ou não emergir), e do embrião propriamente dito (unidade biológica detentora de vida humana individualizada), destaco a plena aplicabilidade, no presente caso, do princípio utilitarista, segundo o qual deve ser buscado o resultado de maior alcance com o mínimo de sacrifício possível. O aproveitamento, nas pesquisas científicas com células-tronco, dos embriões gerados no procedimento de reprodução humana assistida é infinitamente mais útil e nobre do que o descarte vão dos mesmos.

A improbabilidade da utilização desses pré-embriões (absoluta no caso dos inviáveis e altamente previsível na hipótese dos congelados há mais de três anos) na geração de novos seres humanos também afasta a alegação de violação ao direito à vida.” (Inteiro teor do acórdão, p. 6 do voto da Ministra Ellen Gracie e 219 do processo)

37 “A utilização de células-tronco embrionárias para pesquisa e, após o seu resultado consolidado, o seu aproveitamento em tratamentos voltados à recuperação da saúde não agridem a dignidade humana, constitucionalmente assegurada. Antes, valoriza-a. O grão tem de morrer para germinar. Se a célula-tronco embrionária, nas condições previstas nas normas agora analisadas, não vierem a ser implantadas no útero de uma mulher, serão elas descartadas. Dito de forma direta e objetiva, e ainda que certamente mais dura, o seu destino seria o lixo. Estaríamos não apenas criando um lixo genético, como, o que é igualmente gravíssimo, estaríamos negando àqueles embriões a possibilidade de se lhes garantir, hoje, pela pesquisa, o aproveitamento para a dignidade da vida. A sua utilização é uma forma de saber para a vida, transcendendo-se o saber da vida, que com outros objetos se alcança. Conhecer para ser. Essa a natureza da pesquisa científica com células-tronco embrionárias, que não afronta, mas busca, diversamente, ampliar as possibilidades de dignificação de todas as vidas. (Inteiro teor do acórdão, p. 26 do voto da Ministra Cármen Lúcia e 351 do processo).

Já o Ministro Joaquim Barbosa³⁸ expõe em seu voto o pensamento de que o ordenamento jurídico brasileiro confere graduações diversas de tutela da vida, a depender do seu estágio de desenvolvimento (se embrião, se feto, se recém-nascido etc.), para tanto traz os exemplos das penas aplicadas aos crimes de aborto, infanticídio³⁹ e homicídio, a fim de comprovar sua afirmação. Neste particular, guarda congruência o voto do Ministro com a argumentação da AGU no exato ponto em que esta trata das diferenciações promovidas por nossa legislação nos casos em que o aborto é permitido (art. 128, I e II, Código Penal). Se a proteção da vida do embrião inviável ou congelado a mais de três anos tivesse a estatura que se lhe pretende conferir, por consequência o aborto terapêutico e especialmente o aborto sentimental seriam flagrantemente inconstitucionais, como, analogamente, também os seriam as penas diferenciadas impostas aos crimes de aborto e homicídio.

De igual modo sustenta o Ministro Marco Aurélio⁴⁰ em seu voto a inexistência de similaridade sob a ótica protetiva do Estado entre os nascituros e aqueles que já nasceram. Acrescenta ademais que a personalidade jurídica, somente adquirível por meio do nascimento com vida, sequer pode ser considerada, potencialmente, nos embriões fecundados *in vitro* (inviáveis ou congelados por três anos ou mais), já que não lhes é garantido o direito ao útero materno, ambiente que poderia

38 “Conforme acentuei em outra oportunidade, a tutela da vida humana experimenta graus diferenciados.

As diversas fases do ciclo vital, desde a fecundação do óvulo, com a posterior gestação, o nascimento, o desenvolvimento e, finalmente, a morte do ser humano, recebem do ordenamento regimes jurídicos diferenciados. Não é por outra razão que a lei distingue (inclusive com penas diversas) os crimes de aborto, de infanticídio e de homicídio’ (HC 84.025). Em outras palavras, segundo nosso ordenamento jurídico o direito à vida e a tutela do direito à vida são dois aspectos de um mesmo direito, o qual, como todo direito fundamental, não é absoluto nem hierarquicamente superior a qualquer outro direito fundamental.” (Inteiro teor do acórdão, p. 02 do voto do Ministro Joaquim Barbosa e 462 do processo).

39 Entendemos que a menção ao infanticídio não se aplica a comprovar a afirmação do Ministro Joaquim Barbosa, pois a pena diferenciada não se dá em razão do estágio de desenvolvimento do ser humano (criança recém-nascida), mas em razão do estado psicológico (estado puerperal) da mãe no momento do cometimento do crime. Afastado o abalo psicológico comum à parturiente, o crime deixa de ser tipificado como infanticídio e passa a ser tipificado como homicídio.

40 “Assentar que a Constituição protege a vida de forma geral, inclusive a uterina em qualquer fase, já é controvertido – a exemplo dos permitidos aborto terapêutico ou o decorrente de opção legal após estupro –, o que se dirá quando se trata de fecundação *in vitro*, já sabidamente, sob o ângulo técnico e legal, incapaz de desaguar em nascimento. É que não há a unidade biológica a pressupor, sempre, o desenvolvimento do embrião, do feto, no útero da futura mãe. A personalidade jurídica, a possibilidade de considerar-se o surgimento de direitos depende do nascimento com vida e, portanto, o desenlace próprio à gravidez, à deformidade que digo sublime: vir o fruto desta última, separado do ventre materno, a proceder à denominada troca ox carbônica com o meio ambiente.” (Inteiro teor do acórdão, p. 09 do Ministro Marco Aurélio e 546 do processo)

vir a lhes conferir a possibilidade de desenvolver uma potencialidade adormecida. Contudo, no caso, ainda que garantido o ambiente uterino, tal não proporcionaria o esperado crescimento, já que referidos embriões são ou se tornaram inviáveis.

Por fim, o Ministro Celso de Mello⁴¹, utilizando como marco normativo o art. 3º da lei 9.434/1997, defendeu abertamente, tal qual a AGU em sua manifestação, a teoria neurológica de modo a fixar os termos inicial e final da vida humana. Nesse sentido, por coerência argumentativa, não se poderia garantir a plenitude do direito à vida a embriões produzidos em laboratório e que, além de inviáveis ou congelados a mais de três anos, não têm ainda desenvolvido os primeiros rudimentos de um sistema nervoso central, sendo esse o momento em que as pesquisas são efetivadas.

Adotando esses fundamentos, o STF, por maioria de votos, julgou improcedente a ADI e declarou constitucionais os dispositivos legais atacados⁴².

41 "Como se sabe, a Lei n. 9.434/97, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante, estabelece, em seu art. 3º, 'caput', como marco final da vida, o momento em que se dá a morte encefálica, ao prever que a retirada 'post mortem' de tecidos, órgãos e partes do corpo humano destinados ao transplante [...] deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica [...]" (grifo nosso). A atividade cerebral, referência legal para a constatação da existência da vida humana, pode, também, 'a contrario sensu', servir de marco definidor do início da vida, revelando-se critério objetivo para afastar a alegação de que a utilização de células-tronco embrionárias, para fins de pesquisa e terapia, obtidas de embriões produzidos por fertilização 'in vitro', transgrediria o postulado que assegura a inviolabilidade do direito à vida. As células-tronco embrionárias são passíveis de utilização em pesquisas realizadas até um dado limite temporal em que ainda não se tenha iniciado o processo de formação do sistema nervoso central. Nessa perspectiva, o art. 5º da Lei de Biossegurança não ofende o ordenamento constitucional, eis que a extração das células-tronco embrionárias ocorre antes do início da formação do sistema nervoso." (Inteiro teor do acórdão, p. 27-28 do voto do Ministro Celso de Mello e 580-581 do processo)

42 EMENTA em anexo

ANEXO

EMENTA: CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5º DA LEI N. 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSTITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. DESCABIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANÇA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS. IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO.

I - O CONHECIMENTO CIENTÍFICO, A CONCEITUAÇÃO JURÍDICA DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS E SEUS REFLEXOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE BIOSSEGURANÇA. As “células-tronco embrionárias” são células contidas num agrupamento de outras, encontradas em cada embrião humano de até 14 dias (outros cientistas reduzem esse tempo para a fase de blastocisto, ocorrente em torno de 5 dias depois da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozóide masculino). Embriões a que se chega por efeito de manipulação humana em ambiente extracorpóreo, porquanto produzidos laboratorialmente ou “in vitro”, e não espontaneamente ou “in vida”. Não cabe ao Supremo Tribunal Federal decidir sobre qual das duas formas de pesquisa básica é a mais promissora: a pesquisa com células-tronco adultas e aquela incidente sobre células-tronco embrionárias. A certeza científico-tecnológica está em que um tipo de pesquisa não invalida o outro, pois ambos são mutuamente complementares.

II - LEGITIMIDADE DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS PARA FINS TERAPÊUTICOS E O CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. A pesquisa científica com células-tronco embrionárias, autorizada pela Lei nº 11.105/2005, objetiva o enfrentamento e cura de patologias e

traumatismos que severamente limitam, atormentam, infelicitam, desesperam e não raras vezes degradam a vida de expressivo contingente populacional (ilustrativamente, atrofia espinhais progressivas, distrofias musculares, a esclerose múltipla e a lateral amiotrófica, as neuropatias e as doenças do neurônio motor). A escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou despreço pelo embrião “in vitro”, porém u’a mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio. Isto no âmbito de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica “a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça” como valores supremos de uma sociedade mais que tudo “fraterna”. O que já significa incorporar o advento do constitucionalismo fraternal às relações humanas, a traduzir verdadeira comunhão de vida ou vida social em clima de transbordante solidariedade em benefício da saúde e contra eventuais tramas do acaso e até dos golpes da própria natureza. Contexto de solidária, compassiva ou fraternal legalidade que, longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões “in vitro”, significa apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e se desesperam. Inexistência de ofensas ao direito à vida e da dignidade da pessoa humana, pois a pesquisa com células-tronco embrionárias (inviáveis biologicamente ou para os fins a que se destinam) significa a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade (Ministro Celso de Mello).

III - A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E OS DIREITOS INFRACONSTITUCIONAIS DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTO. O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva (teoria “natalista”, em contraposição às teorias “concepcionista” ou da “personalidade condicional”). E quando se reporta a “direitos da pessoa humana” e até dos “direitos e garantias individuais” como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais “à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”, entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significante de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A

potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança (“in vitro” apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepitível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição.

IV - AS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO NÃO CARACTERIZAM ABORTO. MATÉRIA ESTRANHA À PRESENTE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.

É constitucional a proposição de que toda gestação humana principia com um embrião igualmente humano, claro, mas nem todo embrião humano desencadeia uma gestação igualmente humana, em se tratando de experimento “in vitro”. Situação em que deixam de coincidir concepção e nascituro, pelo menos enquanto o ovócito (óvulo já fecundado) não for introduzido no colo do útero feminino. O modo de irromper em laboratório e permanecer confinado “in vitro” é, para o embrião, insuscetível de progressão reprodutiva. Isto sem prejuízo do reconhecimento de que o zigoto assim extra-corporalmente produzido e também extra-corporalmente cultivado e armazenado é entidade embrionária do ser humano. Não, porém, ser humano em estado de embrião. A Lei de Biossegurança não veicula autorização para extirpar do corpo feminino esse ou aquele embrião. Eliminar ou desentranhar esse ou aquele zigoto a caminho do endométrio, ou nele já fixado. Não se cuida de interromper gravidez humana, pois dela aqui não se pode cogitar. A “controvérsia constitucional em exame não guarda qualquer vinculação com o problema do aborto.” (Ministro Celso de Mello).

V - OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AUTONOMIA DA VONTADE, AO PLANEJAMENTO FAMILIAR E À MATERNIDADE. A decisão por uma descendência ou filiação

exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como “direito ao planejamento familiar”, fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da “dignidade da pessoa humana” e da “paternidade responsável”. A conjugação constitucional da laicidade do Estado e do primado da autonomia da vontade privada, nas palavras do Ministro Joaquim Barbosa. A opção do casal por um processo “in vitro” de fecundação artificial de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para esse casal o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana opera por modo binário, o que propicia a base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou “in vitro”. De uma parte, para aquinhoar o casal com o direito público subjetivo à “liberdade” (preâmbulo da Constituição e seu art. 5º), aqui entendida como autonomia de vontade. De outra banda, para contemplar os porvindouros componentes da unidade familiar, se por eles optar o casal, com planejadas condições de bem-estar e assistência físico-afetiva (art. 226 da CF). Mais exatamente, planejamento familiar que, “fruto da livre decisão do casal”, é “fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável” (§ 7º desse emblemático artigo constitucional de n. 226). O recurso a processos de fertilização artificial não implica o dever da tentativa de nidação no corpo da mulher de todos os óvulos afinal fecundados. Não existe tal dever (inciso II do art. 5º da CF), porque incompatível com o próprio instituto do “planejamento familiar” na citada perspectiva da “paternidade responsável”. Imposição, além do mais, que implicaria tratar o gênero feminino por modo desumano ou degradante, em contrapasso ao direito fundamental que se lê no inciso II do art. 5º da Constituição. Para que ao embrião “in vitro” fosse reconhecido o pleno direito à vida, necessário seria reconhecer a ele o direito a um útero. Proposição não autorizada pela Constituição.

VI - DIREITO À SAÚDE COMO COROLÁRIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA DIGNA. O § 4º do art. 199 da Constituição, versante sobre pesquisas com substâncias humanas para fins terapêuticos, faz parte da seção normativa dedicada à “SAÚDE” (Seção II do Capítulo II do Título VIII). Direito à saúde, positivado como um dos primeiros dos direitos sociais de natureza fundamental (art. 6º da CF) e também como o primeiro dos direitos constitutivos da seguridade social (cabeça do artigo constitucional de

n. 194). Saúde que é “direito de todos e dever do Estado” (caput do art. 196 da Constituição), garantida mediante ações e serviços de pronto qualificados como “de relevância pública” (parte inicial do art. 197). A Lei de Biossegurança como instrumento de encontro do direito à saúde com a própria Ciência. No caso, ciências médicas, biológicas e correlatas, diretamente postas pela Constituição a serviço desse bem inestimável do indivíduo que é a sua própria higidez físico-mental.

VII - O DIREITO CONSTITUCIONAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO CIENTÍFICA E A LEI DE BIOSSEGURANÇA COMO DENSIFICAÇÃO DESSA LIBERDADE. O termo “ciência”, enquanto atividade individual, faz parte do catálogo dos direitos fundamentais da pessoa humana (inciso IX do art. 5º da CF). Liberdade de expressão que se afigura como clássico direito constitucional-civil ou genuíno direito de personalidade. Por isso que exigente do máximo de proteção jurídica, até como signo de vida coletiva civilizada. Tão qualificadora do indivíduo e da sociedade é essa vocação para os misteres da Ciência que o Magno Texto Federal abre todo um autonomizado capítulo para prestigiá-la por modo superlativo (capítulo de n. IV do título VIII). A regra de que “O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas” (art. 218, caput) é de logo complementada com o preceito (§ 1º do mesmo art. 218) que autoriza a edição de normas como a constante do art. 5º da Lei de Biossegurança. A compatibilização da liberdade de expressão científica com os deveres estatais de propulsão das ciências que sirvam à melhoria das condições de vida para todos os indivíduos. Assegurada, sempre, a dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal dota o bloco normativo posto no art. 5º da Lei 11.105/2005 do necessário fundamento para dele afastar qualquer invalidade jurídica (Ministra Cármen Lúcia).

VIII - SUFICIÊNCIA DAS CAUTELAS E RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELA LEI DE BIOSSEGURANÇA NA CONDUÇÃO DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. A Lei de Biossegurança caracteriza-se como regração legal a salvo da mácula do açodamento, da insuficiência protetiva ou do vício da arbitrariedade em matéria tão religiosa, filosófica e eticamente sensível como a da biotecnologia na área da medicina e da genética humana. Trata-se de um conjunto normativo que parte do pressuposto da intrínseca dignidade de toda forma de vida humana, ou que tenha potencialidade para tanto. A Lei de Biossegurança não conceitua as

categorias mentais ou entidades biomédicas a que se refere, mas nem por isso impede a facilitada exegese dos seus textos, pois é de se presumir que recepcionou tais categorias e as que lhe são correlatas com o significado que elas portam no âmbito das ciências médicas e biológicas.

IX - IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. Afasta-se o uso da técnica de “interpretação conforme” para a feitura de sentença de caráter aditivo que tencione conferir à Lei de Biossegurança exuberância regratória, ou restrições tendentes a inviabilizar as pesquisas com células-tronco embrionárias. Inexistência dos pressupostos para a aplicação da técnica da “interpretação conforme a Constituição”, porquanto a norma impugnada não padece de polissemia ou de plurissignificatidade. Ação direta de inconstitucionalidade julgada totalmente improcedente.

NORMAS EDITORIAIS PARA A REVISTA DA AGU

Deve constar no Artigo:

TÍTULO DO ARTIGO - Descritivo porém conciso (em português e Inglês).

AUTOR(ES) - O(s) nome(s) do(s) autor(es) deve(m) estar acompanhado(s) de breve currículo com no máximo três qualificações na área de atuação.

SUMÁRIO - Não numerar a introdução e separar ítems por ponto e vírgula.

Exemplo.

SUMÁRIO: Introdução; 1 tema1; 2 tema2, tema3....., Referências.

RESUMO - De cunho informativo, conter de 100 a 250 palavras. (em português e Inglês).

PALAVRAS-CHAVE - De cinco a oito palavras-chaves separadas entre si por ponto e finalizadas também por ponto. (em português e Inglês).

CORPO DO TEXTO

PARÁGRAFOS: Fonte verdana tamanho 11, espaço entre linhas de 1,5, sem espaços entre parágrafos. Recuo de 1,5 cm para primeira linha do parágrafo. O número máximo de páginas 35 e mínimo de 5 páginas

CITAÇÕES: com mais de três linhas (blocos) devem ter fonte menor tamanho 10 e espaço entrelinhas simples, destacadas com recuo de 1,5 cm da margem esquerda, letra menor que a do texto (verdana tamanho 10) sem aspas e sem itálico. No caso de acrescentar grifo deve ser em itálico e especificar como: (grifo nosso) ou (grifo do autor)

exemplo:

À Presidente - Ministra Ellen Gracie para o exame de empréstimo de preferência ao pregão, ante a *necessidade de o Tribunal Superior Eleitoral baixar ato fixando os parâmetros para a distribuição do fundo partidário*, tudo a partir dos preceitos da lei 9096/95 questionados. imprimam urgência, remetendo cópia a s. Exa. (grifo nosso).

Para citações que ocupam até três linhas, são inseridas dentro do próprio parágrafo entre aspas duplas. As aspas simples indicam citação no interior da citação.

Para supressões utilizar: [..]

Nos grifos utilizar itálico

NOTAS DE REFERÊNCIAS/RODAPÉ - Para todos os tipos de notas a Escola da AGU adotou o *sistema numerico*. As referências devem seguir o modelo abaixo para as notas de rodapé e Referências bibliográficas obedecendo inclusive a pontuação e o grifo.

Exemplos:

a) Livros: SOBRENOME, Nome. *Título da obra*. Local de publicação: Editora, data. p. xx Ex.: CORRÊA, Roberto. *A rede urbana*. São Paulo: Ática, 1989. p. xx

b) Capítulo de livro: SOBRENOME, Nome. Título do capítulo. In: SOBRENOME, Nome (Org). *Título do livro*. Local de publicação: nome da editora, data. Página inicial-final. Ex.: IANNI, Octavio. Dilemas da integração regional. In: SOUZA, Álvaro (Org). *Paisagem território região: em busca da identidade*. Cascavel: Edunioeste, 2000. p.133-136.

c) Artigo em periódico: SOBRENOME, Nome. Título do artigo. *Título do periódico*, local de publicação, volume, número, página inicial-final, mês(es). ano. Ex.: MACHADO, Lucy. Cognição ambiental, processo educativo e sociedades sustentáveis. *Faz Ciência*, Francisco Beltrão, v. 5, n. 1, p. 131-146, dez. 2003.

d) Dissertações e teses: SOBRENOME, Nome. *Título da tese* (dissertação). edição. Local: Instituição em que foi defendida, data. Número de páginas. (Categoria, grau e área de concentração). Ex.: RIBAS, Alexandre. *Gestão político-territorial dos assentamentos, no Pontal do Paranapanema*. São Paulo: uma leitura a partir da COCAMP. Presidente Prudente: FCT/UNESP, 2002. 224 p.

Observação: As referências são alinhadas somente à margem esquerda, com espaçamento entrelinhas simples, separando as obras por espaçamento duplo. O recurso tipográfico é o itálico para destacar o elemento título.

Quando se tratar da primeira citação de uma obra, deve ser sua referência completa.

EXEMPLO:

Para Moraes¹ a supremacia das normas constitucionais no ordenamento [...].

¹ SOBRENOME, Nome. Obra. 13. ed. Local: Editora, p. 20-23, ano.

As subsequentes citações dessa mesma obra podem aparecer de forma abreviada, utilizando-se das expressões: *Idem*, *Ibidem*, *opus citatum*, *Confira* e *Confronte*.

EXPRESSÕES UTILIZADAS NAS NOTAS DE RODAPÉ

Idem ou *id.* (mesmo autor)

Utilizada para substituir nome na mesma página, quando se tratar de diferentes obras do mesmo autor.

Exemplo:

¹ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS, 1989, p.9.

² *Id.*, 2000, p. 19.

Ibidem ou *ibid.* (mesmo autor e mesma obra)

Usada quando o autor e a obra são os mesmos e aparecem na mesma página sucessivas vezes. Para evitar a repetição, substitui-se o nome do autor e da obra por *ibidem* ou *ibid.*

Exemplo:

³ LAMPRECHT, 1962, p. 20.

⁴ *Ibid.*, p. 36.

Opus citatum, opere citato ou op. cit.

Colocada após o nome do autor, referindo-se à obra já citada anteriormente.

Exemplo:

⁵ GONÇALVES, op. cit., p. 216.

Passim (por aqui e ali, em diversas passagens)

Faz referências a vários trechos da obra.

Exemplo:

⁶ GONÇALVES, 2000, passim.

Cf. (confira, confronto)

Usada para fazer referência a outros autores ou a notas do mesmo autor. Exemplo:

⁷ Cf. MORAES, 2003.

Obs: As pontuações utilizadas nos exemplos abaixo obedecem as normas da ABNT

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS DO ARTIGO

Quando ocorrer de ter o nome do autor referenciado várias vezes, substitui-se por traço e ponto (equivale a seis espaços).

Ex: _____. *Gabriela cravo e canela*. São Paulo: Martins, 1958.

Esta obra foi impressa pela Imprensa Nacional
SIG, Quadra 6, Lote 800 - 70610-460, Brasília - DF
Tiragem: 4.000 exemplares