Organizadores
Alexandre Freire Pimentel
Fábio Túlio Barroso
Lúcio Grassi de Gouveia

Processo, Hermenêutica e Efetividade dos Direitos I

APPODI
Associação Pernambucana de Pós-Graduandos em Direito

Organizadores
Alexandre Freire Pimentel
Fábio Túlio Barroso
Lúcio Grassi de Gouveia

Processo, Hermenêutica e Efetividade dos Direitos I

APPODI
Associação Pernambucana de Pós-Graduandos em Direito
Recife, 2015.

ficha catalográfica

Créditos

Editora: Associação Pernambucana de Pós-gradução em Direito

Organização: Alexandre Freire Pimentel,
Fábio Túlio Barroso
Lúcio Grassi de Gouveia

Conselho Editorial: XXXXXXX

Design da capa: Ana Catarina Silva Lemos Paz

Composição do miolo: Ana Catarina Silva Lemos Paz

Apresentação

Os organizadores Et optur? Ra prori ut hic to mod quo voluptae. Ut ex et anda apellectem senis modis con corum et qui cus nis sequoditati optam quiam renihit mint que moluptaque voluptam eossimusdae. Et res vit, suntium ius eumquidus, sum, sum sumque ea ad modi conseque peditiam is inis as eum qui sum eicitaturest a acit occus denetur?

Ra dolorepuda dolor minullicia voluptat.

Emporep elitae excestia volo enis perspel iquature volectiist es molupta quatiae modigna tibuscim que ex essimagnis aceate nossita con re liquidite nis dus, simende lessiti undust dolorro quistis volut earum sum si iditatur am exped elent atemper itatio to ommos quam sim earuptatur, ullor ra eum vellor siti rem. Et ulparumque denis mo modi blaborem earum, ommolupta nobis sum cum endel ipienducia vendus aut odit, quuntioreius nonsecti alibus, nonescipsae nossustene dignati dunt as alic to consedit re est ad unt ad et undis ipid modis conseque re num qui im et plaborist, nusande mporrume doluptatios idento que ra coneceseniet reprae. Restio occatiis alite non corum etur solorem porerch icimuscia estecus ciliquatem cupta nobitem lant volupti beaque simaximus sin pa ius eos et voluptatusam arion porro beribusciam, alibus cumquidusa quam et volenda estiae et a es aut dit ut verum reria aut ommodi rem haritaquodi rescidus plique occuscia is rem. Piciat aspersp eribus exerectore laboriam ad qui nobis earumquam harit laborum veligenihil et, te cuscium ressita dunt arum fugit re culparum nobis atur, ius sinvelis nus esectatis eum reste num et id experumque peri occus essimi, sus.

Bo. Neque natur, que doles si id et et iur aut labor ma voluptate dolupta tataqui odit accust harciam quodi cuptati blabo. Itam quatem as dolorit iassed que dolor reratur, et omnihiti bernatur, sitaepe delest ab illam rest, coris eum site audandi onseque conest, to quis endit pernatur ma sint. Ucia sum venis que id quae veles porem. Et odi omniti iduntiorenis modist evendanis coremperchil ilicae. Et qui quiam, velecte volupta tionsed et ventotatur? Agnihil ictem. Editae eicatas enis et officid ucientem aut expedit odione odis ipistis que volum exero tector solupta conem rerovit, occuptatur aut fuga. Nam, cum es rem nus aspid untur, tecuptatem soluptaesti vercium qui ommod ullaut quae nis rectatur secabor ecabora veles endam aut rerro bea pelictur? Ximus doluptas quassin expe quianis autem qui as duciis quident.

Parchil lupidion parum aut laboratis reptiusae isimusa erferferiam, eos aute re porro quiaeste doluptatior audae voluptatur? Quia doluptium eostest doluptam eossit mod ea intem iure minustrume volore parum alique sus molupta debis que cuptatem iliquib uscitam, simus con cus.

As et lab int officia cum endigendis eos ipsanditas et rerovid mi, quoditat.

Facernate vellecupta vit harchil isinctiis veriamus alita comnitae seque nam ipsundae earibeate sinvellam velest, cumet pa net que sit dipienes nonet hitae nihil maxim quia sequam rempe rendissed que volores re, que in re, is volorer natur? Iquo cus es magnation re perferae posa ditaeca ersped quamusdam ut officiet electur alis ant quoditatur? Qui bea doluptatis rehendit omnimi, quis rem quam quamendusape dignimporis nullupt atiusam andem fugite volorrum laccatur aut pore nis volorunt alitia voluptatibus eum quam quodi dipsum ratemquiate ni officta quassi digenias enditiisci re nis aut plabo. Nam eles restiorro il in re nisciur autempe ratinus necto eventis ad est, quia num facesequi optur, consed mincimu sdantuscil maiosseque sequame ntiandis eostia di comnis cum harum rehendio. Ut ullique nonseni hitatur soluptat qui nos volut es pelicip sandent.

Oreperumqui non poribus volorecaerum ad qui ipsame conserciur?

Doloreiume latibea rupiscipit ut quia imosaectem quis ullit quae rest por mossunt volorro verferiaerum litatem inctotam siminve liquis arunt, consequi tem verum etur sapicia pre sinis am amendeb itasper oraest earchic iisquis ditatus evel inis ese nimagnimil et enis alis doles nos sedi asinus magnatquam quam digenditas ea sam quistiam quid ea ditiuntur sant, cus, sandis et arum cusanda diat as esto vit offici aut magnate voluptatio. Post, te iliquidus sus.

Sumário

I. LÓGICA, COGNIÇÃO E HERMENÊUTICA PROCESSUAL

Alexandre Freire Pimentel
Lúcio Grassi de Gouveia 7

II. DIREITO PROCESSUAL SOCIAL, MASSIFICAÇÃO DAS AÇÕES E O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS BRASILEIRO

Alexandre Freire Pimentel
Bruna Liana Amorim de Andrade 15

III. A DEFESA DO RECLAMADO EM FACE DAS NORMAS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Fábio Túlio Barroso
Lucas Barbalho de Lima 28

IV. INÉRCIA LEGISLATIVA E ATIVISMO JUDICIAL: a dinâmica da separação dos poderes na ordem constitucional brasileira

Glauco Salomão Leite 38

V. INCIDÊNCIA DO IPTU SOBRE A IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMILIA

Katarina de Kássia Barbosa Flôr
Hélio Silvio Ourém Campos 51

VI. ABORDAGEM HERMENÊUTICA DO SISTEMA DE PRECEDENTES DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Lúcio Grassi de Gouveia
Fábio Gabriel Breitenbach 66

VII. RACIONALISMO E DIREITO PROCESSUAL CIVIL: DO (CURTO)CIRCUITO FORMALISTA À CIRCULARIDADE HERMENÊUTICA; as sementes lançadas por Ovídio A. Baptista da Silva

Mateus Costa Pereira
Pedro Spíndola Bezerra Alves 88

VIII. DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO E A RESPONSABILIZAÇÃO DO ADMINISTRADOR PÚBLICO TOMADOR DOS SERVIÇOS TERCEIRIZADOS

Sergio Torres Teixeira 111

IX. HERMENÊUTICA ENDOPROCESSUAL: a contribuição da Análise crítica do discurso jurídico (ACDJ)

Virgínia Colares 124

X. DO MÉTODO JURÍDICO: Reflexões em torno da tópica

Plauto Faraco de Azevedo *138*

XI. O SUPERENDIVIDAMENTO DO CONSUMIDOR NOS PAÍSES MEMBROS DO MERCOSUL

Cristina Stringari Pasqual
Anizio Pires Gavião Filho *150*

XII. A PRESCRIÇÃO E A DECADÊNCIA NO CÓDIGO CIVIL E NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Cristina Stringari Pasqual
Marco Antonio Pasqual *164*

XIII. SUPERABILIDADE DAS REGRAS JURÍDICAS

Anizio Pires Gavião Filho
Rosemeri Munhoz de Andrade *178*

LÓGICA, COGNIÇÃO E HERMENÊUTICA PROCESSUAL

Alexandre Freire Pimentel[1]
Lúcio Grassi de Gouveia[2]

SUMÁRIO: 1. Lógica e teoria do conhecimento: especificações sobre a lógica do processo eletrônico. 2. A complexidade cognitiva do dado-de-fato processual. 3. Hermenêutica, cognição e lógica processual. 4. Considerações finais. Referências.

1. LÓGICA E TEORIA DO CONHECIMENTO: ESPECIFICAÇÕES SOBRE A LÓGICA DO PROCESSO ELETRÔNICO

O advento da informática, sucedido pelo da telemática, outorgou uma nova realidade à lógica, transformando-a em algo concreto e palpável. A aplicação desses saberes ao direito processual, por sua vez, exige o estudo interdisciplinar das estruturas formais do pensamento. Porém, nossas injunções analíticas sobre a lógica não devem ser interpretadas como demonstração de adstrição de nossa forma de enxergar o direito ao universo estritamente formal-abstrato, livre dos influxos das valorações ideológicas inerentes aos que prolatam decisões judiciais.[3] Não desprezamos o conhecimento sociológico, psicológico, econômico e demais influências alopoiéticas sobre o direito. A visão proporcionada pela lógica não exaure o universo jurídico-processual, como diz Lefebvre: ela *não se basta e não basta*, tanto que inclusive Lourival Vilanova, lógico sabidamente positivista, apresentava-se contrário aos extrem*ismos* do dogmat*ismo*, do sociolog*ismo*, do jusnatural*ismo* e do logic*ismo*, também.[4]

Pois bem, como se pôde antever, é grande a dificuldade de precisar-se uma definição para a *lógica*, e isto se deve tanto à ambivalência que a expressão derivativa (logos) possui quanto à diversidade de sentidos atribuídos por cada pensador, de acordo com suas respectivas ide-

---

1 Pós-doutorado (Universidade de Salamanca – Espanha, com bolsa da CAPES), Doutor e Mestre (FDR-UFPE), Professor Adjunto de Direito Processual Civil da Universidade Católica de Pernambuco e da Faculdade de Direito do Recife (UFPE). Consultor ad-hoc da CAPES. Membro da Associação Norte e Nordeste dos Professores de Processo (ANNEP). Ex-Promotor de Justiça. Juiz de Direito Titular da 29ª Vara Cível do Recife – TJPE.

2 Professor Adjunto II da Universidade Católica de Pernambuco (Graduação e Mestrado). Pesquisador do grupo de pesquisa Processo, Tecnologia e Hermenêutica. Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa. Mestre em Direito pela UFPE. Juiz de Direito.

3 Parodiando Nelson Saldanha, cremos não merecer qualquer reparo a asserção dita, para além do seu *Ordem e hermenêutica,* mas também em aulas e outras tertúlias, no sentido de que direito é, antes de tudo, *interpretação*. Exemplo concreto e típico a confirmar este aforisma foi o fato de a Alemanha Oriental ter sido regida pela mesma ZPO que vigeu na Alemanha Ocidental, quando as duas diferentes formas de Estado e de Governo centravam-se sobre princípios e alicerces diametralmente conflitantes.

4 Como observou Geraldo Ataliba: "*O reducionismo da norma ao fato (sociologismo), da norma positiva à norma ideal (jusnaturalismo), dos valores e normas às estruturas lógicas (logicismo) é sempre um desconhecimento da experiência integral do Direito*". Vide prefácio de *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997,p. 23. A propósito, Adeodato também enxerga que o conhecimento lógico não é, por si só, exauriente: "*A lógica não é tudo, porém. Como objeto real, o direito é positivo, histórico, fático, enfim. Seu conceito é conceito de algo, de algum objeto efetivo. Daí a necessidade de uma ontologia jurídica, determinação de elementos palpáveis como coercitividade, bilateralidade, positividade etc. É a* ***ontognoseologia*** *de que fala Miguel Reale, a necessidade do* aliquid *de que falam Husserl e Hartmann*". ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 23.

ologias. Em Hegel, por exemplo, encontramos a expressão *ciência da lógica* a designar o "... *sistema de leis ontológicas, um conjunto articulado de categorias que expressam os modos de ser da própria realidade*".[5]Do ponto de vista lingüístico, de acordo com Newton da Costa, o sistema lógico pode ser representado por uma classe de técnicas capazes de proporcionar a extração de novas proposições a partir de conjuntos dados de proposições. Logo, através da lógica, é possível: "... *efetuar inferências e edificar teorias. Com o auxílio da lógica, assim, obtêm-se conclusões de dadas premissas e, ademais, pode-se deduzir conseqüências dos princípios básicos que definem uma ciência*".[6] A lógica, portanto, proporciona sempre um *ponto de vista* sobre o conhecimento, mas, apesar disso, não se deve considerar como sinônimas as expressões: 'lógica' e 'teoria do conhecimento'. Johannes Hessen esclarece que, em sua acepção restrita, a lógica vincula-se à correção formal do pensamento, prescindindo da referência concreta aos objetos, ao passo que a teoria do conhecimento verte-se precisamente para a significação objetiva do pensamento, sem, no entanto, prescindir daquela referência aos objetos.[7]

Disto se evidencia que a lógica incide tanto sobre o mundo real quanto sobre o conhecimento construído a partir da realidade, possibilitando, inclusive, uma valoração cognitiva em níveis diferentes.[8] Aliás, já em Kant encontramos uma subdivisão do conhecimento derivada de suas duas principais fontes: receptividade das impressões; e a capacidade decorrente da representação da receptividade das impressões, e que nos permitem conhecer um dado objeto. Na primeira, o objeto do conhecimento nos é *oferecido*. Na segunda, ele é *pensado* com base naquela representação, de modo que o conhecimento é constituído por *intuições* e *conceitos*.[9] Assim, pode-se subdividir os planos cognitivos em: transcendental e empírico-positivo, sendo que aquele condiciona este. A *teoria do conhecimento*, por sua vez, arrima-se na correlação indispensável que prioritariamente é posta: "*em sua universalidade, entre o sujeito que conhece e o objeto do conhecimento em geral*".[10]Para Reale, bem que seria possível denominar a teoria do conhecimento de *lógica*, no entanto, tal proposta estaria a empregar a expressão (lógica) em sua acepção ampla, de maneira a abranger a *lógica* transcendental (*gnoseologia*) e a *lógica* positiva, acarretando a inconveniência da imprecisão bem anotada por Hessen, como vimos acima.

Em homenagem ao desiderato que nos propomos, parece-nos lucidamente possível vincular a *lógica* a dois distintos tipos de investigação científica: *a formal ou analítica,* com destinação às pesquisas pertinentes à validade formal das proposições, onde situamos a lógica informática, telemática e cibernética; e a *concreta* (*metodologia*), afeta às injunções fáticas estabelecidas entre o sujeito cognoscente e o objeto cognoscível do sistema processual, constituindo-se num processo explicativo dos seus mais variados setores. Aquela se revela como atividade abstracionista, esta é empirista.

O fato de o processo judicial constituir-se num fenômeno possuidor de uma metodologia própria denuncia que bem se lhe aplica a lógica concreta, sem dúvida, pois que consiste em atividade jurídica ontológica, sobretudo porque tem por causa de pedir determinados *fatos jurídicos* ocorrentes no mundo do ser e que, associados ao pedido, designam o objeto litigioso da cognição processual a ser procedida pelo juiz (sujeito cognoscente). Mas, apesar disso, nem a lógica do processo tradicional cartáceo e, menos ainda, a do processo eletrônico podem ou devem ser concebidas apenas como metodologias (lógicas concretas), ou, por outro lado, como meras

---

5 HEGEL, ap. LEFEBVRE, Henri. *Lógica formal/lógica dialética*. Tradução por Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979, p.49.

6 COSTA, Newton Carneiro Affonso da*etalli,* op. cit. p. 13.

7 Johannes Hessen comprova que: "*Enquanto que a lógica pergunta pela correção formal do pensamento, isto é, pela sua concordância consigo mesmo, pelas suas próprias formas e leis, a teoria do conhecimento pergunta pela verdade do pensamento, isto é, pela sua concordância com o objecto. Portanto, pode-se definir também a teoria do conhecimento como a teoria do pensamento verdadeiro, em oposição à lógica, que seria a teoria do pensamento correto*". H, Johannes. *Teoria do conhecimento.* Coimbra: Arménio Amado, 1987, 8. ed. Tradução de António Correia, p. 20.

8 CASTRUCCI, Benedito. *Introdução à lógica matemática*. São Paulo: Nobel, 1977, p. 10.

9 KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura.* 4. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 88.

10 Segundo Reale, a teoria do conhecimento insere-se no âmbito da *ontognoseologia.* REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 27.

espécies do gênero *lógica geral* (analítico-formal) aplicadas à atividade jurisdicional (como quis Kelsen). A lógica do processo eletrônico exige indispensavelmente uma transmudação da linguagem jurídica em linguagem computacional, algoritmizada. Assim, requererá o uso de proposições aléticas (mas não binárias, pois têm de ser compostas por mais de dois valores) tradutoras da realidade jurídico-deôntica a fim de permitir o processamento eletrônico de informações processuais. Logo, a lógica do processo eletrônico é também lógica formal[11] (própria e diferenciada da lógica geral utilizada com exemplificações processuais) vertida para uma duplicidade metodológica: a jurídico-processual e a telemática, donde também se realça explícito o seu enquadramento na modalidade de lógica paraconsistente.

2. A COMPLEXIDADE COGNITIVA DO *DADO-DE-FATO* PROCESSUAL

Na generalidade lógica, o conhecimento é considerado como um fato, ainda que seja possível discutir as possibilidades de expandi-lo ou aperfeiçoá-lo. Na especificidade da lógica processual, o conhecimento também há de ser aceito como um fato. Ao tratar do assunto, Lefebvre aponta as seguintes características do conhecimento: *praticidade*, isto é, antes de se elevar ao nível teórico deve-se começar pela experiência, pois apenas a prática notabiliza-se como capaz de pôr-nos em contato com as exigências objetivas; *socialização* e *historicidade*.[12] Trasladando as características genéricas do conhecimento para a especificação do direito processual, constatamos a presença de todas elas, mas realçamos o caráter relacional da cognição processual sem o qual os demais não se concretizam no universo jurisdicional. Na lógica processual, independentemente de tratar-se de relação processual telemática ou cartácea, a idéia de causa de pedir está a exigir a ocorrência de um *fato,*[13] que não deixa de ser social e histórico, sobre o qual se centrará a cognição judicial. Aliás, a propositura de uma demanda judicial requer a demonstração não apenas de um único fato, mas de dois: crono***logica***mente falando, primeiramente, exsurge o fato referente à causa de pedir remota (fato instituidor do direito material em face das partes), porque historicamente antecede à causa próxima; em seguida, ocorre o segundo fato, que representa a causa próxima (fato agressor ou ameaçador de agressão do direito subjetivo a ser discutido no processo). Esses dois fatos devem constar da petição inicial, porque assim impõe a metodologia processual. E é por conta dessa metodologia que, na lógica processual, o *dado de fato* objeto do conhecimento jurisdicional será sempre complexo, pois pressupõe a ocorrência de dois fatos jurídicos.[14]

O conhecimento processual, então, inicia-se pela experiência fática traduzida pelo objeto litigioso do processo (causa de pedir associada ao pedido) e daí formaliza-se pela análise lógica das questões suscitadas e discutidas na relação jurídica processual, bem como pelas cognoscíveis de ofício pelo juiz. A idéia de Kant de secionar o conhecimento em empírico e formal cai como uma luva na nossa teorização processual, pois assim como todo conhecimento tem como ponto de partida a experiência,[15] todo processo pressupõe e parte da experiência relacional humana, ainda quando vinculado a ato advindo da natureza ou perpetrado por animais referirá mediatamente a relações humanas. Mas isto não quer significar, necessariamente, que a experiência sempre designe um fato concreto, como reconheceu Kant. É que o nosso próprio conhecimento pode ser considerado como ponto de partida dele mesmo, neste contexto é que se pode falar de

---

11 A linguagem processual, por si só, já *formaliza* a lógica processual sem prejuízo de ungi-la ao sítio metodológico da jurisdição.

12 LEFEBVRE, op. cit. p.49.

13 Neste sentido, José Rogério Cruz e Tucci, em estudo específico sobre a *causa de pedir*, oferece conceito atualíssimo: "*Contudo, da análise de seu conteúdo, iremos observar que, em época mais recente, acompanhando a evolução da ciência processual,* **causa petendi *é locução que indica o fato ou o conjunto de fatos que serve para fundamentar a pretensão (processual) do demandante***...". TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993,p. 18.

14 Não interessa enveredar pelas hipóteses das ações fundadas em direito real, nas quais parte da doutrina defende ser necessário apenas a demonstração da causa próxima, isto porque a teoria adotada pelo CPC foi a da *substanciação.*

15 "*Assim, na ordem do tempo, nenhum conhecimento precede em nós a experiência e é com esta que todo o conhecimento tem o seu início*". KANT, op. cit. p. 37.

conhecimento: 01- *apriori*, ou seja, independente da experiência fática e de todas as impressões dos sentidos, subdividindo-se em puro e não puro (neste último, a proposição embute um conceito extraído da experiência, mas dela se afasta)*;* 02- e a *posteriori*, isto é, atrelado ao empirismo.[16] Para nós, a lógica do processo telematizado atrela-se a uma vivência *fático-causal-pretérita* representada pela lide,[17] isto é, pelo conflito de interesses *pré-processual* motivador da propositura subseqüente de uma demanda judicial,[18] porém em ambiência digitalizada, algoritmizada em mídia eletrônica. Assim, inserir-se-á na classificação kantiana de cognição *a posteriori.* E o dado de fato na lógica processual telemática é complexo não apenas em razão da dualidade fática inerente à causa de pedir, mas, sobretudo, porque a telematização do fenômeno processual pressupõe a criação de um novo fato processual: a digitalização da relação processual, que requer o emprego de notações algorítmico-aléticas em substituição às notações lingüísticas tradicionais representativas dos atos processuais.

3. HERMENÊUTICA, COGNIÇÃO E LÓGICA PROCESSUAL

A lógica do processo, portanto, consiste numa atividade cognitiva *a posteriori*, pois, sendo a relação processual do tipo "causal", está a exigir a ocorrência de fatos jurídicos antecedentes ao processo (a *causa petendi*). O processo, contudo, apresenta-se sempre como relação jurídica *angular-conseqüente*. Até mesmo as ações incidentais têm uma causa antecedente.[19] A lógica do processo eletrônico, por sua vez, além disso, impõe a ocorrência do *fato eletrônico,* que acentua a graduação da complexidade processual porque importa na digitalização da relação processual.

Entretanto, a hermenêutica processual condiciona a lógica que se formaliza a partir da linguagem tradutora desse mesmo fenômeno, elegendo, inclusive, aspectos da cognição que devem se sobrepor a outros em conformidade com a valoração ideológica do julgador. Sem deixar de consistir numa análise formal do pensamento jurisdicional, o desenvolver da lógica processual é caracterizado por inegável paraconsistência (no sentido lógico da expressão), que dentre outros escopos, presta-se à aplicação do princípio da proporcionalidade ao processo visando à superação do princípio lógico-formal da contradição. Nesse panorama, podemos afirmar que é a hermenêutica quem condiciona o sentido lógico da decisão judicial, a qual é sempre pautada por uma escolha antecedente à elaboração da decisão. Ninguém inicia uma decisão judicial sem saber como vai terminar, como se seguisse uma estruturação lógico-formal desassociada dos valores em conflito. Ao contrário, primeiro decide-se (opção ideológico-hermenêutica) e somente em seguida estrutura-se a decisão, a qual se amolda à escolha antecedente.

Por sua vez, a cognição permitida pela lógica do processo consubstancia-seem conhecimento: *inercial*, para fins de propositura da demanda, pois, segundo o princípio da inércia ou dispositivo, nenhum juiz poderá prestar a tutela jurisdicional senão quando a parte (nos casos de jurisdição contenciosa) ou o interessado (nos de jurisdição voluntária) o requererem nos casos e formas legais; e *oficioso,* para efeito de impulsionamento da prática de atos processuais. A cognição da lógica incidente sobre a relação processual também há de observar o fenômeno 'metodológico' da extensão da *provocação* da parte autora, para fins de análise cognitivo-con-

16 Explicando o que se deve entender por conhecimento *a priori*, Kant escreve o seguinte: "... *designaremos, doravante, por juízos a priori, não aqueles que não dependem desta ou daquela experiência, mas aqueles em que se verifica absoluta independência de toda e qualquer experiência. Dos conhecimentos a priori, são puros aqueles em que nada de empírico se mistura. Assim, por exemplo, a proposição, segundo a qual toda a mudança tem uma causa, é uma proposição a priori, mas não é pura, porque a mudança é um conceito que só pode extrair-se da experiência*". KANT, op. cit. p. 37.

17 Aqui, fugimos do conceito endoprocessual de Liebman acerca da lide, para localizá-la no fato jurídico anterior e motivador do processo e que abrange a causa da relação processual.

18 E a causa de um processo não reside, necessariamente, no âmbito do direito material, é possível que se localize no contexto relacional de outro processo, como ocorre, por exemplo, com a ação anulatória do artigo 486 do CPC e com o atentado (CPC, 879 a 881).

19 Obviamente que o juiz deve levar em consideração fatos ocorridos depois da propositura da ação. De acordo com o artigo 462 do CPC: ***Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença***

seqüente (CPC, 128 e 460), isto é, no sistema jurídico brasileiro não se pode desenvolver raciocínio lógico-processual para além do postulado pelo demandante, pois adviria uma conclusão incompatível com a metodologia respectiva, exceto para as exceções admitidas pela própria lei. Em resumo: o pedido delimita a sentença e, da mesma forma, a conseqüência conclusiva da lógica do processo.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na época clássica, a lógica arcaica era vertida para a ontologia, consistia numa forma de *dizer* e descrever as estruturas do real. Mas não era apenas um exercício mental metafísico ou ontológico, pois já em Parmênides vislumbrava-se a lei lógica da identidade, todavia, a concepção de uma lógica material em sentido proposicional rigoroso, à época, não é crível.[20] É que o *material*, o concreto de que se serve a lógica, não deixa de ser *formal*: "*No campo da lógica tudo é formal*",[21] não obstante o ponto de partida do conhecimento possa quedar-se no mundo existencial. Na atualidade, o corte feito entre o concreto e o formal é apenas uma renúncia momentânea e metodológica, pois o interesse pelo mundo real é sempre retomado porque é nele que se encontra o sujeito cognoscente (o juiz, no caso da lógica processual). Neste contexto, hodiernamente, a lógica material é definida como uma função pragmática e semântica da própria lógica.[22]

Para bem situar a lógica no plano do conhecimento deve-se estabelecer que o ponto de partida de toda ciência empírica reside na experiência dos fatos. Ao passo que o ponto de partida da lógica formal está na linguagem científica. Tanto a lógica aristotélica quanto a lógica simbólica são formais e são, também, sempre posteriores à reflexão material metodológica proferida com base nos fatos.[23] Pela mesma razão, ao juízo lógico-processual precedem os fatos vinculados à causa de pedir e que delineiam o conflito objeto da demanda, e que serão formalizados por denotação lingüística específica, onde apenas os *sujeitos-de-direito-processual* (os incapazes, inclusive)[24] e *condutas processuais* podem ser tidos como valores das variáveis das respectivas proposições lógico-processuais.

A metodologia é tarefa dos cientistas de cada uma das áreas específicas do conhecimento, somente eles são aptos a investigar o seu campo científico particular.[25] Por isso, a lógica processual há de ser desenvolvida por juristas, e não por qualquer jurista, mas por juristas processualistas também conhecedores das estruturas lógicas. A distinção entre lógica e metodologia, portanto, reside na constatação de que cada campo científico tem um método próprio, assim o método de uma determinada ciência não é eficaz para se aplicar a outras. Cada ramo científico, então, é detentor de método particular. Lógica, todavia, não é metodologia porque suas proposições são aplicáveis para qualquer ramo do conhecimento humano.[26] A metodologia encontra-se localizada no sítio interior de cada ramo científico, ao passo que a lógica está *sobre* qualquer um desses ramos.[27]

---

20 MORA, Ferrater, *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Loyola, 2001, tomo 3, p. 1776.

21 Ressaltando a distinção entre lógica material e positiva veja-se REALE, Miguel, op. cit. p. 27. E vinculando os juízos lógicos à realidade consulte-se LEFEBVRE, op. cit. p.49.

22 VILANOVA, Lourival. *Lógica jurídica*, p. 60.

23 VILANOVA, Lourival. *Lógica jurídica*, p. 60-5.

24 Parece oportuno realçar que a incapacidade das partes não nulifica a relação processual. Neste sentido, dispo o CPC, 8º: *Os incapazes serão representados ou assistidos por seus pais, tutores ou curadores, na forma da lei civil.*

25 VILANOVA, Lourival. *Lógica jurídica*, p. 66. Este autor invoca PIAGET, Jean, na obra *Traité de logique, essai de logistiqueopératoire*, para consignar que: "*... laméthodologie ne fait partie de la logique et rien n'est pluséquivoquée que leterme logique appliquée*". Traduzimos da seguinte maneira a expressão entre aspas: "*... a metodologia não faz parte da lógica e nada é mais equivocado que o termo lógica aplicada*".

26 Isto, entretanto, não quer significar que a lógica do direito e do processo sejam representadas pela aplicação da lógica geral ao fenômeno jurídico, pura e simplesmente.

27 VILANOVA, Lourival. *Lógica jurídica*, p. 68.

Mas a distinção entre lógica e metodologia não impede a concepção de uma lógica verdadeiramente jurídica. A lógica jurídica, da qual a processual faz parte, não perde a sua característica formal, posto que possuidora de uma estrutura capaz de abranger o objeto jurídico, cuja natureza é deôntica. E o que torna possível a idéia de uma lógica jurídico-processual é o fato de ela proporcionar a formalização da linguagem jurídica denotativa dos conteúdos exclusivos do universo jurídico-processual, o conteúdo das normas jurídicas processuais. Podemos dizer que a lógica processual, apesar de constituir-se como espécie do gênero 'lógica jurídica geral', distingue-se desta porque sua ocorrência perpetra-se numa ambiência conotada por um verdadeiro *empirismo deôntico*, isto é, porque pressupõe o conhecimento do ordenamento jurídico em sua dinâmica normativa na qual os atos processuais constituem-se em realidade pragmática. E quando a tecnologia telemática é aplicada ao fenômeno processual, aí este *empirismo deôntico* há de ser traduzido em proposições lógico-aléticas, sem as quais o computador não é capaz de traduzir a realidade processual em universo digitalizado.

Diferentemente de Kelsen, que não admite a existência de uma lógica jurídica, mas apenas a aplicação da lógica formal para resolver problemas jurídicos,[28] com motivos e visões diferentes, Vilanova e Perelman, dentre outros, provam sua existência. Este último, contudo, considera a lógica jurídica como espécie de *argumentação retórica,* ou seja, como lógica não formalveiculada através de silogismos que, porém, não garantem as respectivas conclusões (entimemas).[29] Lourival Vilanova, contrariamente, a enxerga como lógica que formaliza a linguagem jurídica e expressa a conotação das normas jurídicas, possuindo estruturas formais acolhedoras do objeto deôntico-jurídico. E sendo este objeto deôntico-normativo particular e distinto dos objetos gerais, resta subjacente que as variáveis da norma jurídica, apesar de poderem ser substituídas por fatos naturais, coisas ou pessoas, somente sujeitos-de-direito e condutas jurídicas podem ser valores das variáveis da lógica jurídica.[30]

---

28 Neste sentido, Kelsen já distinguia: "*Por conseguinte, não se pode falar, especificamente, de uma Lógica 'Jurídica'. É a Lógica Geral que tem aplicação tanto às proposições descritivas da Ciência do Direito – até onde a Lógica Geral é aqui aplicável – quanto às prescribentes normas do Direito. Ilmar Tammelo manifestou-o de modo inequívoco. Ele afirma, em sua publicação 'Sketch for SymbolicJuristicLogic', Journalof Legal Education, vol. 8, 1955, p. 278 ss.: 'Lógica Jurídica, como eu a entendo, é Lógica Formal empregada no raciocínio jurídico. Não constitui um ramo especial, mas é uma das aplicações especiais da Lógica Formal*". KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas.* Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1986, p. 349. Esta questão, entretanto, não é pacífica. O próprio Kelsen o admite na página 344 da mesma obra, onde cita o posicionamento contrário de Chaïm Perelman.

29 De fato, consultando Perelman, encontramos a seguinte lição: "*Nada impede, no final das contas, que o raciocínio judiciário seja apresentado sob a forma de um silogismo, mas de tal forma não garante, de modo algum, o valor da conclusão. Se esta é socialmente inaceitável, é porque as premissas foram aceitas levianamente: não devemos esquecer que todo o debate judiciário e toda a lógica jurídica concernem apenas à escolha das premissas que forem mais bem motivadas e suscitem menos objeções. (...) A lógica jurídica, especialmente a judiciária, que procuramos discernir com análise do raciocínio dos juristas, mais particularmente das Cortes de Cassação, apresenta-se, em conclusão, não como uma lógica formal, mas como uma argumentação que depende do modo como os legisladores e os juízes concebem sua missão e da idéia que têm do direito e de seu funcionamento na sociedade*". PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. Tradução de Virgínia K Pupi. São Paulo: Martins Fontes, p. 242-3. Entre nós, Sílvio de Macedo também admite a existência de uma lógica própria do direito. Entende que o principal fator caracterizador da lógica jurídica é a *persuasão*, vejamos: "*A lógica judiciária ou lógica jurídica é uma lógica especial, e não uma lógica formal aplicada ao direito. Seu conteúdo específico é a* persuasão *que é carregada de elementos lógicos e retóricos. Essa lógica é uma verdadeira ciência da persuasão, de grande importância atual não só para a ciência e a filosofia jurídica, mas também para o diálogo interdisciplinar que mantém com as ciências sociais e filosofia da linguagem*". MACEDO, Silvio. *Lógica judiciária I.Enciclopédia Saraiva do Direito*, São Paulo, v. 52, p. 434, março. 1980.

30 VILANOVA, Lourival. *Lógica jurídica*, p. 91-91. Mais adiante, o autor explicita a razão pela qual concebe a existência de uma lógica verdadeira jurídica: "***Dizemos que a lógica é jurídica sem deixar de ser formal porque está vinculada a uma região ou domínio de objetos – as normas jurídicas – e se apresenta como uma formalização da linguagem que serve de expressão aos significados que são as normas. Sendo uma formalização dessa linguagem, a lógica jurídica, por sua vez, é uma linguagem, quer dizer, por mais simbólica (algorítmica) que se construa, sempre seus símbolos fazem referência geral ao domínio dos objetos jurídicos".***Ibidem, p. 111. Partindo do finlandês Von Wright, a quem se atribui o título de criador da lógica deôntica, Arthur José Faveret Cavalcanti também reconhece a existência de uma lógica específica do jurídico: "*A chamada lógica jurídica é uma variação da lógica modal. Para entender em que ela consiste, é preciso, pois, esclarecer o que vem a ser a lógica modal. Simplificando um pouco, a distinção básica entre a lógica elementar e a modal está em que a primeira estuda proposições no indicativo, enquanto a segunda tem por objeto proposições no subjuntivo. As proposições da lógica elementar afirmam o que é, enquanto as estudas pela lógica modal afirmam o que é* possível *ou* necessário *que seja. Assim, enquanto o juízo "todo A é B" pertence à lógica elementar, os juízos "é necessário que todo A seja B" e "é possível que todo A seja B" pertencem à lógica modal. Há, contudo, sistemas de lógica modal que incluem também proposições da lógica elementar. Assim, seria*

Nesta última explicação encontra-se a motivação que adotamos para defender a existência de uma lógica jurídica geral. E é dela que extraímos substratos para concluirmos que a lógica do processo eletrônico é formal, pois parte da linguagem jurídica, que é descrita sob modaisdeônticos, para transformá-la em linguagem computacional cujos conectivos são aléticos. Somente assim, com esta tradução da linguagem jurídica deôntica em alética, que é perpetrada por *softwares* tradutores dotados de inteligência artificial (provando a compatibilidade entre lógica alética e deôntica), é que os computadores capacitam-se para retratar a realidade processual em mídia eletrônica. E o fato de até as máquinas computacionais de última geração terem de recorrer ao alfabeto binário para que o *hardware* possa executar comandos emanados do *software*, não significa isto que apenas proposições jurídicas de dois valores possam ser retratadas na lógica do processo eletrônico. Os programas expertos dotados de inteligência artificial já são plenamente capazes de executar comandos lógicos com proposições de inúmeros valores, e não apenas dois. Concluindo, a lógica do processo eletrônico é do tipo formal, porque transforma a linguagem jurídica deôntica em linguagem jurídica alética expressando os significados e permitindo a concretização das normas jurídicas processuais.

Enfim, a questão da ideologia da decisão judicial constitui-se num problema extralógico, onde se constata que a lógica processual atua na condição de mecanismo serviente à vontade judicial. A questão dos possíveis sentidos decisionais permitidos pelo sistema jurídico, a bem da verdade, reflete o problema contido na tensão existente entre dogma e liberdade, que, segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior, designa mesmo **"...** *uma tensão entre a instauração de um critério objetivo e o arbítrio do intérprete*". E como não se pode admitir que os juízes decidam apenas baseados em suas convicções pessoais, até porque não possuem legitimidade para isso, e, sobretudo, porque se correria o indesejado risco de a sociedade civil cair na balburdia da arbitrariedade jurisdicional, por tudo isso é que se deve vincular as decisões judiciais aos valores contidos nos princípios jurídicos, como quer Tércio: "*deve haver uma interpretação e um sentido que prepondere e que ponha um fim prático à cadeia das múltiplas possibilidades interpretativas*".[31] Assim, apesar de ser possível a construção de interpretações conflitantes e, ao mesmo tempo válidas, não se pode admitir a imposição de valoração pessoal do julgador em detrimento dos valores do Estado Democrático de Direito: nenhum juiz tem poder para decidir contra princípio jurídico ou, maiormente, de norma constitucional. Essa idéia vem cada vez mais ganhando adeptos na atualidade, tanto que sentenças proferidas contra a Constituição não fazem, jamais, coisa julgada material.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002.

ARISTÓTELTES. *Órganon*. Tradução: BINI, Edson. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2005.

---- *Retórica*. Tradução de Alberto Barnabé. Madri: Alianza Editorial, 2002.

BORGES, José Souto Maior. *O contraditório no processo judicial (Uma visão dialética)*. São Paulo: Malheiros, 1996.

CASTRUCCI, Benedito. *Introdução à lógica matemática*. São Paulo: Nobel, 1977.

CARVALHO, Fábio Romeu. *Lógica paraconsistente aplicada em tomadas de decisão. Uma abordagem para a administração de universidades*. São Paulo: Alepf Editora, 2002.

CAVALCANTI, Arthur José Faveret. *A estrutura lógica do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

---

mais exato dizer que enquanto a lógica elementar se exaure no indicativo, a lógica modal compreende o indicativo e o subjuntivo". CAVALCANTI, Arthur José Faveret. *A estrutura lógica do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 319.

31 FERRAZ JÚNIOR. Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 138-142. Os grifos são meus.

COSTA, Newton Carneiro Affonso da; ABE, Jair Minoro; SILVA FILHO, João Inácio; MUROLO, Afrânio Carlos; LEITE, Casemiro Fernando S. *Lógica paraconsistente aplicada.* São Paulo: Atlas, 1999.

HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. Tradução de António Correia. Coimbra: Arménio Amado, 8. embargos de declaração, 1987.

FERRAZ JÚNIOR. Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica.* São Paulo: Max Limonad, 1998.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura.* 4. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas.* Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1986.

LEFEBVRE, Henri. *Lógica formal/lógica dialética*. Tradução por Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.

MACEDO, Silvio. *Lógica III.Enciclopédia Saraiva do Direito*, São Paulo, v. 52, março. 1980.

---- *Lógica judiciária I.Enciclopédia Saraiva do Direito*, São Paulo, v. 52, março. 1980.

MORA, Ferrater, *Dicionário de filosofia.* Tomo 3. São Paulo: Loyola, 2001.

OLIVEIRA, Ana Paula Kanan. *Espécies de tutela jurisdicional.In Elementos para uma nova teoria geral do processo.*Coord: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Porto Alegre: Lael, 1997.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. Tradução de Virgínia K Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

SALDANHA, Nelson. *Ordem e hermenêutica*. Rio de Janeiro: Renovar,1992.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

VILANOVA. *Lógica jurídica*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

---- *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil.*2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

WIENER, Norbert. *Cibernética e sociedade o uso humano de seres humanos*. 5. ed. São Paulo: Cultrix, 1993.

DIREITO PROCESSUAL SOCIAL, MASSIFICAÇÃO DAS AÇÕES E O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS BRASILEIRO

Alexandre Freire Pimentel[1]
Bruna Liana Amorim de Andrade[2]

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Distinguindo: direitos coletivos, difusos e individuais-homogêneos. 3. Das ações individuais homogêneas (plúrimas e singulares). 4. Direito comparado: ações de classe, ações de grupo e o Musterverfahren alemão. 5. Direito processual social e a necessidade de instituição de técnicas processuais de extensão dos efeitos da coisa julgada em demandas individuais homogêneas. 6. O incidente de demandas repetitivas (IRDR). 7. Requisitos de admissibilidade. 8. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O atual Código de Processo Civil foi instituído pela Lei nº 5.869/1973, e entrou em vigor a partir do dia 1º de janeiro de 1974, porém foi estruturado com base numa sistemática de resolução de litígios individuais e tradicionalmente marcado pela rigidez formalista orientada pelo purismo da separação das tutelas.[3] Em paralelo às quatro décadas de sua vigência, o código sofreu dezenas de emendas legais, bem como se submeteu a alterações derivadas da promulgação de emendas constitucionais. Dentre tais câmbios, devem ser destacados os relativos à tentativa de compatibilização do CPC à tutela jurisdicional de interesse coletivo, ainda quando exercitado através de demandas de massa individuais, como aconteceu com a adoção da técnica da expansão do julgamento dos recursos excepcionais repetitivos. Restou sedimentada a consciência acerca da necessidade de criação de técnicas processuais capazes de responder à desenfreada multiplicação do número de litígios no Brasil. Tal fenômeno consistiu numa decorrência de uma equivocada visão, a qual considera que tanto maior será o nível do exercício da cidadania quanto maior for o acesso ao judiciário. A tão festejada teoria do acesso à justiça, sem dúvida, contribuiu para o aumento de demandas no judiciário, o que, não necessariamente, quer significar aumento no índice de acesso à justiça.[4]

Porém, não parece razoável supor que o movimento do acesso à justiça, por si só, tenha sido responsável pelo aumento de procura do judiciário, já que os aspectos sociológicos e, sobretudo, o fator da distribuição de riquezas e esclarecimento da população sobre seus direitos, isto sim, tenham influído verdadeiramente na mitigação do fenômeno da litigiosidade contida. Fato é que a expansão do exercício do direito à tutela jurisdicional, levou ao crescimento dos denomi-

---

1 Pós-doutorado (Universidade de Salamanca – Espanha, com bolsa da CAPES), Doutor e Mestre (FDR-UFPE), Professor Adjunto de Direito Processual Civil da Universidade Católica de Pernambuco e da Faculdade de Direito do Recife (UFPE). Consultor ad-hoc da CAPES. Membro da Associação Norte e Nordeste dos Professores de Processo (ANNEP). Ex-Promotor de Justiça. Juiz de Direito Titular da 29ª Vara Cível do Recife – TJPE.

2 Advogada.

3 Interessa registrar, porém, que o fato de o CPC ter sido subdividido em cinco livros não significa que tenha sistematizado cinco espécies distintas de tutela, pois o livro IV, na verdade, no pertinente à jurisdição contenciosa, cuida de processos de conhecimentos dotados de um rito diferenciado daqueles (ordinário e sumário) regulados no livro I. O livro V, por sua vez, não tratou de regulamentar uma tutela jurisdicional específica, cuidou, sobretudo, do sistema de direito processual intertemporal. Mas, nem por isso deixou de preservar a eficácia de distintos procedimentos instituídos pelo CPC de 1939, mantendo-os vigentes durante a presente ordem processual, como, por exemplo, ocorreu com a ação de dissolução de sociedade empresarial (CPC, art. 1218).

4 Nesse sentido, vide: DANTAS, Bruno. Repercussão geral. Perspectivas históricas, dogmáticas e de direito comparado. Questões processuais. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009, p. 86.

nados litígios de massa, considerando que na sociedade de consumo cada vez mais um número maior de cidadãos passam a exercitar uma mesma classe ou tipo de direito, os quais são caracterizados pelas pretensões individuais que, entretanto, apresentam questões comuns.

Pois bem, em 2004, ocorreu uma tentativa de se minimizar a morosidade da justiça brasileira, com o patrocínio dos Chefes dos Três Poderes, da qual resultou a Emenda Constitucional nº 45, firmando o "*Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais rápido e republicano*", com o intuito de obtenção de uma tramitação rápida e efetiva dos processos e, também, a uniformização das decisões proferidas, em prol da segurança jurídica.

Depois, para reforçar tal desiderato, em 2009, foi firmado o "*II Pacto Republicano de Estado por um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo*". Em decorrência, foi instituída, pelo ato nº 379 do então Presidente do Senado Federal, em 30 de setembro do mesmo ano, uma Comissão de Juristas com o escopo de elaborar Anteprojeto de um Novo Código de Processo Civil, a qual foi presidida pelo atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux, e composta pelos juristas Adroaldo Furtado Fabrício, Bruno Dantas, Elpídio Donizete Nunes, Humberto Theodoro Junior, Jansen Fialho de Almeida, José Miguel Garcia Medina, José Roberto dos Santos Bedaque, Marcus Vinícius Furtado Coelho, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro e Tereza Arruda Alvim Wambier, como relatora-geral dos trabalhos. A Comissão designada apresentou o seu projeto para apreciação, no dia 08 de junho de 2010, que tramitou pelo Senado Federal sob o número PLS 166/2010.

Durante sua elaboração, foram realizadas audiências públicas nas cinco regiões do país, a fim de que houvesse um contato direto, através de discussões de novas ideias e principais problemas do atual ordenamento processual civil brasileiro, com a população e, sobretudo, com os agentes do Direito, magistrados e advogados.

Ainda em 2010, o Projeto chegou à Câmara dos Deputados, com numeração 8046/2010, contendo diversas alterações no texto original.

No referido PLS 166/2010, com a proposta de reduzir o número de processos em trâmite que tratem de questões similares, na onda renovatória em busca de uma justiça célere e efetiva, nos artigos 895 a 906, Seção II, Capítulo VII, foi disposto um novo instituto, inicialmente denominado de "*Incidente de Coletivização*", com redação final de "*Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*", o qual constitui o objeto do presente trabalho.

Uma breve análise histórica da evolução processual leva a uma melhor compreensão da aplicabilidade ao ordenamento jurídico pátrio do referido instituto.

No período inicial do liberalismo, o sistema processual restou caracterizado pela tutela proteção indivíduo em face do poder de império do Estado, com a predominância da autonomia e liberdade das partes privadas. O princípio dispositivo soergueu-se como um verdadeiro corolário desse momento histórico.[5] A propósito, Dierle Nunes acrescenta que: [...] o liberalismo processual acabava criando um sistema degenerado, que facilitava a esperteza da parte mais hábil que conduziu grandes processualistas à construção da visão do processo como um jogo ou uma guerra [...] [6].

Ao final, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas será destrinchado, de acordo com sua formulação no PLS nº 166/10, e posterior PL 8046/2010, em tramitação na Câmara dos Deputados, à luz do artigo 65 da Constituição da República Federativa do Brasil.

Portanto, na idade contemporânea, na primeira fase da evolução processual, tivemos o predomínio das perspectivas liberais econômicas que desaguaram no direito, instrumentalizadas nos princípios da igualdade formal, do dispositivo e da escritura, os quais obstavam de sobremaneira a figura do juiz, que era visto como mero expectador do desenrolar processual[7].

---

5 DIAS JUNIOR, Cláudio Renato Pinho. A (in)adequação do incidente de resolução de demandas repetitivas ao processo jurisdicional democrático. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 30 nov. 2011. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.34741&seo=1>. Acesso em: 14 jan. 2013.

6 NUNES, Dierle José Coelho. Comparticipação e policentrismo: horizontes para a democratização processual civil. 2008. 217 p. – Tese de Conclusão de Programa de Pós-Graduação em Direito. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008, p. 45.

7 JUNIOR, op. cit., p.14.

2. DISTINGUINDO: DIREITOS COLETIVOS, DIFUSOS E INDIVIDUAIS-HOMOGÊNEOS

A partir do parágrafo único do artigo 81 do CDC, a doutrina passou a construir uma taxonomia ternária dos direitos coletivos, pela qual são eles subdivididos em: coletivos (*stricto sensu*), difusos e individuais homogêneos. De fato, há três distintas classes de direitos coletivos, como passaremos a demonstrar.

Os direitos difusos são aqueles representados por interesses transindividuais, de natureza indivisível, cujos titulares são pessoas indeterminadas, porém ligadas por circunstâncias fáticas comuns a todos, razão pela qual também são direitos coletivos. Encontram-se em estado fluido, disperso por toda a sociedade, e, além de se caracterizarem pela indeterminação dos titulares e pela indivisibilidade do objeto, diferenciam-se, também, como percebeu Mancuso, pela tendência à transformação no tempo e no espaço.[8]

Distintamente, os direitos e interesses coletivos, em sentido estrito, apesar de também serem indivisíveis, são aqueles cujos titulares são grupos, categorias ou classes determinadas de pessoas unidas entre si ou com a parte contrária por meio de uma relação jurídica-base. O espectro dos direitos coletivos *stricto sensu,*[9] portanto, é restrito a uma categoria determinada de pessoas, ao passo que nos direitos difusos não é possível determinar-se os respectivos titulares *de per si*, pois que tais direitos pertencem à toda sociedade civil, indistintamente considerada.

Por essa razão, a coisa julgada numa demanda relativa a direitos coletivos *stricto sensu é ultra partes*, porém não é *erga omnes*, ou seja, é *ultra partes* porque a ação é movida com lastro em legitimidade *ad causam* extraordinária, pela qual o ente representativo, como ocorre com os sindicatos, representam uma categoria de pessoas que não participam diretamente da relação processual, a sentença é *ultra partes* precisamente por atingir essas pessoas. Diferentemente, nas demandas relativas a direitos coletivos difusos, que também são exercitadas com base em legitimidade *ad causam* extraordinária, como acontece com a ação civil pública promovida pelo representante do ministério público, a coisa julgada, além de ser *ultra partes*, também é *erga omnes,* na medida em que atinge a todos os integrantes da sociedade civil. De pronto, percebe-se que em relação a essas duas categorias há um traço comum representado pela identificação do exercício da legitimidade extraordinária para a causa. Ao mesmo tempo, entretanto, diferenciam-se em razão da extensão dos efeitos da coisa julgada .

Por sua vez, os direitos individuais homogêneos, estes, apesar de também possuírem uma origem comum, marcada pela homogeneidade de situações jurídicas dos titulares da pretensão, designam um *tertium genus* dos "direitos coletivos", considerando que a sua defesa em juízo tanto pode ser perpetrada individualmente quanto coletivamente.

Na primeira hipótese, cada um dos titulares exercita isoladamente a pretensão por meio de ação individual, caso em que, não ocorre o efeito expansivo da coisa julgada de um para outro demandante, porquanto, propriamente falando, teremos ações individuais com fundamentos idênticos, por isso mesmo denominadas ações individuais homogêneas, ou demandas repetitivas, de massa. Na segunda hipótese, porém, na impede que os entes dotados pela Constituição Federal, ou pela lei, de legitimidade extraordinária possam agir em nome próprio, mas na defesa de um direito 'individual homogêneo', como já consentiram tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça. Ora, se os direitos individuais homogêneos materiais podem ser processualmente demandados através da atuação do ministério público ou de um sindicato, não há como negar que integram a categoria dos direitos coletivos.

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que o artigo 3º, § 1º, I, da lei nº 10.259/2001 (lei dos juizados especiais federais), que expressamente considera três distintas categorias de direitos coletivos, a saber: os direitos difusos, coletivos (*stricto sensu*) e individuais homogêneos, de fato,

8 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses difusos:conceito e legitimação para agir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 137.

9 A expressão 'stricto sensu' presta-se para diferenciar os direitos coletivos que nem se enquadram no conceito de direitos difusos, nem individuais homogêos.

não se incluem na competência dos juizados especiais cíveis federais.[10] No julgamento do conflito de competência nº CC 80398 MG 2007/0037165-0, o STJ admitiu expressamente que os direitos individuais homogêneos podem ser demandados tanto individualmente quanto coletivamente; e que eles somente se excluem da competência dos juizados nessa última hipótese.[11]

Aliás, o TST, escudado na construção pretoriana do STF, já decidiu que até mesmo os sindicatos possuem legitimidade *ad causam* para a promoção da defesa de direitos individuais homogêneos.[12]

Os direitos individuais homogêneos, portanto, enquadram-se na categoria dos direitos coletivos porque sua defesa em juízo pode ser efetivada por entes que gozam da representatividade processual consubstanciada em legitimidade extraordinária. O fato de também poderem ser exercitados isoladamente não os desqualifica como direitos coletivos, até porque também os direitos coletivos, em sentido estrito, por exemplo, também o podem, e, nem por isso, perdem sua qualidade de coletivo.

3. DAS AÇÕES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEAS (PLÚRIMAS E SINGULARES)

Do ponto de vista processual, pode-se destacar que os direitos individuais homogêneos podem ser exercitados isoladamente, em demandas distintas, por cada um dos respectivos titulares, contudo tais demandas são baseadas em fundamentos jurídicos comuns. Nesse caso, teremos demandas de massa estritamente individuais, as quais, no entanto, não excluem as demandas individuais de massa plúrimas, isto é, quando promovidas em litisconsórcio ativo facultativo. Também nesta situação, elas não perdem sua característica individualizante.

Observe-se que as demandas plúrimas litisconsorciadas, não se inserem no âmbito dos denominados direitos coletivos, porquanto estes pressupõem o exercício de direitos através da legitimidade extraordinária. Nessa questão, Leonardo Garcia esclarece que, enquanto o Brasil adota um sistema *ope legis* de outorga de legitimidade rigorosamente taxativo, diferentemente dos Estados Unidos, que preferiram um mecanismo *opeiudicis* para as *classactions,* pelo qual compete ao juiz, diante de cada caso concreto, decidir acerca da representatividade do requerente em relação ao objeto litigioso do processo.[13]

Mas, a recíproca não é necessariamente verdadeira. Noutras palavras, os direitos coletivos caracterizam-se, no plano processual, em especial, em razão do exercício da legitimidade extraordinária, isso é fato, sobretudo porque estamos a falar de um sistema jurídico que, até o presente momento, não regulamentou o incidente de demandas repetitivas. Todavia, nem todo exercício

---

10 Diz o artigo em questão: **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."

11 Ementa: "CONFLITO DE COMPETÊNCIA. VARA FEDERAL E JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. AÇÕES INDIVIDUAIS PROPOSTAS PELO PRÓPRIO TITULAR DO DIREITO. COMPETÊNCIA DOS JUIZADOS. 1. A Primeira Seção desta Corte firmou o entendimento de que a exceção à competência dos Juizados Especiais Federais prevista no art. 3º, § 1º, I, da Lei 10.259/2001 se refere apenas às ações coletivas para tutelar direitos individuais homogêneos, e não às ações propostas individualmente pelo próprios titulares .2. Conflito conhecido para declarar a competência do Juizado Especial Federal". Processo: CC 80398 MG 2007/0037165-0. Relator(a): Ministro CASTRO MEIRA. Julgamento: 11/09/2007 - Órgão Julgador: S1 - PRIMEIRA SEÇÃO. Publicação: DJ 08.10.2007 p. 199. Sem saliência no original.

12 A Sexta Turma reformou acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região (MG) que desqualificou o Sindicato para ajuizar ação que não fosse de interesse direto da categoria. O TRT entendeu que, quando se depara com pedidos de horas extras por motivos diversos e o não pagamento de parcela de adicional noturno, o "que se tem são direitos personalíssimos e ou pessoais do empregado, não como membro da categoria". No entanto, o ministro Maurício Godinho Delgado, relator do processo na Sexta Turma, ressaltou que a "extensão da prerrogativa conferida ao sindicato foi objeto de discussão no STF, tendo sido pacificada a interpretação que a Constituição Federal (inciso III do art. 8º) confere ampla legitimidade às entidades sindicais, abrangendo subjetivamente, todos os integrantes da categoria a que pertencem e, objetivamente, seus direitos individuais homogêneo". RR-99700-26.2001.5.03.0059. in: www.jusbrasil.com.br

13 GARCIA, Leonardo Medeiros. *Direito do consumidor*. 5 ed. Niterói: Ímpetus, 2009, p 375.

de direito em juízo, através de legitimidade extraordinária *ad causam,* estará a designar a presença de um direito coletivo. É que o artigo 6º do CPC admite a substituição processual (legitimação extraordinária) no âmbito da tutela dos direitos individuais. Logo, quando isto se der, o critério em questão não se apresentará eficaz para distinguir as espécies sub análise, porquanto não se cuida de um instituto que se aplique exclusivamente às demandas coletivas.

Assim, melhor nos parece que a distinção entre direitos coletivos e individuais explica-se em razão das características do próprio direito material, pois será este que condicionará o direito processual, e não o contrário.

Perceba-se que, também no plano processual, admite-se que entidades dotadas de legitimidade extraordinária possam agir em juízo na defesa de direitos estritamente individuais, como acontece com o ministério público quando age em nome próprio, mas na defesa de direitos da vítima ou de seus familiares, na execução da sentença penal no cível (CPC, art. 475-N, II c/c art. 566, II).

Distintamente, as demandas de massa, que consistirão no objeto de nosso estudo, são exercitadas por meio de legitimação ordinária, ainda que se trate de exercício de direito litisconsorciado, já que nesse caso cada pretende estará a agir na defesa de direito próprio.

As demandas individuais de massa acarretaram uma indesejada inflação jurisdicional cada vez mais constante e crescente, que, por sua vez, denunciou o inegável despreparo do judiciário para resolver, eficaz e tempestivamente, essa classe de litígios, e isso decorre tanto de problemas estruturais quanto da ausência de meios processuais adequados, capazes de proporcionar um tratamento isonômico e célere, a todos os litigantes que estão na mesma situação jurídica. Logo, uma providência urgente a ser adotada, ainda na sistemática vigente, foi a adaptação dos institutos processuais do CPC de 1973 a essa realidade. A situação de crise a que foi submetido o judiciário, atingiu níveis dramáticos posto que passou a afetar a própria legitimação do poder frente à sociedade civil, como observou Baltazar José Vasconcelos Rodrigues.[14] Ademais, como apropriadamente observou Zavascki, não se pode tratar direitos individuais considerados em sua coletividade da mesma maneira que se tratam os direitos coletivos transindividuais.[15] Assim, era preciso encontrar um mecanismo de tratamento processual coletivo para os direitos individuais homogêneos, já que as formas de tutela de direitos coletivos, difusos e em sentido estrito, não são apropriadas ao tratamento de direitos individuais homogêneos, quando estes são exercitados de maneira dispersa, individual e repetitiva.

Para tanto, o legislador nacional volveu os olhos para o direito comparado, do qual extraiu elementos para conformar a decisão acerca da adoção de um modelo específico, ou se, a partir da análise das distintas possibilidades, poder edificar um sistema hibrido ou até mesmo original. Vejamos, então, alguns desses modelos no direito alienígena.

4. DIREITO COMPARADO: AÇÕES DE CLASSE, AÇÕES DE GRUPO E O MUSTERVERFAHREN ALEMÃO

O sistema inglês constitui-se em fonte jurídica pioneira na regulamentação das ações de grupos de pessoas que se encontram em situação jurídica idêntica. Entretanto, isto não se deu desde os seus primórdios, também lá foi necessário que as situações de fato impusessem alterações substanciais no ordenamento processual inglês. Nesse sistema, os tribunais de direito (*courtoflaw*) não permitiam o instituto do litisconsórcio facultativo, apenas era admitido o litisconsórcio necessário juntamente com a intervenção 'compulsória' de terceiros, quando, neste caso, houvesse ligação direta e imediata com o julgamento. Os tribunais de equidade (*courtsofequity* ou *courtsofChancery*), por seu turno, admitiam uma intervenção litisconsorcial dita 'voluntária', fundada, em especial, na existência de questões em comuns, a qual, na prática, continuava a traduzir uma espécie de intervenção obrigatória, na medida em que todos os que se enquadravam na mesma situação deveriam forçosamente ser chamados a intervir no processo, sob pena de extinção do

14 RODRIGUES, op. cit., p. 96.

15 ZAVASCKI, Teori Albino. Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 32.

feito. Este instituto restou conhecido como *compulsoryjoinderrule* ou *necessarypartiesrule*, no qual todos os intervenientes se tornavam partes no processo.[16]

Pois bem, foi para proporcionar um aperfeiçoamento do *necessarypartiesrule*que foi instituído o *billofpeace*, o qual versava sobre o que na atualidade se denomina de ações representativas, em que um individuo seria responsável por litigar em nome de uma coletividade. No entanto, essa possibilidade estava condicionada às hipóteses de litisconsórcio multitudinário, isto é, aquele no qual o número de litigantes impraticável o normal desenvolvimento do procedimento, mas a sentença proferida na ação representativa fazia coisa julgada *erga omnes*.[17]

Em seguida, logrou destaque, no pertinente à vinculação dos julgamentos e aos seus efeitos o instituto do *absentclassmembers,* pelo qual pessoas que não participavam efetivamente do contraditório passaram a ser atingidas pela sentença. Não obstante, essa inserção automática estava excepcionada caso um indivíduo manifestasse, de forma expressa, o desejo de não ser atingido pelos efeitos da coisa julgada ou, numa segunda hipótese, restringindo esta aos ausentes, sob o fundamento de buscar uma maior eficácia da tutela coletiva. Assim, novos institutos foram buscados, a fim de que pudesse equilibrar *o interesse dos ausentes com as exigências da tutela coletiva.*[18]Foi daí que surgiram as denominadas ações de grupo as quais se constituem em institutos de resolução das demandas coletivas, porém sem adotar a ficção representativa das ações de classe.

As ações de grupo nos Estados Unidos delinearam-se com base em um caso concreto com questões similares às demais demandas individuais e, a partir da análise teórica formulada em face da controvérsia, daí a tese vencedora passa servir para os demais casos idênticos, no entanto, resta preservada a individualidade de cada relação processual. Os membros da coletividade deixam de ser representados fictamente e passam a fazer parte da própria controvérsia, uma vez que a apreciação das questões coletivas se restringiria à fatia em comum das lides. De acordo com Scarpniella Bueno, "A *classaction* do direito norte-americano pode ser definida como o procedimento em que uma pessoa, considerada individualmente, ou um pequeno grupo de pessoas, enquanto tal, passa a representar um grupo maior ou classe de pessoas, desde que compartilhem, entre si, um interesse comum".[19]

Paripassu, no direito inglês, as *Rulesof Civil Procedure* de 1999, que correspondem a um verdadeiro código de processo civil, regulamentaram as 'causas piloto', ou *grouplitigationorder,* pelas quais, elege-seuma ou algumas demandas paradigmáticas (pilotos) com o objetivo de serem decididas antecedentemente às demais, que guardem relação de semelhança litigiosa (de fato e de direito) com elas, estas causas, por sua vez, têm o seu curso procedimental suspenso até que se decidam as eleitas como 'pilotos'; em seguida, o julgamento nelas proferido será estendido e aplicado às demais que se encontravam suspensas.[20]

Na Alemanha há um mecanismo processual de demandas repetitivas assemelhado ao *grouplitigationorder,* intitulado de procedimento-modelo ou padrão (*Musterverfahren*), previsto na Lei de Introdução do Procedimento-Modelo para os investidores em mercado de capitais, o qual foi instituído em agosto de 2005. No sistema alemão, o qual se limita à matéria relacionada com o mercado de capitais, a instauração do procedimento requer expressa provocação das partes, tanto pode ser suscitado pelo autor quanto pelo réu, através de requerimento dirigido ao

---

16 GIDI, Antonio. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos. As ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 41.

17 Assim, como acrescenta Gidi, recorrendo a Calvert e Smit "... a criação das classactions deveu-se à necessidade e conveniência de "contornar" a regra de litisconsórcio necessário de todos os interessados, para que fosse possível fazer justiça nas situações em que tal litisconsórcio não era possível (...) Da mesma forma como a regra geral da presença compulsória de todos os interessados era ditada pela conveniência, o desvio dessa regra também foi ditado pela conveniência". GIDI, op. cit. p. 42.

18 CABRAL, Antônio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas, In: Revista de Processo – v. 147. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,2007, p. 128.

19 BUENO, Cassio Scarpinella.*As classactions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta.In: http://www.scarpinellabueno.com.br/Textos/Class%20actionbrasileiro.pdf*

20 MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional, Temas Atuais de Direito Processual Civil.* 4. v. Coord. MARINONI, Luiz Guilherme. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, pp. 44/46.

juízo de origem no qual ficar clara a repercussão geral que o justifica. O juízo de primeiro grau labora quanto ao juízo de admissibilidade, porém o mérito do incidente é julgado pelo tribunal superior. A admissão do incidente pressupõe, no mínimo, a demonstração do envolvimento de pelo menos dez demandas repetitivas.[21]

Antes da admissão, deve haver a publicação de um cadastro eletrônico, sem ônus para as partes, no qual devem constar especificados os pontos relevantes da causa, tais como pedido, partes e o objetivo do procedimento. A divulgação do cadastro não deve ultrapassar o prazo de quatro meses, período no qual deve haver a habilitação de pelo menos dez demandas similares. Após, haverá a decisão de admissão, a qual não se sujeita a impugnação imediata. Depois, ocorrerá a reunião de processos que possuam similitude de objetos litigiosos (incluindo matéria fática e jurídica) desde que comuns com remessa ao tribunal superior competente. No tribunal ocorrerá a escolha de dois líderes de cada um dos polos da demanda, com a atribuição de representar a todos conjuntamente, sem, no entanto, excluir totalmente a participação dos demais, os quais poderão aditar pontos não abordados pelos líderes. Os demais processos relacionados ao incidente ficarão suspensos até a decisão final.[22]

Esse sistema efetiva-se por meio de legitimação ordinária e, seu principal objetivo, como esclarece Antônio Cabral, é delimitar o âmbito da decisão coletiva, que se limita às questões comuns existentes nas demandas individuais envolvidas. Aqui, ocorre o julgamento de uma única ação cuja decisão expande-se às demais. Enfim, o incidente não será admitido sempre já se encontrar madura para julgamento, bem como quando puder prolongar excessivamente da duração do processo, ou quando se considerar que as questões controvertidas não merecerem consideração de relevância capaz de ensejar a pretendida eficácia coletiva da decisão, ou seja, se restar comprovada a repercussão geral.[23]

Em relação à extensão dos efeitos da coisa julgada aos processos individuais, interessa acrescentar que ela somente incidirá quanto aos feitos que tiverem sido suspensos quando do momento da remessa dos autos à instância superior. Não se aplica às demandas futuras.[24]

5. DIREITO PROCESSUAL SOCIAL E A NECESSIDADE DE INSTITUIÇÃO DE TÉCNICAS PROCESSUAIS DE EXTENSÃO DOS EFEITOS DA COISA JULGADA EM DEMANDAS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEAS

Um aspecto que bem denuncia a ultrapassagem da fase liberal do direito processual, a qual se caracterizou pelo exercício individual dos direitos (legitimidade ordinária), pelo uso da lógica formal silogística com a atividade jurisdicional subsuntiva;[25] pela adoção da técnica de processo dual; pela taxonomia ternária das ações; e por um *standard* de juiz mais assemelhado ao *iudex* do que ao *praetor* romano, que atuava sem o mais mínimo *ius imperium;* para a etapa de direito processual social, consiste na instituição de novas técnicas de exercício da legitimação extraordinária, clamando pela instituição de um regime processual diferenciado a fim de que os efeitos da coisa julgada pudessem atingir terceiros não participantes da relação processual. Diferentemente, o estado social de direito passou se preocupar com a vicissitude de regulamentar o exercício de uma tutela jurídica que não pertencesse apenas ao indivíduo, mas a toda a comunidade.[26] Como prefere Flávio Mafra, foi necessário regulamentar meios processuais de representatividade

---

21 CABRAL, Antônio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas, In: Revista de Processo – v. 147. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,2007, p. 127/133.

22 CABRAL, Antônio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas, In: Revista de Processo – v. 147. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,2007, p. 127/133.

23 CABRAL, Antônio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas, In: Revista de Processo – v. 147. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,2007, p. 127/133.

24 CABRAL, op. cit., p. 142.

25 ADEODATO, João Maurício. Ética e retórica. Para uma teoria da dogmática juridical. São Paulo: Saraiva, 2002, p.261.

26 RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil pública*. DIDIER JÚNIOR, Fredie. (Coord.). *Ações constitucionais*. 2. ed. Salvador: Podivm, 2007, pp. 253-254.

de determinadas corporações por certos indivíduos e, em sucessivo, sobre a representatividade de determinadas classes de pessoas.[27]

Dessa forma, ao mesmo tempo em que se garantem direitos, evita-se o acúmulo desnecessário de demandas judiciais por pessoas que se encontram em situações idênticas ou similares, como acontece com a atuação do ministério público na ação civil pública, o qual, como vimos tanto pode agir na defesa de direitos difusos quanto na dos individuais homogêneos.

Foi nessa senda, que o instituto de direito processual iberoamericano (IBDP) desarrolhou estudos no sentido da criação de um código de direito processual coletivo para a Iberoamérica. A técnica da ampliação da legitimação extraordinária, portanto, presta-se para evitar o fluxo desnecessário de ações em juízo, e, para tanto, já possuímos instrumentos processuais destinados a tal desiderato, como a ação popular e a ação civil pública.[28]

Porém, há situações nas quais há demandas judiciais já promovidas por requerentes que se encontram na mesma situação jurídica, contendo objetos litigiosos idênticos ou similares, e que se repetem num sem número de causas que exigem, *de per si,* uma sentença para cada processo, os quais são propostas, através do exercício da legitimidade *ad causam* ordinária, isto é, os demandantes agem em nome próprio na defesa de direito próprio, porém logram sentenças as mais distintas de procedência e de improcedência, e, dentro de cada classe (de procedência ou de improcedência) tão divergem os conteúdos dos julgados. Isto denuncia que, além do gravame de um sem número de litigantes poderem obter tratamento diferenciado, conquanto estejam em situações idênticas ou similares, o tempo da resolução da demandas protrai-se indefinidamente no tempo.

Tal fenômeno da repetição desenfreada de processos, que possuem o mesmo objeto litigioso, exigiu o desenvolvimento de novas técnicas de extensão dos efeitos da coisa julgada, mas não em relação a terceiros não participantes da demanda, como ocorre com a ação civil pública, e sim no tocante aos demandantes das causas repetidas, isto é, de demandantes de outros processos idênticos ou similares.

A situação agora enfrentada opera-se de maneira diferente da que se verifica nas ações coletivas. Nestas, basta o julgamento da ação proposta no primeiro grau de jurisdição, julgamento de uma única ação, e os efeitos da sentença já atingirão os terceiros não participantes representados pelo exercício da legitimação extraordinária. Contudo, nas causas repetidas não é possível que os efeitos do julgamento de primeiro grau de uma única causa se espraie para atingir outras que tramitam por outros juízos, os quais poderão inclusive ter entendimento jurídico distinto do que julgou primeiramente, ainda que a tese jurídica seja idêntica.

Assim, para evitar que pessoas que se encontrem na mesma situação jurídica logrem tratamento sentencial diferente, fato que fere tanto a isonomia quanto a garantia constitucional da duração razoável do processo, bem como a segurança jurídica, é que foram instituídos mecanismos processuais de extensão dos efeitos do julgamento de um recurso, no âmbito de uma demanda individual, por um tribunal aos demais recursos existentes nas causas repetidas, e que se encontram ainda em andamento.

Perceba-se que não se trata de extensão dos efeitos da coisa julgada em ações coletivas, lastreadas em legitimação extraordinária, mas em causas individuais homogêneas ou simplesmente conexas exercitadas com fulcro na legitimação ordinária.

No Brasil, premido pela crise do tempo na resolução das demandas, o legislador passou cada vez a aproximar-se do sistema da *commom law*à medida que adotou técnicas processuais de abreviação de litígios individuais em prestígio aos precedentes estabelecidos pelos tribunais de superposição nacionais, as quais representam um inequívoco prenúncio da instituição do incidente de demandas repetitivas, como, exemplificativamente, pode-se destacar: o julgamento

---

27 LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, pp. 21-33.

28 Para Ada Pelegrini Grinover, dentre os países adotantes do sistema da *civil law,* o Brasil foi pioneiro no pertinente à regulamentação legal de ações coletivas, sobretudo em relação à proteção do patrimônio ambiental, destacando as leis da ação popular e da ação civil pública como instrumentos legislativos precursores no assunto. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. **Os processos coletivos nos países de *civil law*e *common law:* uma análise de direito comparado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pp. 27.

superantecipado da lide (*prima facie*), introduzido pela lei nº 11.277/2006, nas hipoteses nas quais a matéria de mérito for exclusivamente de direito e, no juízo, preexistirem sentenças de improcedência em casos idênticos (CPC, art. 285-A); a súmula impeditiva de recurso, estabelecida pela lei nº 11.276/2006, pela qual se permitiu ao juiz de primeiro grau a denegacao do rec de apelação, tao somente em face de a sentença apresentar conformidade com os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal ou do Supremo Tribunal de Justiça (CPC, art. 518, §1º); o julgamento de recursos repetitivos, pela técnica de amostragem, criada pela lei nº 11.418/2006, aplicável nos recursos extraordinário e especial, sempre que houver multiplicidade de recursos e se verificar a identidade quanto ao fundamento sobre questões de direito, hipótese na qual haverá a análise de um ou mais recursos paradigmáticos, restando os demais sobrestados até a decisão final, a qual repercutirá sobre os feitos suspensos (CPC Artigo 543-B e 543-C); bem como a adoção da súmula vinculante. Vê-se que todos esses institutos quedam-se diretamente relacionados com o incidente de demandas repetitivas.[29]

6. O INCIDENTE DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR)

O CPC-2015 tem por objetivo primordial a celeridade na resolução dos conflitos, sobretudo no pertinente às demandas de massa. Foi com esse escopo que houve a inserção no ordenamento brasileiro o instituto do "incidente de resolução de demandas repetitivas". Tal procedimento encontrava-se abarcado nos arts. 930 a 941 do projeto do novo código e, uma vez transformado em lei, quedou-se positivado nos arts. 976 a 987. O incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) constitui-se numa efetiva alternativa para a resolução e contenção das ações repetitivas, através da expansão dos efeitos da coisa julgada produzida na demanda decidida, evitando-se, assim, decisões conflitantes e, ao mesmo tempo, produzindo-se decisão única para todas as causas atingidas em tempo real.

Em síntese, o incidente acarreta o agrupamento de processos sob o fundamento de idêntica questão de direito, em similar método com o procedimento de julgamento por amostragem dos recursos repetitivos – Arts. 543-B e 543-C do atual CPC. Mas, distingue-se dentre outros aspectos, em face da possibilidade de instauração em qualquer grau de jurisdição, incluindo demandas que adentraram na fase recursal.

7. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE

Os requisitos para admissão do incidente previstos no art. 930 do Projeto nº 8.046/2010 apresentavam-se nos seguintes termos:

> Art. 930. É admissível o incidente de demandas repetitivas sempre que identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes.

Porém, após o retorno do Projeto ao Senado, o texto final aprovado do NCPC restou estampado no art. 976, dessa forma:

> Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:
>
> I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;

29 A propósito da adoção da súmula vinculante, Leonardo Cunha reconhece que "... constitui importante mecanismo para a racionalização das causas repetitivas. Aliás, um dos requisitos para a edição da súmula vinculante é que haja reiteradas decisões do STF em matéria constitucional, o que demonstra que a súmula vinculante guarda pertinência com as demandas de massa". CUNHA, Leonardo José Carneiro da. As causas repetitivas e a necessidade de um regime que lhe seja próprio. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pouso Alegre, v.25, n.2 - jul/dez 2009, p. 260,.

> II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.
>
> § 1º A desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente.
>
> § 2º Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e deverá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono.
>
> § 3º A inadmissão do incidente de resolução de demandas repetitivas por ausência de qualquer de seus pressupostos de admissibilidade não impede que, uma vez satisfeito o requisito, seja o incidente novamente suscitado.
>
> § 4º É incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva.
>
> § 5º Não serão exigidas custas processuais no incidente de resolução de demandas repetitivas.

Percebe-se que o legislador restringiu o uso do instituto à *questão unicamente de direito* associada ao risco de ofensa à isonomia "e" à segurança jurídica. A sua incidência resume-se às causas cuja matéria fática possa ser confirmada unicamente por meio de prova documental. É comum, no dia-a-dia, essas causas versarem sobre questões previdenciárias, tributárias, seguros de saúde etc, apresentando a mesma tese, em situação fático-jurídica semelhante, diferenciando-se apenas os sujeitos processuais: o autor e réu. Pode-se afirmar, que, essas causas denotam a existência de um "interesse" que ultrapassa o interesse subjetivo dos litigantes, sendo conveniente, e justo, que todos os titulares do mesmo direito logrem tratamento isonômico.

No que diz respeito ao *risco à segurança jurídica*, vê-se que a preocupação do NCPC foi a de proporcionar confiabilidade às decisões judiciais, superando-se o grande problema derivado do fato de o ordenamento jurídico admitir a possibilidade de mais de uma interpretação jurisdicional para a mesma causa, fato que além de malferir o princípio da isonomia também agride a segurança jurídica. Em que pese tal previsão, esse requisito mostra-se de cunho subjetivo, uma vez que competirá ao próprio tribunal presumir a potencialidade de insegurança que as eventuais decisões individuais possam causar.

O art. 933 do Projeto rezava que "O juízo de admissibilidade e o julgamento do incidente competirão ao plenário do tribunal ou, onde houver, ao órgão especial". Entretanto, o Senado Federal alterou a competência para o julgamento do IRDR, restando a questão disposta no art. 978 do NCPC, com a seguinte redação:

> O julgamento do incidente caberá ao órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal.
>
> Parágrafo único. O órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente.

De melhor técnica a redação do Senado, considerando que de acordo com a Constituição Federal, compete aos tribunais dispor sobre sua organização endógena, inclusive sobre a competência de seus órgãos colegiados. Logo, o IRDR deve ser decidido pelo órgão colegiado indicado pelo regimento interno como sendo o competente para uniformizar a jurisprudência do tribunal, mas deve-se registrar que a decisão adotada no IRDR não vinculará os órgãos colegiados do tribunal eventualmente sobrepostos ao indicado no regimento interno como competente para decidir o incidente.

Expliquemos a questão: é possível que um determinado tribunal eleja como competente para julgar o IRDR um órgão colegiado que seja sobreposto às turmas ou câmaras que julgam as apelações e os agravos de instrumento. Nesse caso, restará sobreposto a tal órgão a Corte Especial ou o Pleno, os quais não se submetem, regimentalmente falando, ao caráter vinculativo das decisões dos seus órgãos subpostos. Essa nuance é importante, porque o art. 985 do CPC-2015

prescreve que uma vez julgado o incidente, a tese jurídica adotada será aplicada a "a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região". Mas é curial que tal dispositivo somente se aplica aos órgãos inferiores àquele que julgou o incidente.

Uma vez admitido o IRDR, competirá ao relator adotar as providências previstas no art. 982 do CPC-2015, dentre as quais destacamos o dever de suspender todos os processos pendentes que tramitem pelo território abrangido pela jurisdição do seu tribunal, incluídos os processos coletivos. O efeito da suspensão dos processos pendentes é de índole cogente, eis que o art. 982 usa o verbo "suspender" no modo imperativo, sem qualquer outra opção ao relator, o qual, aliás, deverá comunicar a decisão de suspensão a todos os órgãos jurisdicionais competentes. Entretanto, a suspensão processual acarretada pelo IRDR não impede a concessão de medidas de urgência, cuja apreciação não será procedida pelo relator, mas pelo juiz perante o qual tramitar o processo em que tenha se verificado a situação de perigo de dano.

8. CONCLUSÃO

As considerações aqui colocadas, em nenhum momento, procuraram pôr a termo a discussão sobre o assunto, uma vez que, em razão de ser um novo instituto, não há um posicionamento doutrinário solidificado, tampouco existem precedentes jurisprudenciais pertinentes.

Inserido no PLS 166/2010, o incidente de resolução de demandas repetitivas apresenta peculiaridades que o afasta do procedimento que lhe serviu de inspiração, o *Musterverfahren* tedesco. Seu espoco consiste em promover o célere julgamento de questões isomórficas, com a redução de número de causas que tramitam nos tribunais, e com a uniformização de jurisprudência de caráter vinculante, fatores que traduzem um grande passo adiante na efetividade eficiente da tutela dos direitos no Brasil, visto que prevê a participação da sociedade civil em geral no seu julgamento e a possibilidade de reclamação, em caso da autoridade judiciária inobservar o precedente firmado.

O problema da multiplicação de processos é observado em caráter mundial, atingindo países de diferentes níveis de desenvolvimento, decorrente não só da estrutura econômica atualmente presenciada, mas também da proliferação rápida de informações. Consequentemente, desperta-se a necessidade de evitar que decisões, proferidas por um mesmo órgão, ou órgãos adstritos a um mesmo tribunal, acerca de uma mesma situação, conflitem entre si, colocando em perigo a própria confiança e legitimidade institucional do Poder Judiciário.

Assim, o legislador brasileiro, desde a vigência do atual Código de Processo Civil, vem demonstrando essa preocupação e uma tendência, por meio de diversas alterações já efetuadas, em adotar institutos que visem uma maior celeridade, efetividade e segurança jurídica do sistema processual, como, por exemplo, o julgamento por amostragem de recurso especial e extraordinário e a súmula vinculante.

Assim, reputamos o IRDR como o melhor mecanismo processual apresentado pelo NCPC, com vistas à solução das demandas de massa no Brasil com relevo para a preservação da igualdade e coerência da ordem jurídica, através do julgamento em bloco e construção de uma tese única a ser observada, obrigatoriamente, pelos demais juízos, apesar de considerarmos improvável a diminuição do trabalho jurisdicional. Isto é, a simplificação na resolução desses casos não implicará a diminuição do ajuizamento de demandas no Judiciário. Para tanto, seria válido observar com bons olhos o modelo americano das *classactions*, cujo resultado mostrou-se satisfatório, historicamente, na perseguição desse objetivo.

REFERÊNCIAS

CABRAL, Antônio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas, In: **Revista de Processo – v. 147**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 123-146.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. **O processo civil no direito comparado**. Belo Horizonte: Cultura Jurídica, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Editor Fabris, 1988.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da.**As causas repetitivas e a necessidade de um regime que lhe seja próprio**. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pouso Alegre, v.25, n.2, jul/dez 2009, p. 235-268.

DAMASKA, Mirjan R. **I volti dela giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo**. Torino: Il Mulino, 2003.

DANTAS, Bruno. **Repercussão geral. Perspectivas históricas, dogmáticas e de direito comparado. Questões processuais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

DURÇO, Karol Araújo; CHEHUEN, Éric da Rocha. **O incidente de resolução de demandas repetitivas: uma das propostas centrais do projeto de novo Código de Processo Civil**. *In: Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Volume VIII. p. 539-567. Disponível em http://www.redp.com.br. Acessado em: 31 ago, 2012.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento**. Salvador: Editora JusPodvm, 2012, 12 ed., v.1.

FERNANDES, Ricardo de Carvalho (Org). **Direito Processual Civil**. São Paulo: Editora Método, 2011, Advocacia Pública, v. 4.

GIDI, Antonio. **A Class Action como instrument de tutela coletiva dos direitos**. As ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

JUNIOR, Claudio Renato Pinho Dias. **A (in)adequação do incidente de resolução de demandas repetitivas ao processo jurisdicional democrático**. 2011. 51 p. – Trabalho de Conclusão de Curso de Bacharel em Direito. Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande, 2011.

LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. **Contribuição à teoria da coisa julgada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. Ações Repetitivas e julgamento liminar. **Revista Jurídica**. Porto Alegre: Editora Notadez, v. 55, n. 354, abr. 2007, p. 53-62.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **O Projeto do CPC: crítica e propostas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MENDES, Aluisio Gonçalvez de Castro. **Ações Coletivas no direito comparado nacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, Coleção temas atuais de direito processual civil, v.4.

NUNES, Dierle José Coelho. **Comparticipação e policentrismo: horizontes para a democratização processual civil**. 2008. 217 p. – Tese de Conclusão de Programa de Pós-Graduação em Direito. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008.

OAB PERNAMBUCO ESA. **Projeto do Novo CPC: Texto confrontado com o CPC em vigor**. Outubro, 2011.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação e garantia processual jurisdicional dos direitos fundamentais. In: Oliveira, Marcelo Andrade Cattoni de. Jurisdição e hermenêutica constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 189-225.

RODRIGUES, BALZATAR JOSÉ VASCONCELOS. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: especificação de fundamentos teóricos e práticos e análise comparativa entre as regras previstas no projeto do novo Código de Processo Civil e o Kapitanleger-Musterverfahrensgesetz do Direito Alemão. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, v. VIII, Ano 5, jul. a dez. 2011. p. 98. Disponível em http://www.redp.com.br. Acessado em: 08 de Agosto de 2012.

TARUFFO, Michele. ***La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi***. Bologna: Il Mulino, 1980, p.9

TARUFFO, Michele. Cultura e processo. ***Rivista trimestrale di diritto e procedura civile***, Milano, v. 61, n.1, p.72, mar. 2009.

A DEFESA DO RECLAMADO EM FACE DAS NORMAS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Fábio Túlio Barroso[1]
Lucas Barbalho de Lima[2]

SUMÁRIO: 1. Considerações introdutórias sobre o novo código de processo civil de 2015. 2. A instrumentalidade do processo do trabalho. 3. As mudanças no novo CPC que impactarão no processo do trabalho. 4. Considerações finais. Referências.

1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

"O processo para ser grande, (antes) precisa ser pequeno"[3]

O Novo Código de Processo Civil, Lei n.º 13.105, foi sancionado em 16 de março de 2015 e entrará em vigor após o período de 01 (um) ano de *vacatio legis,* segundo o artigo 1.045, do NCPC[4], ou seja, a vigência das novas regras processuais apenas começará em 17 de março de 2016, enquanto isso, esse período de vacância é essencial para que todos os operadores do Direito se apropriem do conhecimento das mudanças que impactarão de forma significativa nos procedimentos a serem observados para a obtenção da prestação jurisdicional.

E não serão poucas as mudanças relativas aos procedimentos no campo do Processo Civil, pois muitos institutos foram criados pelo novel diploma, outros foram suprimidos, e muitos sofreram mudanças, como por exemplo, a audiência obrigatória de conciliação, a contagem do prazo em dias úteis, a valorização dos precedentes jurisprudenciais em detrimento da legislação, a resignificação do contraditório e da ampla defesa, a cooperação processual, os elementos objetivos que o magistrado deverá observar ao fundamentar decisões, a ordem cronológica dos processos que serão despachados e sentenciados, a supressão de recursos e a concentração dos atos de defesa, entre muitas outras mudanças, dispostas em mais de 1.000 artigos.

---

1 FÁBIO TÚLIO BARROSO. Pós-doutor em Direito pela Universidad de Granada, Espanha. Doutor em Direito pela Universidad de Deusto, Bilbao, Espanha. Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade Católica de Pernambuco -UNICAP. Presidente Honorário da Academia Pernambucana de Direito do Trabalho - APDT. Membro do Instituto dos Advogados de Pernambuco - IAP. Professor da UNICAP (graduação e PPGD). Professor da Faculdade de Direito do Recife - FDR, da Universidade Federal de Pernambuco – UFPE (graduação e PPGD). Professor da FACIPE. Professor da Escola Superior da Magistratura Trabalhista da 6ª Região (Especialização em Direito Judiciário e Magistratura do Trabalho). Líder do Grupo de Pesquisa cadastrado no CNPQ: Efetividade das normas trabalhistas na pós-modernidade. Advogado.

2 Mestrando pela Universidade Católica de Pernambuco (2014). Pós-graduado em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário pela Universidade Candido Mendes/RJ (2013). Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (2011).

3 Frase do Professor Doutor Sérgio Torres Teixeira, bastante utilizada na disciplina Teoria Geral do Processo, no Programa de Pós-Graduação em Direito, na Universidade Católica de Pernambuco, em 2014. O pensamento valoriza a instrumentalidade do processo, devendo este ser um meio (e não o principal embate entre as partes) para obtenção da prestação jurisdicional.

4 Art. 1.045. Este Código entra em vigor após decorrido 1 (um) ano da data de sua publicação oficial.

O "Código Fux"[5] avança em muitos aspectos em relação ao Código de Processo Civil de 1939 e em relação ao Código de Processo Civil de 1973, entre outros aspectos, a própria fase de formação do Código, posto que os sistemas processuais anteriores foram produzidos em períodos de autoritarismo, respectivamente, Estado Novo e Ditadura Militar, o que impediu uma participação ampla de diferentes setores da sociedade, como as associações dos magistrados, a Ordem dos Advogados do Brasil, doutrinadores especializados, professores de Direito, alunos e jurisdicionados.

O Novo Código de Processo Civil contou com a realização de diversas audiências públicas, tendo sido realizada em Recife em outubro de 2011, o que possibilitou a aproximação da Comissão de Juristas, presidida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux, de estudantes, advogados, juízes, desembargadores, servidores e interessados de um modo geral que participaram com sugestões e críticas ao pré-projeto que iniciou o caminho legislativo no Senado Federal em 2009, por iniciativa do presidente daquela casa legislativa, José Sarney.

Por outro lado, o Novo Código de Processo Civil tem recebido duras críticas, dentre outras, destacam-se duas: (a) O Processo Judicial Eletrônico – PJE é uma realidade em muitas comarcas e não há dúvidas que em pouco tempo será um meio obrigatório para propor e defender-se em demandas judiciais. Na Justiça do Trabalho, o meio eletrônico é obrigatório desde 2013 em muitas comarcas, apesar disso são poucos os dispositivos que se referem ao processo eletrônico e, dentre os poucos, não possuem relevância, posto que tratam apenas de questões genéricas que não servirão para orientar o aplicador em dirimir questões processuais relativas ao processo eletrônico e (b) As mudanças relacionadas à fundamentação da decisão, posto que o legislador elencou vários critérios que o julgador deverá observar para proferir sua decisão, obrigando o magistrado a enfrentar todas as causas de pedir da petição inicial, proibindo-o de utilizar fundamentos que "poderiam ser utilizados em outros processos", além de ser obrigado a acompanhar entendimento jurisprudencial do tribunal ao qual o magistrado faça parte, em detrimento da própria lei ou do convencimento próprio magistrado. Não há dúvidas que essas medidas não estão comprometidas com a celeridade processual e nem com a segurança jurídica, além disso, o fortalecimento dos precedentes jurisprudenciais engessa o direito, impedindo a superação de paradigmas já adotados pela jurisprudência, ou seja, perdeu-se a oportunidade de avançar muito mais, no que se refere à celeridade processual[6].

Os Princípios Constitucionais foram trazidos pelo legislador para o texto do Novo Código, tais como: Princípio da Razoável Duração Processual, Dignidade da Pessoa Humana,Proporcionalidade, Razoabilidade, Legalidade, Publicidade eEficiência. Além disso, foram inseridos no NCPC o dever de cooperação entre as partes, a obrigatoriedade das audiências de tentativa de conciliação, a contagem dos prazos em dias úteis, a suspensão dos prazos entre o dia 20 de dezembro ao dia 20 de janeiro, o redução no sistema recursal, enfim, são importantes avanços que o novo código de processo civil provocará "no processo civil".

Importante registrar que muitas das mudanças trazidas pelo Novo Código de Processo Civil não serão aplicadas no processo do trabalho, pois este sistema processual é muito mais célere e eficiente que o Processo Civil. Além disso, o Processo do Trabalho influenciou significativamente o NCPC, em vários institutos.

Além disso, a CLT, sendo diploma especial, e tendo criado um microssistema jurídico, contemplou regras processuais específicas das aplicáveis no processo comum, com o objetivo de simplificar e tornar mais eficiente o processo trabalhista, bem como de fazer vigorar, também no Processual do Trabalho, o caráter tutelar do Direito Material do Trabalho. Pois sabemos que a grande quantidade dos demandantes no processo do trabalho são trabalhadores que estão pleiteando verbas de natureza salarial e que deveriam ter sido pagas pelo empregador, comprometendo a sobrevivência do jurisdicionado.

---

5 Como a doutrina refere-se ao Novo Código de Processo Civil, em razão dos trabalhos terem sido capitaneados pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça que em seguida foi nomeado ao Supremo Tribunal Federal. Foi Presidente da Comissão de Juristas designada pelo Senado Federal para elaborar o anteprojeto do novo Código de Processo Civil em 2009.

6 Tal situação já havia sido denunciada anteriormente como uma forma de admitir no processo brasileiro uma forte influencia do direito anglo-saxão. Vide; BARROSO, Fábio Túlio. Extrajudicialização dos conflitos de Trabalho: São Paulo, LTR, 2010.

Sendo assim, o Processo do Trabalho foi o primeiro diploma legal a se aproximar da teoria da instrumentalidade do processo da doutrinadora Ada Pellegrini Grinover.

A previsão contida no art. 769 da CLT foi chamada pela doutrina de "cláusula de contenção das normas do Processo Civil", funcionando tal qual uma "válvula", que, em cada caso concreto, pode ser mantida hermeticamente fechada ou ser aberta pelo intérprete ou pelo julgador.

Com as reformas da legislação processual, principalmente, nos anos de 2005 e de 2006, dentre outras, a situação foi modificada, passando o Processo Civil comum a trazer uma série de disposições que permitiram alcançar maior efetividade na prestação jurisdicional e reduzir a duração do processo, aproximando-se do Processo do Trabalho.

O objetivo do presente texto é buscar identificar quais as mudanças provocadas com o Novo Código de Processo Civil provocarão mudanças na defesa do réu no Processo do Trabalho.

Quanto ao método de abordagem, este será o dedutivo, iniciando-se com uma análise acerca do Novo Código de Processo Civil, sendo seguida pelo estudo da instrumentalidade do Processo do Trabalho e, depois, identificar pontos específicos da defesa do réu no Processo do Trabalho que sofrerão mudanças.

Em relação à interpretação jurídica, será utilizado o método sistemático, posto que não se objetiva desassociar o presente tema da ciência do Direito, tratando-se de um sistema ordenado e inter-relacionado. E, em relação à técnica utilizada será o estudo e análise de fontes legais, essencialmente e doutrinária sobre a temática.

2. A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO DO TRABALHO

> Não se justifica, nessa quadra da ciência processual, pôr ao centro das investigações a polêmica em torno da natureza privada, concreta ou abstrata da ação; ou as sutis diferenças entre a jurisdição e as demais funções estatais, ou ainda a precisa configuração conceitual do *jus excepcionis* e sua proposta assimilação à ideia de ação. O que conceitualmente sabemos dos institutos fundamentais deste ramo jurídico já constitui suporte suficiente para o que queremos, ou seja, para a construção aos resultados práticos desejados. (DINAMARCO, 2009, p.23).

Antes do surgimento da Consolidação das Leis do Trabalho em 1943, as leis trabalhistas eram totalmente esparsas e específicas criadas pelo Poder Legislativo ou por atos do Poder Executivo, é certo que essa descentralização não contribuía com o conhecimento da norma, pois dificultava o conhecimento dos direitos pelos trabalhadores e dos deveres pelos empregadores e, vise e versa, causando por vezes uma insegurança jurídica.

Ocorre que no momento em que a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT foi criada, estava em vigor o Código de Processo Civil de 1939 que, para muitos doutrinadores era considerado um sistema jurídico avançado, célere e informal, portanto, não precisou o legislador repetir as mesmas regras que já estavam regulamentadas no Código de Processo Civil.

> No campo do Direito Comum, estava em vigor o Código de Processo Civil de 1939, que era inspirado pelos princípios da oralidade, da concentração dos atos e da identidade física do juiz, mas que tinha grande influência positivista. (KOURY, 2012, p.255)

O legislador criou poucas regras de processo do trabalho e estabeleceu no artigo 769, da CLT, o seguinte:

> Art. 769 - Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.

Nesse sentido, a doutrina especializada se posicionou, ao entender que o modelo processual trabalhista é especial e específico, como se tem:

> A CLT, sendo diploma especial, e tendo criado um microssistema jurídico, contemplou regras processuais diversas das aplicáveis no processo comum, com o precípuo objetivo de simplificar e tornar mais eficiente o processo trabalhista, bem como de fazer vigorar, também no Direito Processual do Trabalho, o caráter tutelar do Direito Material do Trabalho, tendo sido o primeiro diploma legal a aproximar-se da moderna teoria da instrumentalidade do processo. (KOURY, 2012, p.256)

Logo, em que pese o conteúdo da norma presente no art. 769 consolidado, pela própria sistematicidade do diploma processual, que necessariamente possui normas próprias e específicas para tratar da matéria trabalhista, a aplicação das normas processuais civis não poderão ficar adstritas ao conteúdo antitético apenas daquele título e sim, na sua interpretação sistemática, a tudo o que for contrário ao conteúdo especial trabalhista, de acordo inclusive, com o teor do art. 9º consolidado, que define ser nulo de pleno direito tudo o que vier a contrariar os preceitos contidos no diploma.

Ocorre que o processo civil precisou regulamentar mais situações que surgiram nas relações jurídicas e em 1973 surgiu o segundo Código de Processo Civil, de 1973, e consequentemente, o processo do trabalho passou a utilizar apenas as regras que possuía compatibilidade com o processo do trabalho, naturalmente.

No Código de Processo Civil de 1973 foram verificadas muitas mudanças ao longo dos anos, o que se denomina de "ondas de reforma" e nelas estava evidente a perspectiva da celeridade e efetividade, já presente no processo do trabalho.

Deste modo, o processo do trabalho nos últimos anos estava influenciando as mudanças que ocorreram no processo comum e com o Novo Código de Processo Civil não é diferente, apenas para exemplificar: as audiência de conciliação obrigatória, a distribuição dinâmica do ônus da prova, a redução de recursos, as férias forenses, a concentração de atos, entre outros.

Ademais, tendo em vista os princípios processuais do direito do trabalho e os princípios do direito material do Trabalho de ampliar e avançar na proteção de direitos e garantias, o termo "omissão" passou a ser interpretado para que quando não houvesse omissão, mas que houvesse no processo comum, situação mais vantajosa, deveria ser aplicada em detrimento do processo do trabalho, sendo este o entendimento sustentado por parte da doutrina.

> "Ora, se o princípio é o da melhoria contínua da prestação jurisdicional, não se pode utilizar o argumento de que há previsão a respeito na CLT, como forma de rechaçar algum avanço que tenha havido nesse sentido no processo comum, sob pena de se negar a própria intenção do legislador ao fixar os critérios de aplicação subsidiária do processo civil.
>
> Notoriamente, o que se pretendeu (daí o aspecto teleológico da questão) foi impedir que a irrefletida e irrestrita aplicação das normas do processo civil evitasse a maior efetividade da prestação jurisdicional trabalhista que se buscava com a criação de um procedimento próprio na CLT (mais célere, mais simples, mais acessível). Trata-se, portanto, de uma regra de proteção, que se justifica historicamente. Não se pode, por óbvio, usa a regra de proteção do sistema como óbice ao seu avanço. Do contrário, pode-se ter um processo civil mais efetivo que o processo do trabalho, o que é inconcebível, já que o crédito trabalhista merece tratamento privilegiado no ordenamento jurídico como um todo. Em suma, quando há alguma alteração no processo civil o seu reflexo na esfera trabalhista só pode ser benéfico, tanto sob o prisma do processo do trabalho quanto do direito do trabalho, dado o caráter instrumental da ciência processual". (SOUTO MAIOR, 2006, p.920-921)

Paralelamente, analisando o surgimento e o amadurecimento da dinâmica processual, identifica-se que antes de tornar-se independente como um ramo do direito, o processo era classificado e contido como integrante do próprio direito material. Contudo, com o aumento da com-

plexidade das relações e, principalmente, da resignificação do Estado e do seu papel na promoção da Justiça Social, consequentemente, o processo passou a ser considerado como uma maneira de tornar a prestação jurisdicional estatal mais segura e previsível.

E foram as significativas mudanças na concepção entre o cidadão e o Estado que o processo passou a ser resignificado, recebendo a importância e independência necessária. Sobre esse surgimento da independência científica do processo, registra Cândido Rangel Dinamarco que:

> "as transformações políticas e sociais havidas na Europa desde o século anterior tinham sido capazes de alterar a fórmula das relações entre o Estado e o indivíduo, com a ruptura de velhas estruturas – e isso foi responsável pelas primeiras preocupações em definir os fenômenos do processo, onde assoma a figura do juiz como agente estatal, a partir de premissas e conceitos antes revelados à ciência dos estudiosos que se debruçavam sobre o direito *judiciário civil* (mera *procédure*)" DINAMARCO, 2009, p. 17-18)

É certo ainda que desde o surgimento, muitas mudanças ocorreram com o processo e muita importância passou a ser dada ao procedimento como uma busca de segurança, entretanto, assiste-se nos últimos anos uma valorização do formalismo em detrimento da celeridade e, consequentemente, muitos processos duram mais tempo discutindo questões processuais do que relativas ao direito material de um jurisdicionado, inclusive no âmbito trabalhista, dada a subversão da subsidiariedade pela dependência muitas vezes do processo do trabalho ao processo comum.

Neste contexto, verifica-se atualmente um importante momento de transição entre um sistema processual criado em 1973 que é considerado pela doutrina como um sistema essencialmente formal e pouco célere, privilegiando mais a segurança jurídica, para um sistema mais contemporâneo, que depende mais, ainda que de maneira formal e teórica da cooperação dos sujeitos processuais para a efetividade da prestação jurisdicional. Importante registrar que as mudanças serão totalmente inúteis se não houver uma mudança na mentalidade e na cultura dos advogados, promotores e magistrados se relacionam com o processo e entre seus respectivos papéis no andamento processual.

Atualmente não é difícil perceber que quando um litigante está no polo ativo do processo, o que se deseja é a celeridade a qualquer custo, atropelando inclusive o contraditório e a ampla defesa, entretanto, se o mesmo litigante estiver no polo passivo de uma demanda judicial, o que se deseja é que o processo dure anos e que o direito do autor pereça em cima da mesa (ou dentro de uma gaveta) do magistrado.

Contudo, não se pode ter duas concepções sobre o processo dependendo da posição onde se encontra, sendo necessário um compromisso ético de cada operador com um processo rápido, seguro e, principalmente, efetivo e eficiente.

3. AS MUDANÇAS NO NOVO CPC QUE IMPACTARÃO NO PROCESSO DO TRABALHO

Conforme restou aprofundado no item anterior, o Processo Civil é aplicado quando há omissão e compatibilidade no Processo do Trabalho, sendo uma fonte subsidiária, deste modo, é importante para os operadores do direito do trabalho conhecerem as mudanças provocadas com o novo código.

Primeiramente, merece crítica o disposto no artigo 15[7], do NCPC, posto que estabelece que o processo comum será aplicado de forma supletiva ao Processo do Trabalho, o que significa dizer que será aplicado nos casos de omissão, entretanto, o dispositivo 769, da CLT, é claro em condicionar a aplicação na ocorrência não apenas de omissão, mas principalmente de compatibilidade.

---

7 Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

Além disso, uma regra de aplicação é criada pelo sistema jurídico internamente e não por um sistema jurídico externo, ou seja, as regras de aplicação e compatibilidade do Processo Civil no Processo do Trabalho devem ser estabelecidas por este e não por aquele. Portanto, o Novo Código de Processo Civil apenas será aplicado nos casos em que houvercompatibilidade.

Nesse aspecto se verifica uma inversão da lógica legislativa em descompasso com as matérias que deverão ser objeto de aplicação das normas processuais, como se tem da lavra de Souto Maior:

> (...) O mais grave foi integrar os estudos do processo do trabalho à linha dos estudo do processo civil. Ora, o processo é instrumento de efetivação do direito material. E se o direito material ao qual o processo civil está voltado é o direito civil, com uma lógica pretensamente liberal, é óbvio que o processo civil reflete esse sentimento.
>
> Além disso, se o modelo capitalista concedeu a possibilidade do advento do Direito do Trabalho, que é, em certo sentido, uma visão reduzida da concessão feita pelo sistema à ordem jurídica, é mais que evidente que a instrumentalização desse direito não pode ser feita pela lógica liberal que invade o processo civil. (SOUTO MAIOR, JORGE LUIS, 2015, p. 161).

Não obstante a este equívoco de ordem legislativa, o que representa uma visão centralista do processo civil em relação ao processo do trabalho, mas também perante os encadeamentos processuais de natureza administrativa e eleitoral, talvez fruto do momento,existem situações em que haverá alteração procedimental no tocante à apresentação da defesa do réu nas reclamações trabalhistas, como é trazida à baila as seguintes situações:

3.1 Reconvenção

No que se refere à defesa do réu, é importante lembrar que o termo "defesa" é gênero do qual, contestação, exceção e reconvenção são espécies, portanto, ao demandado é possível defender-se de várias maneiras.

Por sua vez, a Reconvenção trata-se como uma espécie de contra-ataque do demandado contra o demandante e que pode ocorrer na mesma relação jurídica. Para alguns doutrinadores como Mizael Montenegro Filho, a natureza da Reconvenção é de ação autônoma, em que pese a sua topografia no Código de Processo Civil de 1973 ser no capítulo referente à resposta do réu.

> Não obstante a posição topográfica do instituto, é notável que a reconvenção apresenta a natureza jurídica de ação autônoma, tanto assim que a petição que a inaugura deve preencher os requisitos do art. 282, próprios da petição inicial, independentemente do seu rito processual, com exceção do previsto em seu inciso VII, já que o chamamento do autor, visando à apresentação da resposta, não ocorre através da citação, mas da intimação (art. 316), devendo ser ainda destacado que se prove a sua autonomia, que a extinção da ação principal não obsta a que a parte que ingressou com a reconvenção obtenção jurisdicional através de sentença. (MONTENEGRO FILHO, 2010, p. 346)

A apresentação da reconvenção é facultativa a aquele demandado que possui uma pretensão em desfavor do demandante, ou seja, caso não seja apresentada, não precluirá o direito do demandado em propor ação judicial, que seria distribuída por dependência à primeira demanda.

Ademais, segundo o artigo 299[8], do CPC/73, a reconvenção e a contestação devem ser apresentadas simultaneamente, ou seja, ao mesmo tempo, e de forma autônoma, portanto, não sendo possível concentrar as razões da Reconvenção e da Contestação, apesar de serem ma-

---

8 Art. 299. A contestação e a reconvenção serão oferecidas simultaneamente, em peças autônomas; a exceção será processada em apenso aos autos principais.

nifestações de uma mesma parte, no mesmo momento processual sobre os termos arguidos na petição inicial.

Segundo Mizael Montenegro Filho, o instituto da Reconvenção representauma tentativa de racionalizar a prestação jurisdicional, e nesse sentido, o novo CPC objetiva a diminuição de formalidades desnecessárias, autorizando no artigo 343[9], do NCPC, que a Reconvenção seja manejada na própria peça de defesa, portanto, autorizando a concentração de atos praticados na defesa do demandado, assemelhando-se ao pedido contraposto atualmente presente no código de ritos, do art. 268, §1º[10].

Portanto, tendo em vista que a concentração de atos da defesa do demandado provocam uma simplificação e a superação de uma mera formalidade para apresentação de duas petições pela mesma parte no mesmo momento processual sobre o mesmo processo, para serem juntadas nos mesmos autos, deste modo, a alteração na Reconvenção no Processo Civil provocará mudanças no Processo do Trabalho.

3.2 Incompetência Relativa

> Ao lado da espécie clássica de defesa (contestação) e da de ataque (reconvenção), a lei disciplina manifestação processual que possibilita a resolução de determinada questão pendente, sem acarretar a extinção da fase de conhecimento com ou sem a resolução de mérito. (MONTENEGRO FILHO, 2010, p339)

As exceções processuais foram criadas com a finalidade de afastar a imparcialidade do magistrado ou a sua incompetência para atuar no processo, podendo ser uma das seguintes espécies: Incompetência Relativa, Impedimento ou Suspeição.

Importante registrar que as exceções não ensejam na formação de um novo processo, por isso, não estão obrigadas a observarem os requisitos informados no artigo 282, do CPC, assim como não há condenação em pagamento de honorários advocatícios.

Dessa forma, "a incompetência relativa é o instrumento jurídico-processual que objetiva o reconhecimento da incompetência relativa do juizque conduz a demanda principal, em razão do valor ou do território." (MONTENEGRO FILHO, 2010, p. 340).

No Processo do Trabalho é bastante comum a arguição de Exceção de Incompetência Relativa quando a Reclamação Trabalhista não foi proposta na comarca competente para julgamento da lide em razão do território, ou seja, quando não são observados os requisitos dispostos no artigo 651[11], da CLT.

---

9 Art. 343. Na contestação, é lícito ao réu propor reconvenção para manifestar pretensão própria, conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa.
§ 1º Proposta a reconvenção, o autor será intimado, na pessoa de seu advogado, para apresentar resposta no prazo de 15 (quinze) dias.
§ 2º A desistência da ação ou a ocorrência de causa extintiva que impeça o exame de seu mérito não obsta ao prosseguimento do processo quanto à reconvenção.
§ 3º A reconvenção pode ser proposta contra o autor e terceiro.
§ 4º A reconvenção pode ser proposta pelo réu em litisconsórcio com terceiro.
§ 5º Se o autor for substituto processual, o reconvinte deverá afirmar ser titular de direito em face do substituído, e a reconvenção deverá ser proposta em face do autor, também na qualidade de substituto processual.
§ 6º O réu pode propor reconvenção independentemente de oferecer contestação.

10 Art. 278. Não obtida a conciliação, oferecerá o réu, na própria audiência, resposta escrita ou oral, acompanhada de documentos e rol de testemunhas e, se requerer perícia, formulará seus quesitos desde logo, podendo indicar assistente técnico.
§ 1º É lícito ao réu, na contestação, formular pedido em seu favor, desde que fundado nos mesmos fatos referidos na inicial.

11 Art. 651 - A competência das Juntas de Conciliação e Julgamento é determinada pela localidade onde o empregado, reclamante ou reclamado, prestar serviços ao empregador, ainda que tenha sido contratado noutro local ou no estrangeiro.

Enquanto que o Código de Processo Civil de 1973, o artigo 301[12] indicava todas as hipóteses que podiam ser arguida em preliminar e a incompetência relativa não era uma das hipóteses. Por outro lado, o artigo 64[13], do NCPC, restou incluído no rol de hipóteses de preliminares a Incompetência Relativa, permitindo que o demandado arguisse a incompetência relativa em preliminar, tornando desnecessária a apresentação de uma peça autônoma a ser juntada no mesmo processo.

Deste modo, a mudança referente à Exceção de Incompetência Relativa no Novo Código de Processo Civil será sim aplicada ao Processo do Trabalho, pois está comprometida com a efetividade, com a celeridade, posto que concentra atos que compatíveis de serem arguidos na defesa do demando.

Ademais, coaduna-se com o princípio da simplicidade presente no processo do trabalho, facilitando o conhecimento da situação limitativa ao conhecimento do mérito.

3.3 Informar Endereço Eletrônico na Contestação

Todos os requisitos que deverão ser observados pelo autor na petição inicial também deverão ser observados pelo réu, posto que o direito de defesa nada mais é do que o direito de ação em sentido contrário, guardadas as suas diferenças.

Deste modo, tendo o legislador indicado no artigo 319[14], do NCPC, como requisito da petição inicial o dever de informar o endereço eletrônico, logo, o mesmo dever deverá ser observado pelo demandado ao apresentar a defesa.

Importante consignar que atualmente, no Processo Judicial Eletrônico da Justiça do Trabalho já existe uma ferramenta no momento do cadastro para preenchimento do endereço eletrônico da parte e se há preferência pela intimação eletrônica em detrimento da intimação postal.

Naturalmente que esta situação somente poderá ser exigida, por absoluta razoabilidade se as partes efetivamente tiverem conhecimento dos respectivos endereços eletrônicos, sob pena, inclusive da imputação da litigância de má-fé.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

---

§ 1º - Quando for parte de dissídio agente ou viajante comercial, a competência será da Junta da localidade em que a empresa tenha agência ou filial e a esta o empregado esteja subordinado e, na falta, será competente a Junta da localização em que o empregado tenha domicílio ou a localidade mais próxima.
§ 2º - A competência das Juntas de Conciliação e Julgamento, estabelecida neste artigo, estende-se aos dissídios ocorridos em agência ou filial no estrangeiro, desde que o empregado seja brasileiro e não haja convenção internacional dispondo em contrário.
§ 3º - Em se tratando de empregador que promova realização de atividades fora do lugar do contrato de trabalho, é assegurado ao empregado apresentar reclamação no foro da celebração do contrato ou no da prestação dos respectivos serviços.

12 Art. 301. Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar:
I - inexistência ou nulidade da citação; II - incompetência absoluta; III - inépcia da petição inicial;IV - perempção; V - litispendência; VI - coisa julgada; VII - conexão; VIII - incapacidade da parte, defeito de representação ou falta de autorização; IX - convenção de arbitragem; X - carência de ação

13 Art. 64. A incompetência, absoluta ou relativa, será alegada como questão preliminar de contestação.

14 Art. 319. A petição inicial indicará:
I - o juízo a que é dirigida; II - os nomes, os prenomes, o estado civil, a existência de união estável, a profissão, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoaurídica, o endereço eletrônico, o domicílio e a residência do autor e do réu; III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido; IV - o pedido com as suas especificações; V - o valor da causa; VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados; VII - a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação.

O Novo Código de Processo Civil que entrará em vigor em 17 de março de 2016 provocará muitas mudanças no Processo Civil, entretanto, muitas delas foram influenciadas pelo Processo do Trabalho, sendo assim, são poucas as mudanças que provocarão no Processo do Trabalho, havendo inclusive doutrinadores que assumem a posição de que nada será aplicado ao Processo do Trabalho.

Essa análise entre o Processo do Trabalho e o Processo Civil decorre da natureza subsidiária deste último em relação ao primeiro, levando-se em conta a matéria especial que é discutida no processo do trabalho, em comparação como o direito comum e processual comum.

Em que pese a centralização do processo civil em comparação com o processo do trabalho, em face do conteúdo do art. 15 do NCPC, na prática não poderá haver uma desconstituição dos procedimentos trabalhistas para a efetivação da teleologia processual comum no processo do trabalho, devendo ser utilizado apenas como um auxílio à sistematicidade especial.

Com o Novo Código de Processo Civil, muitas mudanças ocorreram na defesa do réu, como a realização de audiência obrigatória, a concentração de atos, a valorização da conciliação na primeira fase processual.

Por outro lado, poucas mudanças influenciarão o processo do trabalho, entre elas, o concentração da defesa, da Reconvenção e da Incompetência Relativa, não sendo mais necessário que seja apresentada em petições autônomas, posto que podem ser topificadas como "preliminar", conforme o Novo Código de Processo Civil.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Fábio Túlio. Extrajudicialização dos conflitos de Trabalho: São Paulo, LTR, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil,

1988. Disponível em<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 29

Junho de 2015.

BRASIL. Código de Processo Civil (1973). Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: 29 de

Junho de 2015.

BRASIL. Consolidações das Leis Trabalhistas (1943). Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 29 de

Junho de 2015.

CHAVES, Luciano Athayde. As lacunas no Direito Processual do Trabalho. In: CHAVES, Luciano Athayde (Org.). *Direito Processual do Trabalho*: reforma e efetividade. São Paulo: LTr, 2007.

CINTRA, Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido

Rangel. Teoria Geral do Processo. 26ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

CORDEIRO, Wolney de Macedo. Da releitura do método de aplicação subsidiária das normas de direito processual comum ao processo do trabalho. In: CHAVES, Luciano Athayde (Org.). *Direito Processual do Trabalho*: reforma e efetividade. São Paulo: LTr, 2007.

COSTA, Marcelo Freire Sampaio. *Reflexos da reforma do CPC no Processo do Trabalho*: leitura constitucional do princípio da subsidiariedade. São Paulo: Método, 2007.

DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. v. 1. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. São Paulo: Malheiros, 2009.

GIGLIO, Wagner. *Direito Processual do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 1993.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. As repercussões do novo Código de processo civil no direito do trabalho: avanço ou retrocesso? Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 78, n. 3, p. 254-268, jul./set. 2012.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito Processual do Trabalho. 12ª Ed.

São Paulo: Editora Ltr, 2014.

MONTENEGRO FILHO, Mizael. Curso de Direito Processual Civil. São Paulo: Atlas, 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito Processual do Trabalho. 16ª Ed.

THEODORO JÚNIOR, Theodoro. Direito Processual Constitucional. RevistaMagister de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre: Editora Magister, 2008.

SILVA, Alessandro da; FAVA, Marcos Neves. Critérios de Aferição da Incidência da Reforma do Processo Civil ao Processo do Trabalho. Direito Processual do Trabalho: reforma e efetividade, São Paulo, p. 125-150, fev. 2007.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Reflexos das alterações do Código de Processo Civil no Processo do Trabalho. In: *Revista LTr*, São Paulo, v. 70, n. 8, agosto 2006.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Relação entre o Processo Civil e o Processo do Trabalho. Em: O Novo Código de Processo Civil e seus Reflexos no Processo do Trabalho. Organizador ElissonMiessa. Salvador, Jus Podivm. 2015.

INÉRCIA LEGISLATIVA E ATIVISMO JUDICIAL:
a dinâmica da separação dos poderes na ordem constitucional brasileira

Glauco Salomão Leite[1]

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais: entre o déficit democrático da política e a expansão dajurisdição constitucional. 2. Perspectiva neutra,institucional e pludimensional do ativismo judicial. 3. O perfil da Constituição de 1988 como fator que impulsiona o ativismo judicial. 4. Inércia legislativa e ativismo judicial no STF. 5. Considerações finais. Referências.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS: ENTRE O DÉFICIT DEMOCRÁTICO DA POLÍTICA E A EXPANSÃO DAJURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Há mais de dois séculos, foi introduzido o controle de constitucionalidade no sistema político estadunidense, transformando-o na peça-chave dos debates constitucionais. Em vários países da Europa e da América Latina, esta delicada competência da jurisdição constitucional só se tornou uma realidade concreta ao longo da segunda metade do século passado. Desde então, tem sido desenhado um esquema complexo de separação de poderes, em que se permite a um órgão supostamente neutro, munido de técnicas jurídicas sofisticadas e não legitimado diretamente pelas urnas, invalidar as opções políticas daqueles que foram eleitos para conduzir as instituições majoritárias.

O passo adiante foi não apenas a afirmação de Cortes Constitucionais e Supremas Cortes com poderes contramajoritários, senão como órgãos que passaram cada vez mais a lidar com questões políticas controvertidas numa comunidade. Não obstante, o projeto de um "guardião da Constituição", preso a um modelo de "legislador negativo", mostrava-se ainda tímido e vinculado ao esquema do Estado de Direito Liberal, pois atribuía um papel limitado ao Tribunal Constitucional na fiscalização das leis e na proteção dos direitos fundamentais. De fato, não obstante Hans Kelsen[2] ter destacado a importância do Tribunal na proteção das minorias, ponderou que as Cortes Constitucionais deveriam evitar fundamentar suas decisões em princípios jurídicos, dado o seu conteúdo indeterminado, pois, do contrário, haveria o risco de um deslocamento de poder da esfera parlamentar para a judicial. A área de incerteza, portanto, deveria pertencer ao legislador democrático.

Entretanto, a desconfiança nas instâncias políticas majoritárias, a centralidade dos direitos fundamentais no sistema jurídico e o reconhecimento da força normativa das Constituições contemporâneas e de seus princípios impulsionaram uma atuação mais intensa por parte dos órgãos judiciais, afastando-se da ortodoxia do "legislador negativo", o que tem dado ensejo a um intenso debate sobre o protagonismo judicial e sua adequação ao regime democrático. É tendo em conta esse cenário que se passou a discutir o fenômeno da judicialização da política, os fatores que a impulsionam e suas consequências no regime democrático. Na literatura sobre o tema, adota-se como ponto de partida a recente proeminência dos Tribunais Constitucionais e Cortes Supremas, como o Supremo Tribunal Federal (STF), nos processos político-decisórios[3].

---

1 Doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de são Paulo (PUC/SP). Professor de Direito Constitucional da Universidade Federal da Paraíba (UFPB); da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP) e da Faculdade Damas de Instrução Cristã. Membro da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB/PE.

2 KELSEN, 2003, p. 181.

3 TATE, 1995, p. 27; HIRSCHL, 2004, p. 169; CASTRO, 1997, p. 2; VERONESE, 2009, p. 255; VIEIRA, 2008, p. 441.

No Brasil, a Constituição de 1988 promoveu substanciais alterações no modelo de jurisdição constitucional, resultando em um nítido fortalecimento do STF, erguido à condição de seu guardião precípuo. Gradativamente, o STF passou a ser chamado a se pronunciar sobre as mais variadas e complexas questões, compreendendo assuntos de elevada carga política, moral, econômica, religiosa e social. De um mero desconhecido, a Corte se transformou em um novo espaço público de deliberação, onde importantes controvérsias da agenda nacional têm sido decididas.

Ocorre que quando as instituições políticas majoritárias se mostram incapazes de responder satisfatoriamente às demandas sociais, há uma maior propensão para buscar apoio no Poder Judiciário. Verifica-se, desse modo, um déficit na representação política tradicional, que pode se relacionar com vários outros problemas. Na presente abordagem, merece destaque a omissão do Congresso Nacional na aprovação de determinadas leis. Assim, constata-se uma grave inércia dos representantes eleitos na adoção de soluções efetivas para problemas sociais emergentes. Por vezes, a omissão estatal pode decorrer da impossibilidade de se chegar a um consenso a respeito de um certo tema, postergando as deliberações. Porém, essa inércia também pode configurar uma estratégia para evitar uma tomada decisão sobre um assunto bastante sensível. Nesse caso, diante do elevado custo político que a decisão pode envolver, as instâncias majoritárias podem, silenciosamente, buscar transferir a solução do conflito para o ambiente judicial. Segundo Neal Tate[4], muitos órgãos legislativos estaduais norte-americanos certamente preferem deixar as políticas sobre aborto nas mãos do Poder Judiciário. Cuida-se de uma delegação intencional (*willfuldelegation*) das instituições majoritárias, quando não pretendem receber críticas da opinião pública por terem decidido sobre questões polêmicas. Assim, os Tribunais são chamados para preencher os vazios criados (intencionalmente ou não) pelos políticos.

Todos esses fatores, reconhecidos como características comuns das democracias contemporâneas onde se constatou o alargamento do poder judicial, têm sido notados, ainda que com graus diferentes, na realidade política brasileira. Isso faz com que o STF aos poucos tenha deixado seu papel de coadjuvante para assumir a função de um*tertius* capaz de exercer a função de contrapeso no interior do sistema político.

É importante esclarecer, de antemão, que a omissão do legislador democrático não é a causa do ativismo judicial do STF. Práticas ativistas dependem da existência de determinados elementos institucionais, políticos e/ou culturais e, muitas vezes, são *respostas* a esses estímulos. Em outros termos, o ativismo judicial tende a se manifestar em um ambiente político-institucional favorável à expansão dos poderes decisórios das Cortes, especialmente quando tal expansão não põe em risco a sua própria independência institucional. Logo, além dos canais de acessoao STF, ele deve ter a possibilidade de responder sem constrangimentos externos. Dessa maneira, um novo desenho institucional, associado a uma combinação de fatores político-jurídicos, permite desenvolver-se uma nova configuração entre os órgãos estatais, na qual se acentuam os avanços judiciais.

Outrossim, a constatação de um deslocamento de poder decisório para os Tribunais não significa que eles irão responder a contento. Diante da natureza da questão a ser tratada, o ativismo judicial pode se deparar com uma encruzilhada, pondo-se em evidência suas reais capacidades para equacionar muitos dos problemas de uma sociedade complexa.

Logo, no presente trabalho, pretende-se analisar a dinâmica da separação dos poderes levando em conta situações de conflito institucional que revelam a inércia do Congresso Nacional em regular dispositivos constitucionais que dependem de legislação integradora e o modo como o STF tem reagido para combater tal estado de inoperância legislativa. Para tanto, percorre-se a trajetória adotada pela Corte no julgamento de mandados de injunção ao longo da vigência da constituição atual. Com isso, busca-se atestar que o STF tem protagonizado momentos de ativismo judicial responsáveis pelo alargamento de seu papel político e pela construção de uma nova dinâmica entre os poderes estatais.

4 TATE, 1995, p. 32.

2. PERSPECTIVA NEUTRA,INSTITUCIONAL E PLUDIMENSIONAL DO ATIVISMO JUDICIAL

Quando se afirma que o STF tem assumido um viés ativista no exercício da jurisdição constitucional, uma questão preliminar ao debate diz respeito ao próprio significado de "ativismo judicial". Assim, podemos formular as seguintes perguntas: ativismo judicial representa uma invasão na autonomia dos demais poderes do Estado?;significa que o magistrado decidiu com base no que ele entende como "justo", ainda que isso implique afastar-se do direito positivo?; ou seria uma forma de apontar para erros na decisão judicial?; o juiz ativista é aquele que demonstra um engajamento político e social na realização dos valores constitucionais?; práticas ativistas têm o objetivo de ocupar eventuais "vácuos de poder"?; ativismo judicial estaria relacionado com a quantidade de decisões que a declaram a inconstitucionalidade de leis?

Como qualquer outro Tribunal, os pronunciamentos sobre controvérsias sensíveis por parte STF dividem segmentos da opinião pública e atores políticos e sociais, sendo provável que, para os que divergem de suas conclusões, os juízes estariam agindo de maneira ativista. Nesse cenário, o ativismo judicial é utilizado politicamente para atacar decisões da Corte das quais se discorda. Sendo elevado o nível de subjetividade da crítica, o ativismo, assim como a beleza, estaria nos olhos de quem vê[5]. Portanto, a utilização subjetiva e arbitrária da expressão a tornaria esta categoria imprestável para a avaliar o comportamento judicial do STF.

Por outro lado, é possível identificar elementos capazes de conduzir a uma concepção *neutra,institucional e pluridimensional* de ativismo judicial. Isso significa compreender o ativismo no sistema de divisão das funções estatais. Nesse sentido, um comportamento judicial ativista tende a expandir os poderes judiciais em detrimento de outras autoridades estatais. Em outras palavras, ao pretender decidir uma controvérsia com independência, o Tribunal amplia seu papel institucional frente a outras instâncias de poder[6]. Seguindo o mesmo critério, Richard Posner[7] define "autorrestrição estrutural" como uma forma de recuo da Corte, abrindo espaços decisórios a favor de outras instituições. Ativismo e autocontenção judiciais podem, portanto, ser vistos como tipos ideais que representam duas tendências da Corte e se manifestam em várias dimensões. O enquadramento de determinadas decisões dessa Corte em uma ou outra categoria dificilmente se fará de modo completo, preferindo-se compreender tais fenômenos como um *continuum* entre dois polos antagônicos.

A compreensão do ativismo e da autorrestrição no esquema estrutural da separação dos poderes tem várias implicações metodológicas. Em primeiro lugar, essa perspectiva não está comprometida com nenhuma bandeira ideológica. Uma discussão recorrente costuma atrelar a autocontenção ao conservadorismo, ao passo que os liberais se aproximariam do ativismo. Todavia, Cortes liberais ou conservadoras podem ser responsáveis por julgamentos ativistas. Assim, setores políticos conservadores acusaram a Suprema Corte norte-americana de ativista quando esta alargou os conteúdos do direito à igual proteção das leis (*equalprotection*) e do devido processo substantivo (*substantitvedueprocess*), objetivando extirpar práticas discriminatórias contra minorias. O Tribunal, sob a presidência de Earl Warren e Warren Burger, foi composta por juízes que manejaram o poder judicial como instrumento de transformação social, convictos de que o Tribunal também deveria desempenhar uma função "educadora" e "moral" na vida política americana[8]. Em contrapartida, o caso *Plessy vs. Ferguson*, precedente em que o mesmo Tribunal admitiu a segregação racial no espaço público, dando origem à doutrina *separatebutequal*, é um claro exemplo de ativismo conservador.

Em segundo lugar, o ativismo judicial não está ligado ao *conteúdo* da decisão. Isso quer dizer que uma decisão ativista não é necessariamente equivocada, nem que uma sentença proferida no exercício da autocontenção seja necessariamente correta. É possível defender, por exemplo, que numa determinada ordem constitucional existam fatores que *impulsionam* um ativismo judicial nos conflitos federativos a favor dos entes regionais, mas uma específica decisão sobre

5 CAPRICE, 2007, p.30

6 Optando pelo estudo do ativismo judicial sob a perspectiva institucional: YOUNG, 2002, p. 1.145; LINDQUIST; CROSS, 2009, p. 32 e ss.; CANON, 1983, p. 236-247; MARSHALL, 2002, p. 101-140.

7 POSNER, 1983, p. 11 e ss.

8 LINDQUIST; CROSS, 2009, p. 32; RODRIGUES, 1991, p. 20.

essa matéria pode se revelar errada. Assim, abstraindo a análise do mérito da decisão, logra-se manter o foco nos aspectos institucionais do ativismo judicial.

Em terceiro lugar, e como insinuado na observação acima, o ativismo judicial não é, em todas as hipóteses, sinônimo de abuso, excesso ou arbítrio. Entende-se que a ordem constitucional pode não só estimular, como *exigir* posturas ativistas do Poder Judiciário em determinadas circunstâncias. Por esse motivo, a adoção ampla do *self-restraint*, como se fosse o papel universalmente adequado de uma Corte num regime democrático, além de poder ser dogmaticamente ilegítima, pode provocar prejuízos em setores onde a atuação expansiva da jurisdição constitucional tem sido decisiva na proteção de valores caros a um sistema constitucional. Se nem sempre o *self-restrainté* adequado ao jogo harmônico entre os poderes, o ativismo judicial nem sempre é ruim [9]. Portanto, como destacado por Bradley Canon[10], ele não deve ser tratado como uma patologia: é simplesmente um fato da vida judicial.

Além disso, restringir a abordagem do ativismo judicial a questões metodológicas no âmbito de uma teoria da interpretação jurídica traz certos problemas. Em primeiro lugar, diante da dificuldade em se desenvolver um modelo *universal* com *standards* hermenêuticos que deveriam ser utilizados pelo intérprete judicial, corre-se o risco de se desprezarem fatores relevantes presentes não apenas numa específica cultura jurídica, mas também no modelo concreto do sistema político adotado pela ordem constitucional. Em segundo lugar, deixam-se de lado eventuais repercussões das decisões judiciais nos demais poderes do Estado, bem como as possíveis reações das instituições políticas a certos pronunciamentos judiciais (LIMA, 2013, p. 181). Nessa perspectiva, a redução metodológica do ativismo judicial a problemas de interpretação jurídica acabaria minimizando-o enquanto categoria funcional relevante para se analisar o papel institucional das Cortes. Se se entende que, por mais protagonista que venha a ser, uma Corte Suprema jamais poderá simplesmente ocupar o espaço legítimo do sistema político, e se o ativismo judicial, numa abordagem institucional, pretende realçar precisamente a dinâmica de atuação entre os poderes, então o ativismo judicial não deve ser analisado exclusivamente como um problema de interpretação jurídica. Esclarecidas essas premissas, e diante da complexidade que caracteriza tais fenômenos, não se exige que uma decisão seja perfeitamente enquadrada como ativista. Como decorrência da análise institucional, são consideradas *dimensões* do ativismo judicial e da autocontenção, que funcionam como parâmetros para se avaliar uma decisão. Utilizados de maneira adequada, realçam aspectos institucionais de uma determinada decisão judicial, abstraindo o seu mérito. Sendo múltiplos os aspectos, sob certo ângulo uma decisão pode apresentar um viés ativista e, por outro, mostrar-se deferente a outros poderes. Isso quer dizer que uma decisão *não tem que ser* inteiramente ativista. Portanto, não há que se falar de ativismo judicial *a priori* ou em abstrato, pois ele representa uma específica postura institucional que só pode ser avaliada em situações e contextos concretos. Essa premissa significa que o ativismo judicial é um fenômeno complexo e pode se verificar em qualquer atuação judicial, e não simplesmente no âmbito do controle de constitucionalidade das leis. É preferível, então, encará-lo em suas múltiplas manifestações, ainda que isso exija um maior esforço analítico, a incorrer numa simplificação artificiosa do problema.

Dentre as dimensões do ativismo judicial verificados na *práxis* do STF, destaca-se, nesta ocasião, a gradual ocupação de vazios normativos deixados pelo Congresso Nacional e colmatados judicialmente. Ocorre que essa tendência expansionista da Corte na fiscalização da inação legislativa é estimulada pela própria arquitetura constitucional pós-88.

3. O PERFIL DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 COMO FATOR QUE IMPULSIONA O ATIVISMO JUDICIAL

Na medida que a Constituição Federal de 1988 é promulgada sob o influxo do processo de redemocratização, trouxe um largo rol de direitos fundamentais e de instrumentos processuais para garantir a proteção desses direitos. Essa característica não se confunde com a ideia de uma *politicsofrights*, que pode se satisfazer com o reconhecimento de alguns direitos individuais protegidos judicialmente. No caso do Brasil, verificou-se a positivação de direitos fundamentais de diversos matizes. Além dos tradicionais direitos individuais e das liberdades públicas, a Constituição Federal de 1988 também assegurou diversos direitos sociais, econômicos e culturais, bem como

9 YOUNG, 2002, p. 1.145.

10 CANON, 1983, p. 240.

direitos difusos e coletivos. Ao incorporar vários direitos prestacionais e tantas metas e programas a serem implementados pelo Estado (assegurar o pleno emprego, a erradicação da pobreza e das desigualdades regionais e sociais, dentre outras), assumiu inegavelmente o modelo de constituição dirigente. Isso significa que a proteção dos direitos fundamentais não se efetua apenas mediante um *não fazer* estatal, postura típica do modelo liberal em que o Estado é visto como um potencial intruso na esfera de liberdade individual.

Como se sabe, deve-se ao gênio de José Joaquim Gomes Canotilho a influência das ideias em torno do dirigismo constitucional durante o processo constituinte no Brasil. De uma maneira geral, a Constituição dirigente é, sobretudo, uma Constituição *transformadora* da realidade social, que não se satisfaz com a manutenção do *status quo*. Por isso, vários direitos fundamentais impõem um dever de agir aos órgãos estatais, responsáveis que são pela criação e execução de políticas públicas. Portanto, além da obrigação de se abster para respeitar as liberdades e direitos individuais, o Poder Público passou também a ter deveres positivos necessários à efetividade de direitos fundamentais. Por essa razão, a fixação prévia dos conteúdos e programas prioritários para a ordem constitucionais acaba diminuindo a amplitude da liberdade de conformação do legislador. Na visão de Canotilho[11], "identificar democracia com liberdade incondicional do legislador, é abrir o caminho para a redução das leis a simples produtos da organização do domínio", razão pela qual a "especificação da tarefa normativo-constitucional possibilita melhor o conhecimento da dignidade material da constituição do que um 'não-dito'".

No intuito de conferir mais proteção aos direitos fundamentais, a Constituição Federal de 1988 apresenta alguns preceitos extremamente relevantes. O primeiro consiste no artigo 5º, parágrafo 1º, pelo qual se determina que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Por tal dispositivo, todas as autoridades estatais, incluindo o Poder Legislativo, estão vinculadas aos direitos fundamentais. Assim, tanto as ações do Poder Público que excessivamente restringirem algum direito fundamental além dos limites permitidos pela Constituição, como as omissões que impedirem ou dificultarem seu exercício, são passíveis de controle judicial[12].

O segundo diz respeito ao comando previsto no artigo 5º, parágrafo 2º, pelo qual os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Pelo referido preceito, estabelece-se uma cláusula de abertura, fazendo com que o catálogo de direitos fundamentais (já bastante extenso) não tenha caráter taxativo. Dessa maneira, a Constituição se abre para outras fontes normativas, especialmente os tratados e as convenções internacionais de direitos humanos, compondo, assim, um bloco de constitucionalidade, cujo eixo são os direitos humanos e fundamentais[13].

O terceiro, e até em reforço ao artigo 5º, parágrafo 2º, a Emenda Constitucional n. 45/2004, acrescentou o parágrafo 3º, permitindo que 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. Dessa maneira, é evidente que a hierarquia constitucional dos tratados e convenções de direitos humanos já assegura aos direitos nelas previstos um grau de proteção mais elevado, haja vista que não apenas a Administração Pública e o Poder Judiciário deverão cumprir seus preceitos, como também o próprio legislador ordinário lhe deve obediência.

Por último, a Constituição inovou ao introduzir tanto o mandado de injunção, quanto a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, instrumentos por meio dos quais se busca combater as omissões inconstitucionais. *Assim, a jurisdição constitucional do STF é voltada tanto para fiscalizar as ações dos demais poderes, como suas omissões.*

Por tudo isso, nota-se que o modelo acolhido pela Assembleia Nacional Constituinte de 1987 compreende uma Constituição minuciosa, repleta de temas e assuntos os mais variados. Porém, e o mais relevante, observa-se uma Constituição substantiva, composta por um catálogo abrangente e aberto de direitos e garantias fundamentais, com marcantes traços programáticos,

11 CANOTILHO, 2001, p. 23.

12 DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 96.

13 SARLET, 2004, p. 90.

não se limitando a traçar garantias de participação nos processos político-democráticos. Isso lança a ideia de que o "guardião precípuo" da Constituição se apresenta como um dos principais responsáveis pelo cumprimento das promessas constitucionais, fiscalizando não apenas a legitimidade dos atos estatais, como também suas omissões.

4. INÉRCIA LEGISLATIVA E ATIVISMO JUDICIAL NO STF

A dimensão do ativismo referente à ocupação de vazios normativos pelo STF se relaciona com a fiscalização judicial das omissões inconstitucionais por meio do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Está-se, pois, diante de hipótese caracterizada principalmente pela omissão total ou parcial de normal legal regulamentadora de preceito constitucional. Não é o caso de se proceder a uma análise detalhada dos contornos desses institutos, interessando, aqui, observar a alteração do entendimento do STF quanto à natureza e alcance do provimento jurisdicional, quando fiscaliza as omissões inconstitucionais. Nesse sentido, o Tribunal, ao longo dos anos, tem realizado verdadeiras construções jurisprudenciais sobre referidas ações, que sinalizam para uma mudança significativa na relação com o Poder Legislativo, titular da função típica de legislar, apontando para a expansão de seus poderes normativos.

Como se sabe, a Carta de 1988 foi pioneira na introdução de mecanismos processuais para coibir ou remediar a inércia do Poder Legislativo. A própria previsão do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão pode ser interpretada como uma desconfiança do constituinte em relação ao futuro legislador ordinário, que seria o encarregado de disciplinar os dispositivos constitucionais que exigiam sua intermediação.

No *leading case*[14] sobre a matéria, a Corte teve que enfrentar como questão de ordem a autoaplicabilidade do mandado de injunção. Isso porque, ao contrário do mandado de segurança e do *habeas corpus*, ações que à época já dispunham de regulamentação no plano infraconstitucional e eram amplamente conhecidas na teoria e na prática jurídicas, o mandado de injunção, recém-criado, não possuía semelhante disciplina normativa. Essa situação causou certa perplexidade, pois a garantia constitucional para combater a mora legislativa não tinha, ela própria, uma lei regulamentadora[15]. Para superar esse óbice, a Corte, seguindo o voto do relator na citada ação, o ministro Moreira Alves, entendeu pela autoexecução do mandado de injunção, submetendo-o, no que coubesse, ao mesmo rito do mandado de segurança.

Ultrapassada essa questão de ordem, ainda era preciso esclarecer a natureza da decisão da Corte ao julgar algum mandado de injunção. Nesse particular, e considerando tratar-se de uma ação absolutamente nova no ordenamento jurídico, o constituinte deixou de dizer o óbvio, isto é, quais seriam os efeitos decorrentes da concessão do mandado de injunção[16]. Diante de tal silêncio, abriu-se espaço para a construção jurisprudencial desse instituto. Porém, ao se acolher a autocontenção defendida pelo ministro Moreira Alves, a maioria dos integrantes da Corte rejeitou de plano a possibilidade de a decisão judicial consubstanciar a norma integradora para viabilizar o exercício de um direito constitucional não regulamentado. Dessa maneira, entendeu-se que não seria compatível com a Constituição vigente que o STF proferisse decisão regulamentando a norma constitucional para o caso concreto (efeitos *inter partes*), nem para situações análogas (efeitos *erga omnes*). Partiu-se da premissa de que a decisão no mandado de injunção se assemelha à proferida em ação direta por omissão, equiparando, portanto, os dois institutos, com base no artigo 103, parágrafo 2º, da Constituição Federal[17]. Em sendo assim, o pronunciamento da Corte deveria se limitar a declarar a omissão inconstitucional, comunicando-se o órgão inadimplente,

14 STF – QO MI n. 107, rel.Min. Moreira Alves, *DJ*, de 21.09.1990.

15 Essa situação ainda perdura. Porém, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 6.128/2009, de autoria do deputado Flávio Dino, que pretende regulamentar o mandado de injunção. Esse projeto é resultado de proposição encaminhada pelos ministros TeoriZavaski, à época integrante do STJ e, atualmente membro do STF, e Gilmar Mendes, do STF. Para uma análise minuciosa do citado projeto de lei, veja-se a coletânea de artigos em: MENDES; VALE; QUINTAS, 2013.

16 ROSA, 2013, p. 102.

17 "Art. 103 [...] § 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias."

para que adotasse as providências necessárias. Todavia, não caberia ao Poder Judiciário suprir o vazio normativo decorrente do estado de inconstitucionalidade, nem mesmo para permitir o exercício de direitos e liberdades, ainda que restrito ao caso concreto. Com isso, o Tribunal exprimia uma concepção de separação dos poderes, em que a jurisdição constitucional não poderia ofertar uma solução normativa, ainda que de natureza transitória, nos casos de mora legislativa. É o que se extrai do voto do ministro Moreira Alves:

> Essa solução, acolhida pela Constituição atual, é, sem dúvida, a que se compatibiliza com o sistema constitucional vigente que deu particular relevo à separação dos poderes (arts. 2º e 60, § 4º, III), que continuou a inserir entre os direitos fundamentais o de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II), e que, também, atento ao princípio democrático, estabeleceu um processo legislativo em que o Poder Judiciário só tem iniciativa legislativa nos casos expressos na própria Constituição e com relação a matérias a ele estritamente vinculadas, sendo que as decisões políticas de que afinal resultam os textos legais se subordinam a um sistema de freios e contrafreios de que participam exclusivamente os Poderes Legislativo e Executivo, eleitos diretamente pelo povo.[18]

É perceptível que o Tribunal não pretendia produzir a norma faltante, por considerar que essa atribuição seria de competência de outro órgão legitimado constitucionalmente. A Corte vestia a toga do "legislador negativo", entendendo que, embora tivesse poderes para anular um preceito legal por reputá-lo inconstitucional, não poderia inovar a ordem jurídica diante da inconstitucionalidade por omissão, como se, no primeiro caso, já não o fizesse.

De todo modo, as balizas traçadas no citado mandado de injunção foram adotadas posteriormente. No MI n. 20, a Corte entendeu que o direito de greve dos servidores públicos civis só poderia ser exercido após a edição da lei regulamentadora prevista no artigo 37, VII, da Constituição Federal, pois esse preceito se caracterizava como norma de eficácia limitada. Assim, não obstante tenha reconhecido a mora legislativa, proferiu decisão, restringindo-se a atestar a omissão inconstitucional e a comunicar o órgão competente para produzir a lei integradora. Nesse sentido, concluiu o ministro Celso de Mello, relator da ação:

> [...] defiro o presente mandado de injunção, para, reconhecendo a mora do Congresso Nacional no adimplemento da prestação legislativa que lhe foi imposta pelo art. 37, VII, da Constituição, ordenar a formal comunicação desse estado de inércia legiferante ao Poder Legislativo da União, com o objetivo de que faça editar a lei complementar necessária à viabilização do exercício, pelos servidores públicos civis, do direito de greve que lhes foi assegurado pelo ordenamento constitucional.[19]

Em outros precedentes, o Tribunal passou a apresentar um entendimento diverso. Uma nova perspectiva começou a se desenvolver em relação ao disposto no artigo 8º, parágrafo 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Essa regra garantiu uma reparação econômica aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional em decorrência de atos do Ministério da Aeronáutica durante o regime militar de 1964. Para tanto, fixou um prazo de doze meses, contados da promulgação da Constituição, para o Congresso Nacional editar lei fixando os parâmetros para a percepção de tal indenização. Já que esse prazo foi descumprido, provocou-se a Corte novamente, por um mandado de injunção. Constatada a omissão do Congresso Nacional, o Tribunal concedeu o mandado de injunção, assinalando um prazo de 45 dias, mais 15 para a sanção presidencial, para a edição da lei faltante. Além disso, a Corte determinou que, escoado esse prazo sem a aprovação da lei, o titular do direito poderia obter, contra a

18 STF – QO MI n. 107, rel.Min. Moreira Alves, *DJ*, de 21.09.1990.

19 STF – MI n. 20, rel. Min. Celso de Mello, *DJ*, de 22.11.1996.

União, pelas vias ordinárias, a reparação econômica a que tinha direito[20]. Esse entendimento foi reiterado em outro mandado de injunção sobre a mesma matéria:

> Reconhecido o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional – único destinatário do comando para satisfazer, no caso, a prestação legislativa reclamada – e considerando que, embora previamente cientificado no Mandando de Injunção n. 283, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, absteve-se de adimplir a obrigação de que lhe foi constitucionalmente imposta, torna-se prescindível nova comunicação à instituição parlamentar, assegurando-se aos impetrantes, desde logo, a possibilidade de ajuizarem, imediatamente, nos termos do direito comum ou ordinário, a ação de reparação de natureza econômica instituída em seu favor pelo preceito transitório.[21]

Nesse caso, observe-se que o Tribunal deixou de se limitar a cientificar o Poder Legislativo quanto à omissão inconstitucional. Porém, ainda foi reticente em concretizar o direito dos impetrantes no âmbito do mandado de injunção. De fato, se a própria regra constitucional já havia fixado um prazo para o Congresso Nacional editar a lei, e se esse prazo não foi respeitado, já estava configurada a inconstitucionalidade por omissão. Assim, é questionável a dilação desse prazo por mais 60 dias (45 dias mais 15 para a sanção presidencial), sem respaldo constitucional. Outrossim, mesmo reconhecendo o descumprimento do dever de legislar por parte do Congresso Nacional, a Corte determinou que os autores buscassem nas vias judiciais ordinárias a indenização pleiteada, em vez de ela própria viabilizar a fruição desse direito. Afinal, a indenização era o próprio direito subjetivo cujo exercício estava sendo impedido pela ausência de lei. Esse aspecto foi percebido pelo ministro Marco Aurélio[22], que foi vencido no julgamento, quando ressaltou que a solução aventada pelo Tribunal transferia o mandado de injunção para o juízo ordinário, na parte mais importante, qual seja, a que empresta eficácia ao preceito constitucional assegurador do direito. Em debate com o ministro Moreira Alves, fez o seguinte questionamento: "Que concretização é essa que se remete o interessado à via ordinária?". Por isso, sustentou que cabia à Corte fixar os parâmetros para a percepção da indenização prevista na regra constitucional.

Já no MI n. 232, de relatoria do ministro Moreira Alves, o Tribunal foi provocado a se manifestar sobre a imunidade tributária das entidades beneficentes de assistência social, em relação às contribuições para a seguridade social. Com efeito, de acordo com o artigo 195, parágrafo 7º, da Constituição Federal, tais entidades desfrutariam da referida imunidade, desde que atendessem "às exigências estabelecidas em lei". De acordo com a posição minoritária nesse julgamento, formada pelos ministros Marco Aurélio, Carlos Velloso e Célio Borja, em face da ausência da norma regulamentadora que obstaculiza o exercício de um direito assegurado constitucionalmente, seria tarefa do Tribunal apresentar as condições necessárias ao gozo da imunidade tributária. Assim, entenderam que poderiam tomar de empréstimo o disposto no artigo 14 do Código Tributário Nacional. Esse comando estabelece os requisitos a serem observados pelas entidades de assistência social para usufruírem a imunidade referente aos impostos[23]. Dessa maneira, diante da omissão referente à lei prevista no artigo 195, parágrafo 7º, a imunidade nela assegurada seria exercida, desde que a entidade preenchesse os requisitos do artigo 14 do Código Tributário Nacional.

Não obstante, a posição majoritária acolheu os argumentos do ministro Moreira Alves. Assim, o Tribunal fixou o prazo de seis meses para que o Congresso Nacional adotasse as providências legislativas para dar concretude ao previsto no artigo 195, parágrafo 7º, sob pena de, vencido esse prazo, as entidades de assistência social poderem exercer a imunidade tributária requerida. Vê-se que o Tribunal foi hesitante em não permitir o exercício imediato do direito subjetivo assegurado pela norma constitucional. Buscou, como afirmado pelo ministro Sepúlveda Pertence, desvelar as potencialidades da formulação ortodoxa definida no MI n. 107, de sorte que, sempre que possível, poder-se-ia inserir uma "cominação, com o sentido cautelar ou compulsivo de levar à agilização

20 STF – MI n. 283, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ*, de 14.11.1991.

21 STF – MI n. 284, rel. Min. Marco Aurélio, *DJ*, de 26.06.1992.

22 STF – MI n. 283, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ*, de 14.11.1991.

23 STF – MI n. 232, rel. Min. Moreira Alves, *DJ*, de 27.03.1992.

do processo legislativo complementar da norma constitucional, sem, no entanto, se substituir definitivamente o Tribunal ao legislador".[24]

A alteração significativa na jurisprudência do STF, que permitiu uma nova compreensão do instituto do mandado de injunção, ocorreu quando a Corte apreciou a problemática referente ao direito à aposentadoria especial e o direito de greve dos servidores públicos. Como se viu anteriormente, em consonância com a sua jurisprudência, o STF tão somente atestava a mora legislativa, comunicando-a ao Congresso Nacional. No entanto, essa solução mostrou-se inócua, pois, mesmo sendo cientificado diversas vezes, o Poder Legislativo continuava sem editar a lei para cuidar do direito reclamado. Na nova oportunidade propiciada no MI n. 721, o Tribunal discutiu a falta da lei prevista no artigo 40, parágrafo 4º, da Constituição Federal, que assegura o direito à aposentadoria especial para servidores públicos com deficiência, que exerçam atividades de risco ou cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais, que prejudiquem a saúde ou a integridade física. Em face da ausência da normal legal integradora, o Tribunal, além de atestar a omissão inconstitucional, permitiu a fruição do direito à aposentadoria especial por parte de servidor público, com base nos critérios definidos no artigo 57 da Lei n. 8.213/91, que disciplina o regime geral da previdência. Em outras palavras, não havendo parâmetros normativos específicos para a aposentadoria especial dos servidores públicos, utilizou-se a sistemática prevista para o regime geral da previdência. É importante destacar que, não obstante a sensível variação na jurisprudência do Tribunal, pois, nesse precedente, o direito subjetivo pôde ser exercitado, a decisão se limitou ao caso concreto. Na ementa do acórdão, consta o seguinte enunciado, que bem revela o alcance da decisão: "Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelado."[25]

Essa decisão representa o que muitos autores esperavam do mandado de injunção, ou seja, uma ação constitucional cuja finalidade fosse permitir o exercício, em concreto, de direitos e liberdades fundamentais obstaculizados pela mora legislativa (DANTAS, 2010, p. 45). Porém, quando a Corte foi provocada para, mais uma vez, tratar da greve dos servidores públicos, deu-se mais um passo no alargamento de seus poderes decisórios. A questão voltou ao Tribunal nos MI ns. 670, 708 e 712, dos quais foram relatores os ministros Gilmar Mendes e Eros Grau. Notando o momento histórico em que se encontrava o STF, o ministro Ricardo Lewandowski observou que era chegada a hora de a Corte avançar "para conferir mais efetividade ao mandado de injunção, dando concreção a um dos mais importantes instrumentos de defesa dos direitos fundamentais concebidos pelo constituinte originário"[26]. Alterando a posição que defendeu no MI n. 20, de que fora relator, o ministro Celso de Mello observou que o entendimento restritivo que o STF havia abraçado até então não poderia mais prevalecer, sob pena de "esterilizar a importantíssima função político-jurídica para o qual foi concebido, pelo constituinte, o mandado de injunção", de modo a impedir que se "degrade a Constituição à inadmissível condição subalterna de um estatuto subordinado à vontade ordinária do legislador comum"[27]. No mesmo sentido, o ministro Gilmar Mendes ressaltou que não há mais "como justificar a inércia legislativa e a inoperância das decisões"[28] da Corte, pois a perpetuação desse quadro estaria a configurar quase uma *omissão judicial*.[29]

Percebe-se, então, que o Tribunal não mais se satisfazia com o relapso do Poder Legislativo, nem com o excesso de zelo que marcava sua relação com o legislador ordinário, na regulação do direito de greve. Nesse contexto, o Tribunal começou a se distanciar da concepção mais ortodoxa, segundo a qual, sendo o artigo 37, VII, da Constituição uma norma de eficácia limitada, o exercício do direito nela positivado estaria a depender da intermediação legislativa, o que, na prática, propiciou uma larga discricionariedade para o Poder Legislativo agir quando julgasse conveniente. Passou-se a enxergar que não compete ao Congresso Nacional *criar*, por meio de lei ordinária, o direito de greve dos servidores públicos, pois essa prerrogativa já foi instituída por

24 STF – MI n. 232, rel. Min. Moreira Alves, *DJ*, de 27.03.1992.

25 STF – MI n. 721, rel. Min. Marco Aurélio, *DJ*, de 30.08.2007.

26 STF – MI n. 670, rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, *DJ*, de 25.10.2007.

27 STF – MI n. 670, rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, *DJ*, de 25.10.2007.

28 STF – MI n. 670, rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, *DJ*, de 25.10.2007.

29 STF – MI n. 670, rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, *DJ*, de 25.10.2007.

decisão política do constituinte originário. Assim, uma vez firmada competência do STF não só para rever os atos do legislador, mas também suas omissões nos casos em que a Constituição impõe um dever de agir, o Tribunal acolheu uma fórmula alternativa para o mandado de injunção. Para o ministro Eros Grau, a controvérsia não era mais saber se o artigo 37, VII, era dotado de eficácia, mas "importa verificarmos é se o Supremo Tribunal Federal emite decisões ineficazes; decisões que se bastam em solicitar que o Poder Legislativo cumpra o seu dever, inutilmente"[30]. Assim, por maioria, decidiu o Tribunal que seriam aplicadas aos servidores públicos as Leis ns. 7.701/88 e 7.783/99, que cuidam da greve no setor privado e dos dissídios de greve, enquanto o Congresso Nacional não aprovasse o estatuto específico para aquela categoria.

Outrossim, as decisões proferidas pela Corte não apenas produziram efeitos para os autores dos mandados de injunção que foram julgados. Avançou-se no sentido de adotar uma solução normativa para a matéria, de modo que, tal qual a decisão do STF em sede de controle abstrato por omissão, a proferida em mandado de injunção também teria eficácia *erga omnes*. Nesse ponto, o Tribunal promoveu uma releitura das premissas adotadas no QO MI n. 107. De fato, nesse precedente, o STF equiparou os dois institutos para concluir que *não* cabe ao Poder Judiciário produzir a norma faltante, pois sua tarefa resume-se a declarar a omissão inconstitucional e cientificar o órgão inadimplente para adotar as providências cabíveis. Agora, a mesma premissa da equiparação é invocada para respaldar a tese que, naquela época, foi expressamente rejeitada: como as duas ações produzem efeitos jurídicos semelhantes e considerando que a decisão na ação direta por omissão tem efeitos *erga omnes* (mas não o de produzir a normal geral), logo a decisão no mandado de injunção, que preenche o vazio normativo, igualmente apresenta eficácia *erga omnes*. O Tribunal realizou um salto argumentativo, redefinindo radicalmente seus poderes no controle das omissões inconstitucionais[31].

Por outro lado, o ministro Ricardo Lewandowski defendeu a possibilidade de viabilização do direito de greve, desde que a decisão apenas produzisse efeitos no caso concreto. Para ele, conferir eficácia *erga omnes* a tal decisão seria permitir que o STF se intrometesse em esfera de competência reservada com exclusividade aos "representantes da soberania popular, eleitos pelo sufrágio universal, direto e secreto"[32]. Porém, esse argumento foi refutado pela maioria do Tribunal. Segundo o ministro Eros Grau, não se poderia falar de agressão à separação dos poderes, acusando o STF de exercer função legislativa. Para ele, o Tribunal não ocuparia o papel do Congresso Nacional, pois apenas estaria a desempenhar uma *função normativa* de caráter supletivo, ou seja, até superveniência da legislação que venha a regular a greve dos servidores públicos. Em suas palavras:

> O Poder Judiciário, no mandado de injunção, produz norma. Interpreta o direito, na tua totalidade, para produzir a norma de decisão aplicável à omissão. É inevitável, porém, no caso, seja essa norma tomada como texto normativo que se incorpora ao ordenamento jurídico, a ser interpretado/aplicado.
>
> Ademais, não há que se falar em agressão à "separação dos poderes", mesmo porque é a constituição que institui o mandado de injunção e não existe uma assim chamada "separação dos poderes" provinda do direito natural. Ela existe, na Constituição do Brasil, tal como nela definida. Nada mais.[33]

O ministro Gilmar Mendes deixou claro que não defendia a assunção do papel de legislador positivo por parte do STF. Sustentou que a Corte estava proferindo uma sentença de perfil aditivo, como a Corte Constitucional italiana tem feito amplamente. Além disso, argumentou que esse modelo de decisão normalmente é aceito quando se está a integrar ou complementar um regime previamente adotado pelo legislador ou quando a solução aprovada pelo Tribunal incorpora uma solução constitucionalmente obrigatória.

---

30 STF – MI n. 712, rel. Min. Eros Grau, *DJ*, de 25.10.2007.

31 BENVINDO, 2013, p. 268.

32 STF – MI n. 670, rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, *DJ*, de 25.10.2007.

33 STF – MI n. 712, rel. Min. Eros Grau, *DJ*, de 25.10.2007.

Essa observação é importante, porque permite distinguir duas situações que podem surgir no contexto da fiscalização das omissões normativas. Nos casos acima relatados em que a Corte buscou oferecer a solução para o exercício do direito subjetivo (imunidade tributária das entidades beneficentes de assistência social, aposentadoria especial de servidor público e direito de greve de servidor público), cumpre observar que o Tribunal sempre se valeu de uma legislação preexistente para resolver o litígio presente no mandado de injunção. No caso da imunidade tributária, os requisitos para se qualificar uma entidade beneficente e sem fins lucrativos foram colhidos do Código Tributário Nacional; na hipótese da aposentadoria especial, adotou-se a sistemática do regime geral da previdência social para reger o direito dos servidores públicos; e, por fim, no caso da greve de tais servidores, igualmente se buscou amparo na legislação vigente que tratava da greve do setor privado. Em outras palavras, embora o Tribunal tenha agido de modo mais incisivo, ocupando, mesmo que de forma supletiva, o espaço deixado pelo legislador (e que deveria ser por este preenchido), em todas essas situações ele estendeu uma disciplina legal previamente adotada pelo legislador para uma situação jurídica ainda não regulada. Os parâmetros utilizados pelo Tribunal foram, portanto, retirados de leis preexistentes.

Situação diversa ocorreria se a Corte não contasse com parâmetros contidos em legislação vigente. Nessa hipótese, sua margem de liberdade seria bem mais ampla, o que tornaria o preenchimento do vazio normativo uma atividade mais complexa. Pode-se afirmar que a decisão do STF estaria mais próxima a de uma lei em sentido material, só que de caráter transitório. Seria, então, algo semelhante a uma *medida provisória judicial*, o que poderia suscitar críticas quanto à usurpação da função legislativa. Foi o que ocorreu no MI n. 1090, de que fora relator o ministro Gilmar Mendes. Neste caso, discutia-se a mora legislativa na regulamentação do direito ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, consoante previsto no art. 7º, XXI, da Constituição. O Tribunal enfrentou um grave obstáculo na tentativa de fixar um critério objetivo para cumprir a exigência constitucional da proporcionalidade. Foi então que a Corte, estrategicamente, decidiu suspender o julgamento do mandado de injunção, tendo em vista a existência projetos de lei que tramitavam no Congresso Nacional para regular a matéria. Ao final, foi aprovada a Lei n. 12.506/2011, que regulamentou o aviso prévio proporcional, servindo de parâmetro para o julgamento posterior do *writ*.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com todas as transformações que se verificaram no manejo do mandado de injunção, fica claro como a Corte expandiu seus poderes político-normativos. Ela abandonou a posição inicial, que se restringia a pronunciar a inércia do legislador, cientificando-o da mora legislativa. A reiterada omissão legislativa revelou que esse modelo de decisão não era satisfatório para assegurar o exercício de direitos fundamentais não regulados. Em outros termos, diante da eficácia limitada de preceitos constitucionais que exigiam norma integradora, o STF também produzia decisões ineficazes. O estado de anomia, portanto, subsistia. Porém, ao se promover uma guinada em sua jurisprudência, a Corte firmou sua competência para suprir o vazio normativo, permitindo o exercício do direito subjetivo, inicialmente no caso concreto. O ápice desse movimento se deu com o reconhecimento da eficácia erga omnes das decisões em mandado de injunção, perfazendo um ciclo que eleva os poderes do STF, afastando-o, cada vez mais, da imagem do "legislador negativo". Embora a atribuição da eficácia geral às decisões em mandado de injunção continue suscitando divergência, o fato é que a Corte assim procedeu em certas situações (MI n. 670, 708 e 712).

Embora o novo figurino que o STF conferiu aos seus provimentos judiciais nessa ação possa ser objeto de questionamentos, verifica-se uma tendência a sua institucionalização. No Projeto de Lei n. 6.128/2009, que pretende regular o mandado de injunção, é expressamente prevista a possibilidade de outorgar eficácia erga omnes às decisões judiciais "quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, liberdade ou prerrogativa objeto de impetração" (art. 9º, § 1º). Portanto, a construção promovida pela STF, fruto de seu ativismo na ocupação de vazios normativos deixados pelo legislador, poderá receber a chancela do próprio legislador.

REFERÊNCIAS

BENVINDO, Juliano Zaiden. Mandado de injunção em perigo: os riscos da abstração de seus efeitos no contexto do ativismo judicial brasileiro. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (Orgs.). **Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 255-280.

CANON, Bradley C. Defining the dimensions of judicial activism. **Judicature**, v. 66, n. 6, p. 236-247, Dec./Jan., 1983.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas programáticas da constituição**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 12, n. 34, 147-156, jun. 1997. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_34/rbcs34_09>. Acesso em: 10 set. 2013.

DANTAS, Ivo. **Novo processo constitucional brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2010.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 3. ed. rev., atual. eampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy**: the origins and consequences of the new constitutionalism. Harvard University Press, 2004.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LIMA, Flávia Danielle Santiago. **Ativismo e autocontenção no Supremo Tribunal Federal: uma proposta de delimitação do debate**. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco, 2013.

LINDQUIST, Stefanie A.; CROSS, Frank B. **Measuring judicial activism.**Oxford: Oxford University Press, 2009.

POSNER, Richard. The meaning of judicial self-restraint.**Indiana Law Journal**, v. 59, n. 1, p. 1-24, 1983. Disponível em: <http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2187&context=ilj>. Acessoem: 30 set. 2013.

ROBERTS, Caprice L. In search of judicial activism: dangers in quantifying the qualitative. **Tennessee Law Review**, v. 74, p. 1-45, 2007. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1003542>. Acesso em: 30 set. 2013.

ROSA, André Vicente Pires. A regulamentação do mandado de injunção: mandado de injunção sob a perspectiva do projeto de Lei n. 6.128, de 2009. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (Orgs.). **Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 101-118.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 4a.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TATE, C. Neal. Why the expansion of Judicial Power? In: VALLINDER, Torbjörn; TATE, C. Neal (Eds.). **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995. p. 27-37.

VERONESE, Alexandre. A judicialização da política na América Latina: panorama do debate teórico contemporâneo. **Escritos: revista da Casa de Rui Barbosa**, Rio de janeiro, v. 3, p. 215-265, 2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista de Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-463, jul./dez. 2008.

YOUNG, Ernest A. Judicial activism and conservative politics.**University of Colorado Law Review**, v. 73, n. 4, p. 1.139-1.216, 2002.Disponível em: <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2526&context=faculty_scholarship>. Acesso em: 30 set. 2013.

INCIDÊNCIA DO IPTU SOBRE A IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMILIA

Katarina de Kássia Barbosa Flôr[1]
Hélio Silvio Ourém Campos[2]

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2 Considerações prévias acerca do IPTU. 2.1 Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana _ Evolução a cada texto Constitucional e a origem de cada Carta Constitucional. 2.2 Função. 2.2.1 Fato Gerador. 2.2.1.1 Base de Cálculo. 2.2.1.1.1 Alíquotas. 2.2.1.1.2 Alíquotas Progressivas. 3 Do bem de familia. 3.1 Conceito do bem de família. 3.2 Homestead - Lei da Propriedade Rural. 3.2.1 Do surgimento histórico no Brasil. 4 Da essência da lei nº 8.009/90. 5 Da análise individual das exceções. 5.1. Do caput do artigo 2º da Lei nº. 8.009/90. 5.1.2 Do artigo 3º e incisos da Lei nº 8.009/90. 5.1.3 Do caput do artigo 4º da Lei n 8.009/90. 5.2 Da Incidência do IPTU sobre a impenhorabilidade do bem de família. 5.3 Do veto parcial ao Projeto de Lei nº 51, de 2006 (nº 4.497/04 na Câmara dos Deputados. 6. Considerações finais. Referências.

1. INTRODUÇÃO

No primeiro capítulo abordou-se sobre a evolução histórica do IPTU, desde sua previsão na primeira Constituição da República Federativa do Brasil não houve muitas mudanças, pois praticamente sua estrutura continuou a mesma.

No segundo capítulo em que consiste a manutenção, iremos abordar de forma breve e sucinta a origem histórica do bem de família, tendo o modelo adotado no Brasil Origem de Norte Americana, mais conhecida como *Homestead*, instituída no ordenamento jurídico Americano devido a uma grande crise econômica.

Abordaremos também, o que é o bem de família, no que diz respeito a sua impenhorabilidade e as suas exceções. O principio da dignidade da pessoa humana, estará sempre atrelado as ações relacionadas a este tema, pois é ele quem norteia o bem de família em si. Porém, em sentido contrário existem as exceções relacionadas à impenhorabilidade do bem de família conforme analisaremos na Lei 8.009/90.

O presente tema tem por escopo abordar alguns aspectos da Lei de Impenhorabilidade do bem de família Lei nº 8.009/90 sendo mais preciso o art. 3º da Lei na qual estão enumeradas as situações relacionadas à exceção da impenhorabilidade legislação condizente com o direito moderno, onde norteia o que é bem de família e quais são as hipóteses de penhorabilidade.

E é nesta legislação, conforme abordado anteriormente que visualizaremos os casos em que existem as exceções de impenhorabilidade, situações essas totalmente legais e hipóteses reais de penhorabilidade do bem de família, não deixando dúvidas em relação a sua redação.

A incidência do IPTU sobre a impenhorabilidade do bem de família é relevante, uma vez que a atual Constituição da Republica Federativa do Brasil dispondo sobre o IPTU traz a previsão que o imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana dispõe em seu artigo 156, I. Contudo, nem sempre foi assim, uma vez que a Republica do Brasil, na Constituição de 1981 era atribuída aos Estados Membros, Impostos sobre imóveis rurais e urbanos.

---

1 Bacharela em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco

2 Juiz Federal; Líder de Grupo de Pesquisa - CNPq: "*Política e Tributação: aspectos materiais e processuais*"; Professor da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco; Professor Titular e Membro do Conselho Superior da Universidade Católica de Pernambuco (Graduação e Mestrado); Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco e Doutorado pela Faculdade Clássica de Direito de Lisboa; Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco e pela Faculdade Clássica de Direito de Lisboa - (Equivalência); Ex-Procurador do Estado de Pernambuco; Ex-Procurador do Município do Recife; Ex-Procurador Federal; Pós-doutorado pela Universidade Clássica de Lisboa.

E por fim, uma abordagem sobre todo o trâmite até a aprovação da Lei nº 11. 382 de 2006, com as alterações do Projeto de Lei e sua justificativa.

2. CONSIDERAÇOES PRÉVIAS ACERCA DO IPTU

2.1 Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana = Evolução a cada texto Constitucional e a origem de cada Carta Constitucional

A atual Constituição da República Federativa do Brasil dispondo sobre a competência tributária dos entes da federação traz a previsão de que o Imposto Sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana - IPTU é da competência dos Municípios, assim dispõe em seu artigo 156, inc. I. Contudo, nem sempre foi assim, uma vez que tal competência na primeira Constituição da República do Brasil – Constituição de 1891 era atribuída aos Estados-membros, que tinham competência exclusiva para decretar impostos sobre imóveis rurais e urbanos. Conforme afirma Pinto Ferreira, a Constituição de 1891 foi moldada segundo o estilo da Constituição norte-americana, com as ideias diretoras do presidencialismo, do federalismo, da triparticipação do poder, do liberalismo político, e da democracia burguesa. [3]

Com a constituição de 1934, que obteve forte influência da constituição alemã de 1920 (a da chamada "República de Weimar"), que estabelecia uma república federalista e também a constituição da Espanha de 1931 (que na época era uma república igualmente federalista) foi fonte de inspiração para os criadores da carta brasileira. A carta de 1934, o legislador excetua da competência tributária dos Estados-membros o imposto sobre a propriedade territorial urbana e cria dois impostos distintos o imposto predial e o imposto territorial urbanos, passando estes a serem de competência do Município. Nota-se que o fato gerador para a incidência de um ou de outro imposto não era apenas a localização do imóvel, mas, antes, a sua situação, sendo, portanto distintos, pois um incidia no imóvel edificado – o predial e ou outro sobre o não edificado – o territorial.

A constituição de 1937 em seus artigos 23, inc. I, "a" e 28, inc. II, mantém a mesma distinção e competência. A Constituição de 1937, foi inspirada na Constituição polonesa de 1935, teve por objeto fundamental o fortalecimento do Poder Executivo federal na sua relação com os Poderes Legislativo e Judiciário e com as outras esferas do governo.

Com o advento da Constituição de 1946, não mais há distinção entre imposto predial e o territorial urbano, passando os dois a serem previstos como um único tributo com o nome de Imposto Predial e Territorial urbano - IPTU, previsão que o legislador constituinte de 1988 manteve.

O texto constitucional '' sofreu poderosa influência da Carta Política de 1937, cujas características básicas assimilou'', segundo avalia José Afonso da Silva, que constata, na nova Constituição, preocupação fundamental com a segurança nacional, aumento dos poderes concernentes à União e ao Presidente da República, redução da autonomia individual, com a permissão da suspensão de direitos e garantias constitucionais, e reformulação dos sistemas tributário e orçamentário. [4]

2.2 Função

A função do IPTU desde o início de sua criação sempre foi, indiscutivelmente função fiscal, e ainda o é via de regra, porém com a entrada em vigor do Estatuto da Cidade e a possibilidade da alíquota progressiva no tempo para os imóveis urbanos que não estão cumprindo sua função social, passou a ter por exceção função extrafiscal. No caso prático para saber a função do IPTU em cada caso é necessário perquirir se o imóvel tributado está cumprindo ou não sua função social, uma vez que se estiver segue-se a regra- função fiscal, se não a exceção – função extrafiscal.

O IPTU, portanto, com o advento do Estatuto da Cidade houve uma ampliação de sua função, visto a possibilidade de ser utilizado com finalidade extrafiscal, pois se tornou mecanismo cogente, para através de sua alíquota progressiva, compelir ao proprietário de imóvel urbano

3 FERREIRA, Luiz Pinto. Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno. In: Pedro Dallari. Constituição e relações exteriores. p. 75.

4 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. P.77-8 p.

compreendido dentro dos limites do plano diretor da cidade a exercer a função social da propriedade, sob pena de seu parcelamento ou até mesmo de uma futura desapropriação.

2.2.1 Fato Gerador

O fato gerador do Imposto Sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana - IPTU, de acordo com o artigo 32 do CTN, é a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, localizado na zona urbana do Município.

Apesar de o CTN ter sido elaborado na constância do Código Civil de 1916, não sofre prejuízo a analise de imóvel por natureza ou por acessão física feita com amparo no novo código que em seu artigo 79 de forma sintética define bem imóvel como o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente.

Temos então como fato gerador, a propriedade, o domínio útil e a posse.

O instituto da propriedade no direito brasileiro é regido pelo Código Civil, contudo o código não a define mas traz as suas características no art. 1228, assim dispondo: "O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha."

Domínio útil é o domínio que nasce em virtude da enfiteuse, esta na definição de Limongi França (FRANÇA, 1971, p. 200)[5] é: "o desmembramento da propriedade, do qual resulta o direito real perpétuo, em que o titular (enfiteuta), assumindo o domínio útil da coisa, constituído de terras não cultivadas ou terrenos por edificar (prazo, bem enfiteutico ou bem foreiro), é assistido pela faculdade de lhe fruir todas as qualidades, sem destruir a substância, mediante a obrigação de pagar ao proprietário (senhorio direto) uma pensão anual invariável (foro)."

O atual Código de 2002 em seu artigo 2.238 veda a constituição de novas enfiteuses. Dispondo: "Fica proibida a constituição de enfiteuses e subenfiteuses, subordinando-se as existentes, até sua extinção, às disposições do Código Civil anterior".

Uma das hipóteses de incidência do IPTU é a posse, no entanto não é toda posse que gera a hipótese de incidência do tributo, pois no dizer de Aires F. Barreto (BARRETO, 1998, p.248/249)[6]: "para haver posse tributável é preciso que se trate de posse *ad usucapionem*. É dizer, posse que pode conduzir ao domínio. Caso se trate de posse que não tenha essa virtude, não se há de cogitar de ser esse possuidor contribuinte do IPTU. Assim não pode ser contribuintes de IPTU embora sejam possuidores – os locatários e os arrendatários de imóveis".

Assim, o proprietário que não detiver a posse do imóvel com os poderes e atributos da propriedade, por haver transferido, cedido ou mesmo perdido a posse, não se sujeita ao imposto.

2.2.1.1 Base de Cálculo

A base do cálculo do imposto é o valor venal do imóvel como dispõe o artigo 33 do CTN.

Valor venal é aquele que o bem alcançaria se fosse posto à venda, em condições normais. O preço, neste caso, deve ser correspondente a uma venda a vista, vale dizer, sem incluir qualquer encargo relativo a financiamento. Para Sacha Calmon (CALMON, 2001, p. 517)[7]: "determinar dito valor é questão temerosa. Em rigor quando é dada a "baixa" na construção, fazem as Prefeituras a *avaliação do imóvel* e o inserem no *Cadastro Imobiliário*. Nesta primeira avaliação são utilizados critérios especiais voltados ao tamanho do imóvel, área construída, sua localização, tipo de acabamento etc".

---

5 FRANÇA, R. Limongi, Manual de Direito Civil, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1971.

6 BARRETO, Aires F.,Comentários ao Código Tributário Nacional, ed. Saraiva, vol. 1- São Paulo, 1998.

7 COELHO, Sacha Calmon Navarro, Curso de Direito Tributário Brasileiro: comentários à Constituição e ao Código Tributário Nacional, artigo por artigo.- Rio de Janeiro : Forense, 2001. 517p.

Como visto a utilização por parte do ente tributante de qualquer outro valor para o imóvel tributado que não for o valor venal, preço que o imóvel alcançaria em uma situação normal de venda, viola expressamente dispositivo legal e neste caso sendo o preço excessivo, além do valor venal poderá o contribuinte pleitear sua impugnação.

De acordo com a redação do parágrafo único do art. 33 do CTN, não são consideradas as pertenças para determinar a base de cálculo, tão somente o valor individualizado do imóvel.

2.2.1.1.1 Alíquotas

Para Geraldo Ataliba (ATALIBA, 2005, p.114[8]): "alíquota é um termo do mandamento da norma tributária, mandamento esse que incide *se* e *quando* se consuma o fato imponível dando nascimento a obrigação tributária concreta". "Mais à frente complementa: "a própria designação (alíquota) já sugere a idéia que esteve sempre presente na raiz do conceito assim expresso: é a quota (fração), ou parte da grandeza contida no fato imponível que o estado se atribui (editando a lei tributaria)."

No caso do IPTU, cabe ao Município através de lei definir a alíquota a ser cobrada, porque nem a Constituição nem o CTN a definiram muito menos a limitaram expressamente, no entanto a norma constitucional veda por força do inciso IV do Art. 150 utilizar tributo com efeito de confisco, o qual caberá ao judiciário, quando provocado, dizer se o tributo tem caráter confiscatório ou não. Sabe-se, também que a alíquota do IPTU não poderá ser superior a 15%, uma vez que este valor só é utilizado em situações extremas quando a propriedade não esteja cumprindo sua função social de acordo o previsto no art. 7°, § 1° da Lei 10.257/2001 – Estatuto das Cidades.

A alíquota do IPTU não poderá, portanto, ser elevada, pois de tal forma teria efeito confiscatório e nunca superior a 15% sobre a base de cálculo, já que esta só é possível em casos excepcionais quando o IPTU é usado em sua função extrafiscal; em sua utilização fiscal, que é a regra, a alíquota deve ser razoável.

2.2.1.1.2 Alíquotas Progressivas

A progressividade da alíquota do IPTU dá-se por duas maneiras no direito Brasileiro, a primeira prevista no art. 156 da Constituição Federal em seu § 1°.

Sobre esta primeira hipótese de alíquota progressiva, entende Aires F. Barreto (BARRETO, 1998)[9], ser inconstitucional, já que a alíquota progressiva só poderia ser aplicada quando a propriedade não estivesse cumprindo sua função social, secunda este entendimento Ives Gandra Martins (MARTINS, 1990, p.551[10]): "pensar de forma diversa é entender que o constituinte, sobre ser repetitivo prolixo é desconhecedor da técnica legislativa, fosse, fundamentalmente, um contumaz defensor das contradições, ao dizer que tanto os imóveis que cumprem a sua função social quando aqueles que não a cumprem seriam punidos pelo principio da progressividade, punição expressa para estes e implícitas para aqueles. Mais do que isto: apesar de ter gasto espaço e palavras com a explicitação dos casos em que o princípio da progressividade poderia ser aplicado, haveria de se entender que, fora aqueles casos expressos, em todos os outros casos o princípio da progressividade poderia ser aplicado. Como homenagem à inteligência do constituinte não posso admitir tal nível de insensatez legislativa."

Posição inversa tem Hugo de Brito Machado (MACHADO, 1992, p. 79)[11], sobre a constitucionalidade do artigo em questão, uma vez que para tal autor a constituição não traz dispositivos inúteis e assim contra argumenta: "a prevalecer a tese pela qual não é possível qualquer outra forma de progressividade, além daquela prevista no art. 182, § 4°, item II, da Constituição, a dispo-

---

8 ATALIBA, Geraldo, Hipótese de incidência tributária, 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2005. 114p.

9 BARRETO, Aires F.,Comentários ao Código Tributário Nacional, ed. Saraiva, vol. 1- São Paulo, 1998.

10 MARTINS, Ives Gandra, Comentários à Constituição do Brasil, São Paulo, Saraiva, 1990. 551 p.

11 MACHADO, Hugo de Brito. Progressividade do IPTU, Repertório IOB de Jurisprudência, n. 16/90, Caderno 1; e Determinação do montante do tributo quantificação, fixação e avaliação, São Paulo, IOB, 1992. 79 p.

sição do art. 156 § 1°, resta absolutamente inútil. Poderá ser excluída do texto constitucional sem lhe fazer falta."

A norma constitucional tem presunção de aplicabilidade, portanto, enquanto este dispositivo perdurar da constituição será aplicável à hipótese de progressividade do IPTU em razão do valor do imóvel, de sua localização e de uso.

A outra forma de progressividade prevista na Constituição, no art. 182, § 4°.

A progressividade do IPTU, prevista neste artigo é uma sanção para a propriedade que não esteja cumprindo sua função social estabelecida no plano diretor da cidade, e foi a partir dela que o IPTU passou a ter, também função extrafiscal.

3. DO BEM DE FAMILIA

3.1 Conceito do bem de família

Conceitua Gediel Claudino[12], em sua obra, que "bem de família é o imóvel destinado, ou afetado, ao domicílio familiar e eventuais valores mobiliários cuja renda destina-se a renda da família, com cláusula de inalienabilidade e impenhorabilidade"

Veremos adiante posicionamentos de outros doutrinadores, mas o pensamento em relação ao bem de família é sempre o mesmo, trata-se de bem imóvel, podendo até mesmo tratar de bem móvel, aqueles destinados a abrigar ou assegurar o mínimo de dignidade à entidade familiar.

Ainda no sentido de conceituar bem de família, ensina Arnaldo Rizzardo[13] que, "vem a ser a destinação de parte do patrimônio, para a moradia e conservação a subsistência da família, não podendo ultrapassar a um terço do patrimônio liquido então existente"

Notamos aqui que não são todos os imóveis ou móveis que são destinados ou reconhecidos como bem de família, existindo algumas regras e imposições para que sejam reconhecidos e vistos como tais. Exemplo claro de normas a serem seguidas é visto no posicionamento de Arnaldo Rizzardo[14], deixando bem claro de que não é todo o patrimônio que pode ser considerado como bem de família e sim apenas um terço dos bens que pode ter este "benefício" atrelado.

3.2 Homestead - Lei da Propriedade Rural

A palavra *homestead* significa lei da propriedade rural, trata-se de uma norma instituída na República do Texas em 1839 com o intuito de fixar famílias em sua região, garantindo determinadas áreas de terras, sendo estas isentas de penhora.

Seu surgimento deu-se pelo fato de haver no território americano terras até então improdutivas, iniciando-se aí uma imigração para estas localidades. O estado do Texas, ao contrário do que ocorria com o restante do país, estava de certa forma super populoso, tendo, além de tudo, que administrar uma enorme crise que arrasava a cidade, empresas eram fechadas e famílias corriam o risco de serem desabrigadas.

Foi então que surgiu a norma que protegia tais famílias, para que ao menos tivessem seu abrigo assegurado, não causando desestruturação, tornando assim impenhorável quaisquer imóveis em posse destas famílias.

Conforme mencionado anteriormente, em localidades não tão habitadas, instaurou-se a norma para que famílias viessem a habitar determinadas regiões com o intuito de colonizá-las e tornar produtivas suas terras, criando-se o instituto no sentido de que famílias que cultivassem ou

---

12 ARAÚJO, Gediel Claudino de Araújo. Prática no Direito de Família. 3ª. Ed. Atual. – Editora Atlas. São Paulo. 2007. 75p.

13 RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Família. Rio de Janeiro, Forense. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002. 150p.

14 RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Família. Rio de Janeiro, Forense. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002. 170p.

explorassem a agricultura nestas regiões seriam também beneficiadas pelo *homestead*, bastando que ali residissem por 5 (cinco) anos, para obtenção do benefício da inalienabilidade e impenhorabilidade do bem.

O instituto utilizado pelo estado do Texas é chamado de *homestead estadual.* Já a outra forma mencionada, trata-se do *homestead federal*, sendo que, tanto um quanto o outro, são utilizados para garantir às famílias um determinado local, seja ele por crise ou pelo desenvolvimento da região.[15]

3.2.1 Do surgimento histórico no Brasil

O autor, Hélio Chin da Silva Lemos[16], nos mostra em seu artigo publicado na internet, como se deu a origem e o surgimento do instituto bem de família bem como a impenhorabilidade do bem de família no ordenamento jurídico brasileiro:

> O primeiro instituto semelhante ao do bem de família, a ser introduzido no ordenamento jurídico brasileiro, veio através do regulamento 737 de 25.11.1850, o qual isentava de penhora certos bens do devedor executado. Contudo, o imóvel utilizado pelo devedor como residência não era abrangido pelo benefício.
>
> O bem de família foi inserido definitivamente no Código Civil de 1916, sendo regulado de início na parte geral desta legislação no "Livro das Pessoas", e somente após muita discussão houve a transferência do tema para o "Livro dos Bens", nos artigos 70 a 73.
>
> Com a promulgação da Lei 8.009/90, o imóvel destinado ao bem de família garantiu-se pela regra impenhorável, ressalvadas as exceções contidas na própria Lei. Em 2002, com a entrada em vigor do novo Código Civil, o tema foi tratado na nova legislação civil, que trouxe nos artigos 1.711 a 1.722 algumas inovações. Dentre elas destacam-se a possibilidade do bem de família abranger os valores mobiliários, ser instituído por terceiros e a execução de despesas condominiais, sendo esta última, exceção à regra da impenhorabilidade.

Juliano Dobler[17], em artigo publicado também nos mostra de forma mais abrangente como efetivamente surgiu o instituto bem de família em nosso Código bem como fora reconhecido:

> O Bem de Família foi, inicialmente, colocado no Código Civil de 1916, em sua Parte Geral, no livro das pessoas, sendo posteriormente tal matéria transferida para o livro dos bens.
>
> Tal matéria só voltou a ganhar destaque em meados do ano de 1990, quando a economia brasileira passava por considerável crise. A inflação em um ano de março de 1989 a março de 1990 foi absurda e no governo anterior vários foram os planos fracassados de conter a inflação.
>
> Em 15 de março de 1990, inicia-se o mandato do primeiro presidente eleito por voto direto desde 1960, Fernando Collor de Mello.
>
> Ele organizou um pacote de medidas econômicas visando o fim da crise econômica, conhecido como Plano Collor.
>
> No início do plano Collor, a inflação foi reduzida, mas em ordem inversa, apresentou-se a maior recessão da história no Brasil.

---

15 http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1168/1118 - Acesso em 23-10-2014 às 23h: 24m.

16 http://www.unibrasil.com.br/arquivos/direito/20092/helio-chin-da-silva-lemos.pdf -Acesso em 23-10-2014 às 18h: 43m.

17 http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3587/Consideracoes-sobre-o-institutobem-de-familia- Acesso em 22-20-2014 às 17h: 50m.

> Entretanto com o avanço legal, com destaque para a Lei n.° 8.009, de 29 de março de 1990, o instituto Bem de Família adquiriu uma maior abrangência, e, a família em face da atual crise foi protegida novamente.
>
> A Lei n° 8.009, de 29 de março de 1990, manifestou de maneira nítida essa preocupação do Estado de proteger a residência da família, principalmente em tal período de recessão.
>
> De certo modo, fez com que o instituto do "Bem de Família voluntário" caísse em desuso, já que estendeu a todos os imóveis residenciais da entidade familiar a impenhorabilidade que era peculiar apenas àqueles instituídos, previamente, como bens de família, desta forma criando o Bem de Família legal.
>
> A proteção da família então, na criação do Bem de Família legal, mister se fez em período tão crítico pelo qual o Brasil atravessava.
>
> A expressão da Lei 8.009/90, além de suas consequências jurídicas no mundo social, teve maior enaltecimento face ao período de crise econômica, onde toda a sociedade brasileira estava à mercê de execuções por provável insolvência generalizada.
>
> Mais do que importante, a relevância do preceptivo legal que trata da impenhorabilidade do Bem de Família, urge-se em momento histórico de recessão.
>
> As exceções da impenhorabilidade do Bem de Família podem ser justificadas pela imaturidade da Constituição Federal de 1988, que ainda engatinhava por sobre seus princípios, e a sociedade como um todo, ainda se encontrava em processo de adaptação à nova ordem legal constitucional no tempo em que a Lei da Impenhorabilidade fora editada.
>
> A inclusão do instituto no Direito de Família é sem dúvida, ideal uma vez que o instituto do Bem de Família visa à intervenção do Estado, de forma categórica e soberana na proteção de sua menor, mas mais importante célula, a família, através do Ordenamento Jurídico.

Conforme demonstrado, verificamos claramente que o instituto bem de família fora instituído em nosso ordenamento desde o Código Civil de 1.916, em local diverso de onde realmente deveria constar, mas logo fora alterado para o livro dos bens, mais correto.

Muito embora já instituído em nosso ordenamento, verificamos que realmente veio a ganhar destaque no início da década de 90, tendo em vista a crise econômica em que o país se encontrava. Em decorrência da inflação que assustava a todos, o presidente Fernando Collor de Mello, na época, aprovou a Lei 8.009/90, que visava proteger a família brasileira.

Com a Lei 8.009/90 em vigor verificou-se que bem de família voluntário caiu em desuso, tendo em vista a abrangência da nova norma e que a mesma recaia sob todos os bens familiares e que previa todas as formas de impenhorabilidade, da mesma forma como também havia em nosso Código Civil, porém, com menos burocracia, o que não quer dizer que as normas instituídas em nosso Código Civil de nada mais serviriam, mas a Lei 8.009/90 veio a beneficiar todos, sem a necessidade, por exemplo, de registro em cartório do imóvel como bem de família.

Desta forma, podemos classificar o instituto bem de família de duas formas, o "Bem de Família Voluntário" que seria o bem destinado ao asilo familiar, existente em nosso Código Civil, tratando-se do bem em que o interessado, por vários motivos, declara o imóvel como bem de família. E temos também o "Bem de Família Legal", regido pela Lei 8.009/90, que são os casos em que todos nós temos direito, tendo a norma efeito *erga omnes*, na qual encontram-se formas de impenhorabilidade e também as exceções a esta impenhorabilidade, exceções essas que serão vistas adiante.

4. DA ESSÊNCIA DA LEI Nº 8.009/90

Frisados tais elementos históricos e sociais potencialmente influenciadores, já da dicção do artigo 1° da Lei n° 8.009/90 extrai-se a essência protetiva "*do casal ou da entidade familiar*" , traduzida na impenhorabilidade do respectivo "*imóvel residencial próprio*", que não responde assim, "*por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam*". Vê-se assim, que o sujeito nuclear desta benesse é a família (seja a constituída pelo casamento, seja nas diversas formas técnicas em que a mesma é empregada)[18] proprietária e residente no imóvel. Vislumbra-se ainda, que o objeto apto (ou que recai) a tal proteção – de acordo com o parágrafo único do indicado artigo 1° da Lei n° 8.009/90 – constitui no imóvel "*sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza*", além "*de todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa*" – ou seja, o objeto principal e todos aqueles que o gravitam e o caracterizam essencial. E isso por constituir tais bens, elementos essenciais à dignidade da família e/ou à sua própria existência, além de atenderem a uma função social; servindo os mesmos como abrigo e sustentáculo à referida instituição.

Inalienável assim – quer pelo momento histórico/social, quer pelas diretrizes da Constituição Federal de 1988 -, que o fulcro protetivo do bem de família encontra um limite – razão de ser, conforme apontar-se-á adiante, da preponderância jurídica das hipóteses excepcionais de penhorabilidade.

Registra-se ainda, que tamanho fora o intento de proteção ao cerne material da dignidade familiar, que o legislador optou para que referido instituto viesse a operar "*ex lege*", independente de qualquer formalidade (como escritura pública ou registro) e/ou ato de vontade do agente (tal qual ocorre nos artigos 1.711 a 1.722 do CC/2002), desde que respeitados os requisitos previstos na respectiva Lei. O Estado assim, faz as vezes de verdadeiro guardião da família – numa evidente publicização do Direito Privado, como hodiernamente sói ocorrer.

Entretanto, a apontada proteção material da Lei n° 8.009/90 voltada para a família (casal ou entidade familiar), como já dito, encontra um limite à sua própria essência e/ou razão de ser, cuja transposição enseja licitamente à penhorabilidade de respectivos bens, ou seja, faz operar a excepcionalidade da constrição judicial nas hipóteses ali mesmo previstas. E este mesmo comando limitador (esta mesma razão de ser da Lei) torna defensável a ampliação das circunstâncias aptas à penhora destes bens.

5. DA ANÁLISE INDIVIDUAL DAS EXCEÇÕES

5.1. Do caput do artigo 2º da Lei nº. 8.009/90

A primeira hipótese excepcional admissível de penhora em bem de família vem prevista no "*caput*" do artigo 2° da Lei n° 8.009/90, ou seja, "*veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos*". Notório no caso o intuito de se excluir da proteção de impenhorabilidade os bens tidos como supérfluos e/ou que não são necessários à dignidade da família – fugindo assim, à razoabilidade a que objetiva a Lei n° 8.009/90. Guarda-se além disso, íntima relação com os já mencionados princípios da eticidade e boa-fé; não sendo justo que bens tidos como não essenciais à moralidade familiar sejam protegidos, em detrimento à garantia de crédito do credor (e potencial satisfação de seu lídimo direito). De se ater que referido dispositivo tem co-relação com o previsto no artigo 649, II (notadamente quanto à exceção ali prevista) do CPC.

Neste aspecto, e quanto aos veículos de transporte, há que se fazer a ressalva daqueles "*necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão*" (vide artigo 649, V, do CPC), tais como táxis, barcos e/ou similares utilizados para pesca (desde que únicos e servindo à subsistência), carroças (tais como as usadas nas zonas rurais), etc., desde que, e por óbvio, atinjam ao escopo da Lei de manter a dignidade e/ou existência da família.

---

18 DE SOUSA, Aline Delias. A Família Informal: As Novas Espécies de Família não Fundadas no Casamento. Disponível em: http://www.ucpel.tche.br/direito/revista/vol6/13Aline.pdf. Acessado em 02 de dezembro de 2014

Há que se imprimir distinção – e em grande parte dos casos, cabendo ao Magistrado fazê-lo conforme prudente arbítrio – entre o que seja "equipamentos" (inseridos na impenhorabilidade do parágrafo único do artigo 1° da Lei n° 8.009/90) e "adornos" (passíveis de penhora conforme o "*caput*" do artigo 2° analisado).

5.1.2 Do artigo 3º e incisos da Lei nº 8.009/90

O artigo 3° da Lei n° 8.009/90 contempla grande parte das hipóteses onde há a permissibilidade da penhora em bem de família – através da distribuição em sete incisos, de variados matizes e escopos. E a primeira hipótese de referido dispositivo (inciso I) ao permitir a penhora em bem de família quando em choque com "*créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias*" sofre clara influência do direito social laboral e previdenciário.

Visa-se afastar lesão a crédito trabalhista e previdenciário daquele trabalhador que laborou em prol da própria família a princípio beneficiada; não se olvidando que ele trabalhador também possui família a ser sustentada, e assim, em último caso, a Lei ainda almeja tutelar interesse da família (neste caso, a do trabalhador). Não se pode ainda afastar o intento de resguardo dos princípios gerais (sempre basilares) da boa-fé/eticidade e do repúdio ao enriquecimento ilícito. Em regra, o trabalhador encontra-se de boa-fé e com a justa expectativa de receber seu salário, em contraponto ao empregador que, por ter empregado, subentende não necessitar de qualquer benesse protetiva a bem seu. Vem daí também a incidência da razoabilidade e do próprio bom senso. No particular a esta hipótese é quase unânime a interpretação restritiva que se faz de que a Lei almejou aos trabalhadores da própria residência, em detrimento daqueles que laboraram na construção ou reforma do bem.

O segundo caso previsto neste artigo, apto à penhora em bem de família, diz respeito a "*crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato*". Aí se torna patente o sobrelevo da boa-fé e probidade contratual advinda do artigo 422 do CC, bem assim, o repúdio ao enriquecimento ilícito. Não se pode chancelar a má-fé, inconsequência ou ganância, daquele que obtém empréstimo para construção ou aquisição do imóvel residencial (mesmo que destinado à família), sob pena inclusive de quebra da confiança e segurança nas relações contratuais em geral – havendo, inclusive, interesse público à estabilidade e ordem nos negócios jurídicos. Via reflexa a esta segurança negocial, a razão ainda desta excepcionalidade está em facilitar a própria aquisição da residência familiar, já que visa àquele agente de má-fé (exceção) em benefício daquele que honra com as suas obrigações (maioria), gerando assim confiança ao credor no disponibilizar financiamento a tal desiderato.

O inciso III do referido artigo 3° sobreleva a tutela do crédito de pensão alimentícia à tutela do bem de família pelo óbvio motivo de visar à sobrevivência daquele que necessita dos alimentos (podendo-se traduzir na própria dignidade da pessoa humana). Talvez seja, das exceções à impenhorabilidade do bem de família, a mais patente – dado o seu alto grau social. O único apontamento que se faz nesta hipótese é acerca da dúvida quanto à extensão da "pensão alimentícia" abarcar também o credor vítima de ato ilícito- aqui se defendendo, desde já, o posicionamento favorável a que tais credores também se beneficiem do dispositivo.

A contemplação seguinte – inserida no inciso IV do artigo 3° - permite a penhora em bem de família por dívida almejada advinda de "*impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições*" em função do próprio imóvel familiar. Abarca-se aí não só impostos (tais como o IPTU) e taxas públicas ordinárias, como também despesas condominiais hodiernas do imóvel a princípio tutelado. Tem-se nesta hipótese, diante do fato gerador ser o próprio imóvel familiar, o relevo público e imperativo contido nos tributos em geral. Além disso, mais diretamente no caso das despesas condominiais, há que se ter em mente que a dívida almejada em juízo reverteu em proveito deste mesmo bem imóvel familiar (em tese, o sustentáculo do imóvel corresponde às despesas condominiais). Sem descurar que a natureza da obrigação devida em comento é "*propterrem*" e/ou"*ob rem*", gerando-se um vínculo direto ao titular do bem e em função dessa sua condição de proprietário.

Em continuidade, o inciso V do dispositivo em comento permite a penhora de bem familiar na "*execução de hipoteca sobre o imóvel, oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar*". Trata-se de hipótese que guarda íntima relação com a segurança nos negócios jurídicos em geral (em especial àqueles que envolvem financiamento com garantia hipotecária),

com o princípio da obrigação e com a boa-fé/eticidade (logicamente do casal ou da entidade familiar que obtém empréstimo em contrapartida à garantia hipotecária) – notadamente em face à natureza de garantia real da hipoteca. Nesta circunstância, de se acrescer o entendimento de que, em função desta garantia ter sido oferecida pelo "*casal*" ou pela "*entidade familiar*", o financiamento reverteu em proveito da própria família (no mais das vezes, em prol do imóvel hipotecado). Há que se fazer a ressalva de que a jurisprudência tem entendido interpretar referido dispositivo de forma restrita – diante da máxima "*exceptiones sunt strictissimaeinterpretacionis*" -, não dando ensejo à penhora em execução comum, tão somente na execução hipotecária propriamente dita. Neste particular, há que se firmar entendimento radicalmente contrário, no sentido de ser permitir a penhora também em execuções comuns com garantia hipotecária.

A hipótese seguinte (inciso VI) guarda co-relação com expresso dispositivo constitucional, com evidente escopo de se rechaçar a má-fé e/ou o enriquecimento ilícito, ao permitir a penhora do bem fruto "*de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens*". Tem inspiração ainda no repúdio à prática de ato ilícito contemplado no artigo 186 e "*caput*" do artigo 927, e pelo princípio da imputação civil dos danos advinda do artigo 391, todos do CC. Patente também o combate a toda ação e/ou efeito de crime em nosso Ordenamento; daí a direta ligação com feito criminal, fonte da penhora em bem tido como de família – extraindo-se assim, numa interpretação gramatical/lógica, não ser possível que a penhora se dê em razão de ajuizamento autônomo de Ação na seara civil. A sentença penal, neste sentido, tem efeitos civis.

A mais polêmica e conflitante das hipóteses de penhorabilidade em bem de família encartadas no artigo 3° da Lei n° 8.009/90 é a do seu último inciso (VII); contemplação, fruto do artigo 82 da Lei n° 8.245 de 18/10/91 (a rotulada Lei de Locação). Por esta disposição, permite-se a penhora em bem de família quando advinda de"*obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação*". No presente caso, há que se primeiro pontuar que a razão da excepcionalidade encontra guarida em expressa disposição de Lei especial posterior (a Lei de Locação) – por inspiração e resguardo aos direitos locatícios ali presentes. A hipótese guarda indisfarçável similitude com o já mencionado inciso V do artigo, vez que refere-se também a garantia especial concedida em obrigação (nesta circunstância em comento, fiança dada num contrato de locação). Daí porque parte dos mesmos elementos inspiradores na execução da hipoteca (segurança nos negócios jurídicos, princípio da obrigação e boa-fé/eticidade) também o são na concessão de fiança no contrato locatício.

A questão se polemiza, notadamente na jurisprudência, quando é analisada à luz do artigo 6° da CF (fruto da EC 26/2000), tendo o STF se posicionado tanto a favor da constitucionalidade desta hipótese, quanto contra. Inobstante, prevalece o entendimento (inclusive no próprio STF) acerca da constitucionalidade do dispositivo em análise – o que não prescinde de desejável emissão de Súmula Vinculante sobre o tema, corroborando referido pensamento majoritário. Por fim, de se destacar que para a validade da fiança (e logicamente, para se possibilitar a penhora excepcional em bem de família nesta hipótese) torna-se imprescindível a outorga uxória – matéria, inclusive, objeto da Súmula 332 do STJ.

5.1.3 Do caput do artigo 4º da Lei n 8.009/90

A última admissão excepcional de penhora em bem de família extraída da Lei n° 8.009/90, advém do "caput" do artigo 4°, na hipótese do agente, sabedor de sua insolvência, adquirir "*de má-fé imóvel mais valioso para transferir a residência familiar, desfazendo-se ou não da moradia antiga*". Notória – e até expressa - a conotação de repúdio à má-fé, traduzida na fraude contra credores e/ou contra a execução, do agente devedor (que, dolosa e ardilosamente, intenta se beneficiar das benesses da Lei). Nesta circunstância, conforme respectivo § 1°, cabe apontar que o legislador preferiu conceder ao Magistrado, "*na respectiva ação do credor*", um meio de reverter o ato fraudatório do devedor (nitidamente intentando resguardar os direitos de crédito, da forma mais célere e eficaz possível).

5.2 Da Incidência do IPTU sobre a impenhorabilidade do bem de família

Continuando a verificar as hipóteses de penhorabilidade, o inciso IV nos mostra a hipótese de penhorabilidade pelo não adimplemento dos impostos, taxas e contribuições referentes ao imóvel, são elas IPTU, taxa de condomínio, até mesmo multas aplicadas pelo condomínio.

Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos, novamente leciona sobre o assunto em sua obra A Impenhorabilidade do Bem de Família (p. 65 e 66)[19]:

> O benefício da impenhorabilidade legal, por força do inc. IV do art. 3°, não se aplica à "cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar". A ressalva existe, também, no bem de família voluntário, que não está isento de execução por dividas provenientes de tributos a ele relativos e de despesas de condomínio (CC, art. 1.715). As taxas e contribuições a que a Lei se refere consistem em remuneração por serviços públicos prestados e contribuições de melhoria instituídas em virtude de obras públicas que valorizam o imóvel (CF, art. 145, II e III).

Leciona Fabrizio Rodrigues Ferreira, no artigo Da penhorabilidade do bem de família, publicado na internet[20]:

> A contemplação inserida no inciso IV do artigo 3° - permite a penhora em bem de família por dívida almejada advinda de "impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições" em função do próprio imóvel familiar. Abarca-se aí não só impostos (tais como o IPTU) e taxas públicas ordinárias, como também despesas condominiais hodiernas do imóvel a princípio tutelado. Tem-se nesta hipótese, diante do fato gerador ser o próprio imóvel familiar, o relevo público e imperativo contido nos tributos em geral. Além disso, mais diretamente no caso das despesas condominiais, há que se ter em mente que a dívida almejada em juízo reverteu em proveito deste mesmo bem imóvel familiar (em tese, o sustentáculo do imóvel corresponde às despesas condominiais). Sem descurar que a natureza da obrigação devida em comento é "propterrem" e/ou "ob rem", gerando-se um vínculo direto ao titular do bem e em função dessa sua condição de proprietário.

Neste sentido também é o entendimento de Fernanda Tenório Ribeiro Machado, em seu artigo, Bens de família excluídos da impenhorabilidade e penhorabilidade do bem de família do fiador, publicado na internet[21]:

> O art. 3°, inciso IV, prevê que não é oponível a impenhorabilidade legal do bem de família em razão de débitos derivados de impostos, taxas e contribuições devidas em função do imóvel. Assim o bem de família poderá ser objeto de penhora quando o seu titular for devedor dos tributos mencionados anteriormente.
>
> O art. 70 do Código Civil de 1916 já previa essa exceção, pois ressalvava da impenhorabilidade "as dívidas que provieram de impostos relativos ao mesmo prédio".
>
> O Código Civil atual em seu art. 1715 recepcionou a norma do Código Civil anterior e acrescentou as despesas de condomínio, esse art. dispõe que: "O bem de família é isento de execução por dívidas posteriores à sua instituição, salvo as que provierem de tributos relativos ao prédio, ou de despesas de condomínio".

---

19 VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. A Impenhorabilidade do Bem de Família. - V.51 ed. - Editora Revista dos Tribunais. 65 e 66 p.

20 http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8919 - Acesso em 29-09-2012 às 15h: 50m.

21 http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29567&seo=1> - Acesso em 29-09-2012 às 16h: 25m.

> É certo que, seria inviável a moradia em condomínio de edificações se o condómino inadimplente pudesse valer-se da impenhorabilidade do imóvel residencial destinado a moradia da família para se eximir do pagamento das despesas de conservação e manutenção da casa comum.
>
> Ademais, na hipótese de inadimplência das taxas condominiais por parte do locatário do bem, o responsável pela dívida será o locador, pois este é o titular da unidade, e por esse motivo deverá pagar as despesas. Restando apenas para o locador o direito de recorrer à ação regressiva em face do locatário inadimplente. A esse locatário cabe ainda arguir a impenhorabilidade do bem de família e aí o credor irá cobrar do fiador, tema que iremos tratar mais adiante.

Para análise ao caso concreto, segue jurisprudência[22]:

> PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. EXCEÇÃO. DÉBITO PROVENIENTE DO PRÓPRIO IMÓVEL. IPTU. INTELIGÊNCIA DO INCISO IV DO ART. 3º DA LEI 8.009/90.
>
> 1. O inciso IV do art. 3º da Lei 8.009/1990 foi redigido nos seguintes termos: "Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido: IV - para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar;" 2. A penhorabilidade por despesas provenientes de imposto, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar tem assento exatamente no referido dispositivo, como se colhe nos seguintes precedentes: no STF, RE 439.003/SP, Rel. Min. EROS GRAU, 06.02.2007; no STJ e REsp.160.928/SP, Rel. Min. ARI PARGENDLER, DJU 25.06.01. 3. O raciocínio analógico que se impõe é o assentado pela Quarta Turma que alterou o seu posicionamento anterior para passar a admitir a penhora de imóvel residencial na execução promovida pelo condomínio para a cobrança de quotas condominiais sobre ele incidentes, inserindo a hipótese nas exceções contempladas pelo inciso IV do art. 3º, da Lei 8.009/90. Precedentes. (REsp. 203.629/SP, Rel. Min. CESAR ROCHA, DJU 21.06.1999.) 4. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 1100087/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/05/2009, DJe 03/06/2009)

Conforme podemos notar, em nada pode se opor o sujeito que, de certa forma, está sendo beneficiado por determinada "melhoria" em não adimplir pelo valor que está sendo cobrado, ou seja, as taxas cobradas em razão de melhorias que irão valorar o imóvel são legais e ensejam a penhorabilidade do bem, caso não sejam pagas, da mesma forma o IPTU, o fato de não adimplir e não cumprir com a obrigação enseja a penhorabilidade do bem, igual ocorre com a falta de pagamento de taxa de condomínio.

5.3 Do veto parcial ao Projeto de Lei nº 51, de 2006 (nº 4.497/04 na Câmara dos Deputados.

Com o objetivo de garantir proteção máxima à família, mediante a proteção da residência familiar de qualquer valor, já que esse é o objetivo da norma constitucional regulamentada pela Lei nº 8.009/90. Ressaltando, que o ex- presidente da República, SrºLuis Inácio Lula da Silva, vetou na minereforma realizada no processo executivo de 2006, proposta que visava permitir a realização da penhora sobre bem de família, já que na sistemática do Projeto de Lei, a impenhorabilidade era absoluta apenas até vinte salários mínimos líquidos. Acima, deste valor, quarenta por cento poderia ser penhorado. Na mesma linha, o Projeto de Lei quebrou o dogma da impenhorabilidade absoluta do bem de família, ao permitir que seja alienado o de valor superior a mil salários mínimos, 'caso em que, apurado o valor em dinheiro, a quantia até aquele limite será entregue ao executado, sob cláusula de impenhorabilidade'. Quebrando a tradição da Lei nº 8.009/90. O §3º - do art. 649 e o parágrafo único do art. 650 da Lei n 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, alterados pelo então art.2º do Projeto de LEI '§3º na hipótese e no inciso IV do caput deste artigo, seria considerado penhorável até 40% (quarenta por cento) do total recebido men-

22 http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp - Acesso em 29-09-2012 às 18h: 56m.

salmente acima de 20(vinte) salários mínimos, calculados após efetuados os descontos de imposto de renda retido na fonte, contribuição previdenciária oficial e outros descontos compulsórios'.

Parágrafo único – Também pode ser penhorado o imóvel considerado bem de família, se de valor superior a 1000(mil) salários mínimos, caso em que, apurado o valor em dinheiro, a quantia até aquele limite será entregue ao executado, sob cláusula de impenhorabilidade. Como se sabe vige no âmbito da moderna teoria da execução forçada, o princípio da utilidade, segundo o qual, a execução há de ser útil ao credor e não pode se transformar em instrumento de simples castigo ou sacrifício do devedor.[23]

Os valores jurídicos que foram protegidos pela Lei do Bem de Família ainda persistem em nossa sociedade, sendo que nos dias atuais é ainda mais necessária tal proteção à família.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na evolução histórica do IPTU desde sua previsão na primeira Constituição da Republica Federativa do Brasil não houve muitas mudanças, pois praticamente sua estrutura continuou a mesma dentre as mudanças mais relevantes acontecidas em tal imposto, pode-se citar, a transferência de sua competência dos Estados-membros que estava prevista na Constituição de 1891 para os municípios o que aconteceu com a entrada em vigor da constituição de 1934 que, também trouxe sua bipartição em impostos distintos, posteriormente sua unificação em imposto único com a entrada em vigor da constituição de 1946, contudo sempre mantendo sua função fiscal.

A mudança mais significativa que aconteceu no IPTU, após a Constituição de 1946 foi a previsão na atual constituição da progressividade do IPTU no tempo para propriedade que não esteja cumprindo sua função social, uma vez que com tal previsão a função do IPTU passou de meramente fiscal, para, também, em casos excepcionais, função extrafiscal. Transformando, assim sua finalidade que antes era de apenas carrear recursos para a Fazenda Pública Municipal e agora pode ser usado para compelir o proprietário de imóvel urbano não edificado ou subutilizado a fazer com que sua propriedade cumpra a função social que está estabelecida no Plano Diretor da cidade, uma vez que a alíquota progressiva, torna inviável a manutenção de uma área urbana improdutiva visto que esta poderá chegar até 15% sobre o valor do imóvel. Ademais poderá até haver após a recalcitrância do contribuinte em não dar a destinação social de sua propriedade à desapropriação da mesma.

O tema em foco é de vital importância na atualidade, principalmente tendo em vista a crise econômica mundial, com potencial repercussão no Brasil (em maior ou menor grau). Paradoxalmente, ao invés de se refutar as hipóteses excepcionais previstas de penhorabilidade do bem de família, entende-se serem as mesmas perfeitamente legítimas ao se mensurar os bens jurídicos tutelados em questão. Mais que isso, conclui-se ser perfeitamente possível e legítima a ampliação legal destas hipóteses excepcionais – não se adotando assim, postura radical de completa revogação da Lei.

Para resguardo da família (no teor técnico), notadamente dos respectivos bens que a gravitam, e para a boa aplicação da Lei n° 8.009/1990, cabe em verdade uma mudança na atitude do Homem frente às suas relações com outrem; devendo sempre ser pautada por princípios de probidade, ética e boa-fé. E se tal mudança não advém de forma espontânea e natural, cabe à Lei (mais precisamente, às hipóteses excepcionais contemplativas da penhorabilidade) este papel, sempre para o bem do coletivo comparativamente a um bem individual.

Chegamos ao fim do tema, e podemos notar duas situações relacionadas ao bem de família, aquela impenhorabilidade do nosso Código Civil, correspondentes aos art. 1.711 ao 1.722, na qual existe um interesse maior dos cónjuges em declarar a impenhorabilidade do bem de família através de registros públicos afim de garantir, seu asilo familiar, para que em caso de imprevistos ou mudanças em suas vidas tenham ao menos um lar e condições dignas de moradia assegurados, tanto para si, quanto para sua família.

23 THEODORO Jr., Humberto. Artigo: Alguns Problemas em torno da Avaliação dos Bens Penhorados. Artigo publicado na Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil n° 45 – Nov/Dez de 2011.

Também podemos notar certas diferenças relacionadas ao bem de família estipulado em Lei especifica (8.009/90), na qual não há a necessidade de registro do imóvel familiar para que exista a possibilidade de garantir um bem familiar, trata-se de uma possibilidade prevista pelo legislador, não havendo necessidade ou maiores burocracias para que possam todos os cidadãos ter ao menos o direito e garantia de impenhorabilidade de seu asilo familiar, da mesma forma como ocorre, com os casos previstos em nosso Código Civil, porém sem toda aquela burocracia.

Em contra partida, muito tenhamos falado sobre a impenhorabilidade do bem, mas o tema principal deste trabalho, são as exceções à impenhorabilidade do bem de família, situações estas que conforme observamos, são corriqueiras em nosso dia a dia e muitas vezes nos passam despercebidas, são os casos previstos no art. 3° da Lei 8.009/90, na qual constam as 7 (sete) possibilidades de penhorabilidade do bem de família, cada qual com a sua peculiaridade, mas todas declaradas sua constitucionalidade, e vimos uma a uma entendimentos e breves comentários, sobre sua moralidade.

Muito embora não seja o entendimento da maioria, mas estou convencido de que todas as hipóteses arroladas, no art. 3° da Lei 8.009/90, são de grande valia para com o nosso meio, muito chamou a atenção, os incisos I e VII do art. Em comento, teve o legislador uma sensibilidade enorme para a situação do inciso I, no qual verificou-se que talvez a garantia do asilo familiar do empregador, poderia causar danos enormes a um empregado, sendo este em uma relação de emprego a parte mais frágil, e desta forma optou o legislador por, dar como penhorável o bem familiar, para que pudesse arcar com os compromissos de empregador.

Outra situação que também chamou muito a atenção, trata-se da hipótese do inciso VII, na qual o fiador, por muitas vezes tendo a intenção de ajudar ou colaborar, acaba de certa forma abrindo mão de seu imóvel, até então bem de família, e em muitos casos o acaba perdendo, por dívida contraída por terceiros, e nos chama atenção, é que este terceiro até então devedor, este sim, tem o benefício da impenhorabilidade do bem de família, e o fiador ora de boa fé, não é beneficiário deste instituto jurídico.

E assim chegamos ao fim desta pesquisa, podendo claramente analisar as duas formas de impenhorabilidade do bem de família, e claramente verificarmos que tal impenhorabilidade, conforme já exposto, nada mais é que uma impenhorabilidade relativa, e não absoluta como podíamos imaginar, fatos que comprovam esta conclusão são as hipóteses arroladas ao art. 3° da Lei 8.009/90.

REFERÊNCIAS

FERREIRA, Luiz Pinto. Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno. In: Pedro Dallari. Constituição e relações exteriores. p. 75.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. P.77-8 p.

FRANÇA, R. Limongi, Manual de Direito Civil, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1971.

BARRETO, Aires F.,Comentários ao Código Tributário Nacional, ed. Saraiva, vol. 1- São Paulo, 1998.

COELHO, Sacha Calmon Navarro, Curso de Direito Tributário Brasileiro: comentários à Constituição e ao Código Tributário Nacional, artigo por artigo.- Rio de Janeiro : Forense, 2001.

ATALIBA, Geraldo, Hipótese de incidência tributária, 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2005

BARRETO, Aires F.,Comentários ao Código Tributário Nacional, ed. Saraiva, vol. 1- São Paulo, 1998.

MARTINS, Ives Gandra, Comentários à Constituição do Brasil, São Paulo, Saraiva, 1990.

MACHADO, Hugo de Brito. Progressividade do IPTU, Repertório IOB de Jurisprudência, n. 16/90, Caderno 1; e Determinação do montante do tributo quantificação, fixação e avaliação, São Paulo, IOB, 1992.

ARAÚJO, Gediel Claudino de Araújo. Prática no Direito de Família. 3ª. Ed. Atual. – Editora Atlas

RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Família. 8ª edição. Editora Forense.

RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Família. Rio de Janeiro, Forense. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002. 150p.

http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1168/1118 - Acesso em 23-10-2014 às 23h: 24m.

http://www.unibrasil.com.br/arquivos/direito/20092/helio-chin-da-silva-lemos.pdf-Acesso em 23-10-2014 às 18h: 43m.

http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3587/Consideracoes-sobre-o-institutobem-de-familia-Acesso em 22-20-2014 às 17h: 50m.

DE SOUSA, Aline Delias. A Família Informal: As Novas Espécies de Família não Fundadas no Casamento. Disponível em: http://www.ucpel.tche.br/direito/revista/vol6/13Aline.pdf. Acessado em 02 de dezembro de 2014

VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. A Impenhorabilidade do Bem de Família. - V.51 ed. - Editora Revista dos Tribunais. 65 e 66 p.

http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8919 - Acesso em 29-09-2012 às 15h: 50m.

http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29567&seo=1> - Acesso em 29-09-2012 às 16h: 54m.

http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp - Acesso em 29-09-2012 às 18h: 56m.

THEODORO Jr., Humberto. Artigo: Alguns Problemas em torno da Avaliação dos Bens Penhorados. Artigo publicado na Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil nº 45 – Nov/Dez de 2011.

ABORDAGEM HERMENÊUTICA DO SISTEMA DE PRECEDENTES DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Lúcio Grassi de Gouveia[1]
Fábio Gabriel Breitenbach[2]

SUMÁRIO: 1.Introdução; 2.Decisão judicial e subjetivismo do julgador; 3.Subjetivismo do julgador e insegurança jurídica; 4.Considerações quanto ao rigor na fundamentação das decisões judiciais e ao sistema de precedentes no novo CPC; 5.Conclusões; 6.Referências.

1. INTRODUÇÃO

Sabemos que são muitas as críticas da doutrina brasileira quanto ao uso impróprio e abusivo dos princípios na construção das decisões judiciais. Seria, porém,equivocada a postura de iniciar esse trabalho criticando a problemática jurisprudência lotérica brasileira a partir de uma visão estática, irreal e inadequada da atividade de julgar. Isso já foi feito por aqueles que afirmam que, diante do caso concreto, somente existirá uma única decisão correta, tendo o julgador a missão de aplicar um direito pronto, através de uma operação lógico-dedutiva.

Diziam que no processo decisório dos tribunais, etapas como a reconstrução da realidade exterior, a procura da norma capaz de prover sobre aquela realidade e a individualização do efeito concreto reconhecido da norma eram vistas como diversas, estanques e se sucediam lógica e cronologicamente. Resolvia-se quase tudo através do silogismo puro, num modelo lógico-dedutivo fictício.

Contra essa visão estática já se posicionava Ovídio Baptista da Silva:

> os juristas modernos não conseguem pensar o direito a partir do caso; não conseguem pensá-lo através do problema. Somos induzidos por uma determinação paradigmática, a pensá-lo como sendo produzido pela regra, pela norma, enfim pelos códigos. Somos herdeiros da cultura européia das uniformidades, que devota um profundo desprezo pelas diferenças... O conflito entre nossa sujeição paradigmática e as contingências impostas por uma sociedade urbana de massa, com marcantes plurivocidades de visão de mundo, seja político, familiar, ético e até mesmo religioso, gera enormes dificuldades em torno do conceito de direito, especialmente quando nos deparamos com o fenômeno jurisdicional. As tentativas de quebrar as regras, de abrir brechas no sistema, de flexibilizá-lo, arejando-as, de modo a superar o idealismo próprio do Iluminismo europeu, que – ingenuamente – pretendeu transformar o Direito numa fórmula matemática, seguidamente defrontam-se com as mais graves e inesperadas dificuldades, opostas por nossa submissão ao paradigma racionalista, inspirador das várias matizes de positivismo jurídico, que os mais otimistas imaginam que já estejam superados[3].

---

1 Professor Adjunto II da Universidade Católica de Pernambuco (Graduação e Mestrado). Pesquisador do grupo de pesquisa Processo, Tecnologia e Hermenêutica. Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa. Mestre em Direito pela UFPE. Juiz de Direito.

2 Professor Auxiliar na Universidade do Estado da Bahia. Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco. Pesquisador do grupo de pesquisa Processo, Tecnologia e Hermenêutica.

3 SILVA, Ovídio A. Baptista da.*Justiça da lei e justiça do caso*. Revista Forense, Rio de Janeiro, ano 104, v. 400, nov.-dez. 2008, p. 190.

A dialética parece sair de um esquecimento de séculos para, a partir de Chaim Perelman e Theodor Viehweg, dentre outros, mostrar que aplicação do direito não é um processo meramente lógico-dedutivo, que este não é capaz de explicar como se opera a interferência dos juízos de valor do aplicador da norma, tema que não seria objeto da ciência jurídica, na visão de Kelsen.

Mas se na primeira fase do pensamento de Perelman, este procura demonstrar que julgamentos de valor são inteiramente arbitrários, insuscetíveis de tratamento racional, numa outra fase, percebe que considerar irracional a aplicação do direitoimporta renunciar a qualquer filosofia prática e abandonar a disciplina da conduta humana ao sabor de emoções e interesses, quer dizer, confiá-la à violência. Nessa fase, elege como projeto de pesquisa uma "lógica dos julgamentos de valor", objeto de estudo da chamada nova retórica. Afasta interpretações jurídicas verdadeiras, contentando-se com oportunas (diríamos nós adequadas), no que procura demonstrar o esgotamento do modelo cientificista de conhecimento do direito. O direito passa a ser pensamento tecnológico e não científico, tendo como conseqüências a perda do caráter normativo da teoria do conhecimento jurídico e integração entre a produção doutrinário-acadêmica e o cotidiano do profissional do direito. Abandonam-se procedimentos que deveriam ser seguidos para atingimento da certeza e verdade do conhecimento para preocupar-se com a descrição do processo de produção do conhecimento do direito, não mais postulando a adoção de determinado método como pressuposto de qualificação desse conhecimento [4].

Alexy, em uma postura ousada e corajosa, defende que a teoria do discurso é teoria procedimental e uma norma só pode ser correta quando resultante de um procedimento definido pelas regras do discurso. O procedimento "filtra" os argumentos para que o resultado seja uma norma adequada. Considera a argumentação jurídica como caso especial de argumentação prática geral, em virtude da existência de limitações como a sujeição à lei, a obrigatória consideração dos precedentes, o enquadramento na dogmática institucionalizada, e, no que se refere ao discurso científico-jurídico, as limitações através das regras do ordenamento processual [5].

No outro pólo, para os defensores atuais da utilização da hermenêutica, uma visão atual da metodologia do direito não pode prescindir de noções como pré-compreensão e círculo hermenêutico. Larenz examina com maestria estes fenômenos, constatando inicialmente que na interpretação, o significado das palavras em cada caso só pode inferir-se da conexão de sentido do texto e este, por sua vez, em última análise, apenas do significado - que aqui seja pertinente - das palavras que o formam e da combinação de palavras, então terá o intérprete - e, em geral, todo aquele que queira compreender um texto coerente ou um discurso - de, em relação a cada palavra, tomar em perspectiva previamente o sentido da frase por ele esperado e o sentido do texto no seu conjunto; e a partir daí, sempre que surjam dúvidas, retroceder ao significado da palavra primeiramente aceite e, conforme o caso, retificar este ou a sua ulterior compreensão do texto, tanto quanto seja preciso, de modo a resultar uma concordância sem falhas. Para isso, terá que lançar mão, como controlo e auxiliares interpretativos, das mencionadas "circunstâncias hermeneuticamente relevantes"[6].

Na esteira da compatibilização entre pensamentos sistemático e problemático, Castanheira Neves admite que

> era lícito duvidar-se da perfeita redução metódica do pensamento jurídico à hermenêutica: não tanto porque esse pensamento, ao contrário das outras "ciências do espírito", opera com uma normatividade vinculante e não é, como tal, livre na determinação do sentido; mas sobretudo porque a sua intenção metodológica não se esgota numa compreensão (o pensamento jurídico como "doutrina de um correto compreender") e antes se cumpre numa decisão (o pensamento jurídico como a doutrina de um válido decidir, e decidir com grande espaço de autonomia constituinte, como sabemos) - não se trata de uma atividade culturalmente

4 COELHO, Fábio Ulhoa. *Prefácio à edição brasileira de Tratado da Argumentação - A Nova Retórica, de Chaïm Perelman e LucieOlbrechts-Tyteca.* São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. XVII.

5 ALEXY, Robert. *Teoria de la Argumentación Jurídica.*Tradução de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 36.

6 LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito,* 2ª ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian, 1989, p. 242-243 .

> cognitiva, mas de uma atividade normativamente praxística[....]A hermenêutica pôde, no entanto, ser ainda referida pelo pensamento jurídico metodológico com um outro e mais atual sentido. Aquele que exatamente lhe permitiria a "nova hermenêutica": não já apenas numa reconsideração metódica dos cânones de sua interpretação, mas numa inteligibilidade crítico-metodológica, do *actus*específico que lhe cumpre na realização de sua tarefa prático-normativa. Foi assim que se convocaram as categorias hermenêuticas da "pré-compreensão" e do "círculo hermenêutico", do "referente" transtextualmente constitutivo e do contexto comunitariamente, significante, da dialógica e problemática dialética determinante dos sentidos e do *consensus* comunicativamente justificativo, do caráter historicamente condicionado ou situado da compreensão e assim também da sua índole "aplicativa" ou "concretizadora", etc. - pretendendo-se com essas categorias esclarecer, na sua estrutura e na sua intencionalidade, a verdadeira natureza metodológica do *judicium* jurídico [...] E todavia não se furta ainda esta orientação a uma manifesta ambigüidade. Podem, com efeito, considerar-se aquelas categorias como metodológicas "condições de possibilidade" também para o pensamento jurídico, mas isso não permite omitir que a sua essencializante problemática não está simplesmente no compreender dos sentidos culturais que o direito positivo objetive e sim no judicativo decidir de concretos problemas jurídicos, enquanto casos normativo-sociais: aquelas categorias hão-de converter-se em condições de possibilidade ou coordenadas metodológicas, não de um científico ou cognitivo compreender, mas de um prático e judicativo decidir [...] a concretização jurídica converte "o específico interesse-de-conhecimento da ciência do direito e da prática jurídica num interesse-de-decisão" [7].

Grande contribuição a essa maneira de ver o direito trouxe a Teoria Estruturante do Direito. Seu idealizador, Müller, afirma que

> pertence a esta teoria, no quadro da teoria estruturante do direito (TED), a diferença entre norma e texto normativo, o conceito de concretização como construção da norma jurídica geral, em cada caso a ser solucionado – em outras palavras: a temporalidade inerente da normatividade. Ela não é uma "virtude" dos textos na codificação, mas ela é um processo real, concreto de trabalho que deve ser assumido, socialmente e politicamente, com responsabilidade pelo operador do direito (ou seja, um conceito da teoria da ação, combinado com o conceito pragmático da linguagem na lingüística moderna do direito).[8]

Alguns ensinamentos da Teoria Estruturante do Direito encaixam-se como uma luva para explicar até certo ponto a atividade criativa do juiz. Nessa linha de raciocínio, o pensamento jurídico deixa de ser tão-só o analítico-teorético conhecimento (a reprodução) de um direito pressupostamente constituído a que se seguiria uma mera aplicação, para participar ele também na normativa-constituição (da produção) do direito através da sua problemático-concreta e judicativo-decisória realização histórica" - e enquanto uma tal realização, nesse sentido, exige já uma concretização, já uma integração, já um autônomo desenvolvimento constitutivo do direito positivo, pelo que o juiz participa da criação do direito[9].

Não estamos aqui a defender o apreço pelo irracionalismo jurídico. Procuraremos demonstrar a possibilidade de, mesmo considerada a natureza criativa da decisão judicial, termos maior segurança jurídica na atividade decisória dos tribunais, tendo em vista a rigorosa disciplina do Novo Código de Processo Civil em relação à adequada fundamentação das decisões judiciais e à rigidez de seu sistema de precedentes.

---

7 NEVES, A. Castanheira. *Método Jurídico*. Digesta - Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros, vol. 2.º. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 319-320.

8 MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito. Introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*. São Paulo: RT, 2007, p. 291.

9 NEVES, A. Castanheira. *O actual problema metodológico da realização do direito*. Digesta - Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros, vol. 2.º. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p.258- 260.

Veremos como a adequada interpretação do Novo Código pode contribuir para evitar que os juízes façam escolhas arbitrárias ao invés de decidirem conforme uma hermenêutica racional.

2. DECISÃO JUDICIAL E O SUBJETIVISMO DO JULGADOR

Em meados do século passado, houve mudança na concepção filosófica do conhecimento, denominada de giro-linguístico, cujo termo inicial foi marcado pela obra de Ludwig Wittgenstein. Foi quando a filosofia da consciência deu lugar à filosofia da linguagem.

Segundo tal concepção, a linguagem deixa de ser apenas instrumento de comunicação de um conhecimento já realizado e passa a ser condição de possibilidade para constituição do próprio conhecimento enquanto tal. Este não é visto mais como uma relação entre sujeito e objeto, mas sim entre linguagens.

Não existe mais um mundo em si, independente da linguagem, que seja copiado por ela, nem uma essência nas coisas para ser descoberta. Só temos o mundo e as coisas na linguagem: nunca em si. Assim, não há correspondência entre linguagem e objeto, pois este é criado por ela. A linguagem, nesta concepção, passa a ser o pressuposto por excelência do conhecimento.

O ser humano só conhece o mundo quando o constitui linguisticamente em seu intelecto. Por isso, Maturana e Varela afirmam que "todo ato de conhecimento produz um mundo". Conhecer não significa mais simples apreensão mental de uma dada realidade, mas a sua construção intelectual, o que só é possível mediante linguagem. Segundo Heidegger, nosso "ser-no-mundo" é sempre linguisticamente mediado. A linguagem é a morada do ser, o lugar onde o sentido do ser se mostra.[10]

Não utilizamos a linguagem para manipular o real, mas antes, ela nos determina e nela se dá a criação daquilo que chamamos de realidade. Pela linguagem podemos conhecer os dados físicos, identificá-los e transformá-los numa realidade objetiva para nosso intelecto.

Superada uma visão estática, acertamento do fato e aplicação do direito não são mais vistos como momentos pertencentes a fases diversas e isoladas. A elaboração silogística é claramente inadequada a alcançar a real dinâmica do processo formativo da decisão e esquematiza a posteriori e com exagerado simplismo uma operação que é, pelo contrário, muito laboriosa e complexa. Funcionaria como uma espécie de justificação "*ex post*" da decisão tomada pelo julgador.

Mantida a importância da noção de sistema em direito, mas de sistema aberto e móvel, atualmente prevalece o entendimento de que, na busca pelo aplicador do direito do sentido adequado da norma, o método lógico-dedutivo não pode ser utilizado em sua pureza, considerando a norma geral e abstrata (premissa maior), o fato concreto (premissa menor) e a norma individual e concreta (conclusão), ligadas somente por procedimentos lógicos e sem qualquer participação valorativa do aplicador do direito. Não queremos aqui afastar a importância da lógica jurídica, mas constatarmos que se a decisão é lógica não é somente lógica, até porque o julgador, antes de acionar as ferramentas lógicas, faz uma série de escolhas, servindo a lógica muitas vezes para legitimar uma das decisões possíveis para o caso concreto.

Dessa forma, não é a refutação do pensamento sistemático que solucionará o problema da construção de uma teoria capaz de explicar o processo decisório pelos aplicadores do direito, sendo porém imprescindível que sejam afastadas aquelas teorias que procuram explicá-lo como procedimento estritamente lógico-dedutivo no qual ao decisor não cabe fazer escolhas, no qual de uma premissa maior que é a norma jurídica se subsuma a premissa menor, que corresponde à situação fática, chegando-se silogisticamente a uma conclusão única e correta.

---

10 CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de Teoria Geral do Direito. O constructivismo lógico-semântico*. 3ª ed. São Paulo: Noeses, 2013.p.14-19.

Verificada a inadequação da aplicação do método lógico-dedutivo em sua pureza, surgiram entendimentos mais brandos, como o defendido por Engish[11], de que, a partir da premissa maior, intercalam-se diversas premissas menores que possibilitam a subsunção do fato à norma, para assim possibilitar a fixação da norma individual e concreta, como conclusão.

A norma geral e abstrata se formaria pela observação das normas do sistema jurídico que interessassem à decisão do caso concreto, aplicadas conjuntamente. As premissas menores, a partir de uma situação concreta onde as normas processuais garantiriam o enquadramento da conduta concreta ao tipo e a prova de que tal fato é imputável à determinação do sujeito. Assim, utilizando-se da lógica dedutiva, poder-se-ia formar a conclusão, a decisão do órgão aplicador do direito.

Merece destaque, portanto, o entendimento de que o ponto específico da interpretação, o apreender do sentido ou do significado de um termo ou de uma proposição no contexto de uma cadeia de regulação, iria para além das regras lógicas, considerando sua razoabilidade e apreciações subjetivas do texto normativo. O processo de dedução da maior parte das decisões, a partir da lei, por meio de uma subsunção lógica, seria inadequado ou de pouco significado.[12]

Segundo Müller,

> limitadas são as possibilidades da lógica na ciência jurídica. Já devido a sua forma lingüística, as prescrições jurídicas não fornecem, na maioria dos casos, nenhum ponto de partida para operações exatas de lógica formal [...] Passos que são caracterizados como lógicos são, via de regra, possíveis em decisões e na restante concretização do direito somente quando o resultado já se delineia nitidamente quanto ao seu teor jurídico, isto é, quando as premissas já estão elaboradas. As premissas são, entretanto, de natureza material e não podem ser obtidas por meio da lógica formal[13].

Defensor de uma coordenação valorativa e não subsuntiva, Larenz entende que na apreciação de uma situação de fato, para se descobrir se esta recai na previsão de uma das proposições jurídicas potencialmente aplicáveis, exige-se do julgador juízos baseados na interpretação da conduta humana, outros juízos proporcionados pela experiência social, juízos de valor e uma margem de livre apreciação por parte do juiz, quando na impossibilidade de utilização de ponderações convincentes [14].

Seguindo esse raciocínio, o processo de dedução da maior parte das decisões, a partir da lei, por meio de uma subsunção lógica (de situação de fato sob a previsão de uma norma legal) ou é geralmente inadequado ou tem significado mínimo. O ponto central da descoberta do direito e da justificação da decisão, muitas vezes reside em juízos de valor por parte do juiz. E o modelo silogístico puro fornece-nos a falsa impressão de que a decisão foi obtida seguindo-se uma sequência lógica rigorosa de pensamento.

Sabemos ainda que muitas vezes o legislador trabalha com cláusulas gerais e conceitos indeterminados, deixando uma certa margem de apreciação para o aplicador do direito. Assim, a comparação e a ponderação valorativas devem atuar no lugar da subsunção, tendo o modelo lógico-dedutivo em sua pureza utilização somente naqueles casos em que a decisão é consequência imediata da norma aplicada.

---

11 ENGISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 6ª ed., tradução de J. Baptista Machado, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1988.

12 LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, 2ª ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian, 1989, p.328-329.

13 MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito. Introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*. São Paulo: RT, 2007, p. 69

14 LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, 2ª ed. Tradução de José Lamego, Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian, 1989, p. 340.

A crítica ao emprego da lógica tradicional na interpretação do direito se dirige contra sua aplicação aos conteúdos das normas jurídicas. O problema da interpretação do direito é um problema de lógica material, de lógica dos conteúdos e não de lógica formal. A lógica formal, de tipo puro, *a priori* – por conseguinte a lógica tradicional da dedução silogística – tem certamente emprego correto e necessário no tratamento e análise dos conceitos jurídicos puros e essenciais como os de norma jurídica, relação jurídica, direito subjetivo, entre outros.

O processo decisório poderá consistir em opções valorativas conflitantes em que, diante de algumas decisões possíveis, o julgador, utilizando-se de sua carga de conhecimentos, ideologia, emoções, personalidade e formação, escolherá a que entender adequada. Terá porém o dever de fundamentar suas decisões, sob pena de nulidade, algo que foi enfatizado pelo novo Código de Processo Civil brasileiro, conforme veremos.

Que fique claro que, ao admitirmos que o rigor lógico-dedutivo não é suficiente para resolver a ampla gama de questões que se apresentam ao julgador, não chegamos a defender o irracionalismo pregado por escolas realistas, que elegeram o elemento volitivo do aplicador do direito como ponto fundamental do processo decisório. Nessa linha Sobota[15], Brutau e Ballweg chegam a admitir que o juiz primeiro chega ao resultado para depois procurar as normas e princípios que o justifiquem. Sabemos o mal que tal postura tem causado ao direito brasileiro.

Temos consciência de numa sociedade democrática é comum a existência de um pluralismo de ideias religiosas, filosóficas e morais que são incompatíveis entre si. Nesse contexto, cláusulas constitucionais como direito à vida, dignidade da pessoa humana ou igualdade dão margem a construções hermenêuticas distintas. Com o reconhecimento da condição de norma jurídica à Constituição, como consequente lógico temos que a interpretação constitucional é uma modalidade de interpretação jurídica. Contudo, é necessário estabelecer uma hermenêutica racional para evitar decisões baseadas exclusivamente na "consciência individual" de cada julgador.

A época atual vem trazendo consigo uma sobrecarga com a qual o direito dogmático não tem conseguido lidar. Nesse contexto, evidencia-se um crescente distanciamento entre textos legais e decisões[16]. Na prática forense, não raras vezes escutamos que existe jurisprudência para justificar – ou fundamentar – qualquer decisão; ou seja, basta ao juiz escolher qual decisão quer tomar para, depois, buscar alicerce à decisão, tomada de acordo com sua "consciência subjetiva", na ementa de algum julgado. A menção à ementa é importante para o presente estudo porque, muitas vezes, verificamos ementas invocadas nas mais variadas peças jurídicas – petições, pareceres, sentenças e acórdãos – sem que o jurista que a está utilizando tenha lido o inteiro

---

15 Para Sobota, os retóricos mostram-se céticos a respeito desses sistemas intelectuais. Sob sua perspectiva, nem atribuições universais nem regras instrumentais constituem a estrutura principal do discurso jurídico. Elas são apenas um dos vários instrumentos produzidos para construir esta realidade artificial, porém eficaz chamada direito. Nada obstante, o discurso acadêmico tende a identificar fenômenos normativos com a efetivação de regras instrumentais. Além disso, esta posição moderna é reforçada pelo poder de um antigo conceito, o conceito de silogismo. Em retórica analítica não acreditamos em qualquer desses conceitos. Em nossa opinião, a prática jurídica não é governada nem pelas premissas maiores nem por normas instrumentais. Preferimos o conceito menos preciso de regularidades. "Regularidades", tal como as entendemos, não são nem tão gerais nem tão permanentes como se supunha serem as leis da física clássica. Elas constituem formações cibernéticas dinâmicas, tais como a rede viva da célula ou as estações do ano, modas, rituais ou padrões de comportamento. Regularidades são "padrões" e não "estruturas" ou "regras" - "padrões" construídos por um observador dentro do próprio sistema. Tais regularidades não dirigem ou controlam a natureza, nem fornecem qualquer descrição universal dela. Elas são parte de toda ação; elas organizam essas ações e são produzidas pelas mesmas ações. Acho que o processo decisório jurídico não é governado por normas universais, mas sim moldado e constituído por tais padrões mutáveis e auto-organizados, os quais se encontram frequentemente articulados como regras mas são de fato apenas "regularidades". Neste sentido, quem quer que se disponha a descobrir os padrões básicos da comunicação normativa, deve examinar a retórica dos juízes e advogados ao invés da engenharia social de nossos dias ou dos estudos dialéticos dos lógicos. Fazendo isso, não se deve ignorar o fato de que a partir de um certo grau de complexidade cultural, muitos discursos se tornaram interligados com a retórica das regras explícitas, como, p.ex., as normas tributárias egípcias, os Dez Mandamentos ou os códigos de Draco e Solon. Contudo, essas normas eram apenas um estreito segmento dentro do círculo de outras formações normativas tais como rituais, costumes, parábolas, sinais emotivos ou precedentes. Hoje, com a vasta proliferação de normas legais, esta relação quantitativa foi provavelmente invertida. Mas a decisão judicial ainda é baseada aproximadamente nos mesmos padrões aplicados nos primórdios da retórica judicial (SOBOTA, Katharina. *Don't mention the norm!International Journal for the Semiotics of Law*, IV/10, 1991, p. 45-60. Tradução de João Maurício Adeodato, publicada no *Anuário do Mestrado da Faculdade de Direito do Recife*, nº 7. Recife: ed. UFPE, 1996, p. 251-273).

16 ADEODATO, João Maurício. Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 296-297.

teor da decisão; buscado saber se a ementa integra a jurisprudência consolidada no tribunal; e investigado os fundamentos jurídicos essenciais que justificaram a construção do precedente (*ratiodecidendi*).

Nesse cenário, uma pesquisa empírica no Poder Judiciário certamente confirmaria que "os mesmos juízes nem sempre adotam os mesmos métodos de interpretação. Seu método ou filosofia judicial é mera racionalização da decisão que tomou por outras razões"[17]. Todavia, interpretar a Constituição e as leis não é um ato de mera vontade. Decidir não é um ato de apenas escolher aquilo que, no aspecto subjetivo, parece ser o mais acertado para aquele que está decidindo.

Em decorrência da transição do positivismo para o pós-positivismo – que transformou o juiz boca-da-lei em intérprete dos textos normativos, em especial das normas constitucionais –, o que se verifica é um alto grau de voluntarismo, notadamente porque no interior da dogmática jurídica a interpretação continua a ser entendida como a escolha de um sentido que advém da consciência do julgador. Isso determina a constante imprevisibilidade no Direito e ocorrência de múltiplas decisões para casos que são absolutamente iguais. Os princípios "tornaram-se uma espécie de máscara da subjetividade, na medida em que passaram a ser aplicados como enunciados performativos que se encontram à disposição dos intérpretes, permitindo que os juízes, ao final, decidam como quiserem" [18]

A decadência do positivismo vem, além de outros fatores, exatamente do processo de subsunção, o qual pretendia indicar como sendo correta apenas uma única solução. Diante de atrocidades históricas, o ordenamento jurídico não poderia mais ser visto como mero rótulo para truculências e barbáries. O povo não poderia estar à mercê de novas ditaduras, de novos ordenamentos jurídicos distanciados dos comandos éticos. Ademais, o Direito é um fenômeno complexo, formado não apenas por leis, mas por fatos e valores. E todo este arcabouço axiológico deve sim ser considerado no estudo jurídico. Nesse enredo, ao discorrer sobre o declínio do positivismo jurídico e a transição para o pós-positivismo, a posição de Schier[19]:

> Após a escuridão de um longo período, a luz se acende! Veio mostrar a clareza, apontar os caminhos, evitar os choques, permitir o início de um novo momento em que podemos olhar o que outrora estava escondido nas sombras de um quarto fechado. Antes, porém, nos primeiros momentos da luz, em questão de segundos ou por vezes minutos, a claridade agride a retina, ofusca o olhar, confunde os objetos... causa confusão! Após o assentamento da poeira de um longo período de tempo das secas, a chuva cai! Veio limpar o ambiente, evitar as quedas, permitir o início de um novo momento em que também podemos olhar o que outrora estava escondido sob a sujeira do piso já envelhecido. Antes, porém, nos primeiros momentos, faz-se a lama, aumenta-se a sujeira, forma-se o lodo, para somente após a água levá-lo definitivamente para o fundo da terra. Viveu-se no Direito, por longos e longos anos, sob o quarto escuro e empoeirado do positivismo jurídico. Sob a ditadura dos esquemas lógico-subsuntivos de interpretação, da separação quase absoluta entre direito e moral, da ideia do juiz neutro e passivo, da redução do direito a enunciados linguísticos, da repulsa aos fatos e à vida em relação a tudo que se dissesse jurídico, da separação metodológica e cognitiva entre sujeito e objeto de interpretação, da prevalência sempre inafastável das opções do legislador em detrimento das opções da constituição e da criatividade hermenêutica do juiz, da negação de normatividade aos princípios e, assim, em grande parte, à própria Constituição.

---

17 BARROSO, Luis Roberto. *Jurisdição Constitucional: A tênue fronteira entre o Direito e a política*. Migalhas. 5 fev. 2014. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/ art20140204-06.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2014, p. 25-26.

18 TRINDADE, André Karam. *Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em terraebrasilis*. *In*: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, LenioLuis; e TRINDADE, André Karam (Org.). Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 118.

19 SCHIER, Paulo Ricardo. *Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo.Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, out./dez. 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-4-OUTUBRO-2005-PAULO%20SCHIER. pdf>. Acesso em: 28 jun. 2014, p. 4.

Com a superação histórica do direito natural e o fracasso político do positivismo, são abertas as portas para um momento de mudança, de quebra paradigmática. O momento atual é de reflexões, ainda não esgotadas, sobre uma nova maneira de pensar o Direito. Tal estrutura ensaia o arranjo de uma hermenêutica jurídica, constitucionalizada. É o que pode se chamar de pós-positivismo.

Em verdade, houve a reaproximação entre Direito e ética, assim denominada de virada kantiana (*kantischeWende*). Houve o retorno à filosofia de Kant, na fundamentação moral dos direitos humanos e na busca da justiça apoiada no imperativo categórico. É a retomada dos valores transcendentais do jusnaturalismo ao ordenamento jurídico. Nesse contexto, Barroso assevera que [20]

> o pós-positivismo (...) busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana.

A construção teórica do pós-positivismo se identifica com a noção de pós-modernidade. O termo pós-modernidade, no entanto, é curiosamente contraditório; recorre a uma definição histórica – *pós* – para denominar um movimento cultural em ruptura com o historicismo. "A este período de transição onde impera a perplexidade e as perguntas são maiores que as respostas convencionou-se chamar pós-modernidade, na falta de outro termo que melhor designe o momento" [21].

Segundo Barroso, a pós-modernidade

> (...) abriga a mistura de estilos, a descrença no poder absoluto da razão, o desprestígio do Estado. A era da velocidade. A imagem acima do conteúdo. O efêmero e o volátil parecem derrotar o permanente e o essencial. Vive-se a angústia do que não pôde ser e a perplexidade de um tempo sem verdades seguras. Uma época aparentemente pós-tudo: pós-marxista, pós-kelseniana, pós-freudiana.[22]

Em razão de não terem sido concretizados os principais objetivos perseguidos pela sociedade moderna, consubstanciados especialmente na racionalização dos valores humanos universais ligados à igualdade, à liberdade e à dignidade da pessoa humana, ocorre o declínio da modernidade e floresce a necessidade de uma revisão geral dos conceitos e valores até então aceitos de forma genérica e racional. A era que surge, denominada de pós-modernidade, tem como movimento filosófico representativo o desconstrutivismo ou pós-modernismo, cujo "alvo principal é a crítica de todos os conceitos e valores que, até hoje, sustentaram a Filosofia e o pensamento dito ocidental: razão, saber, sujeito, objeto, História, espaço, tempo, liberdade, necessidade, acaso, Natureza, homem, etc." [23].

---

20 BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil.* **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851, 01 nov. 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/7547>. Acesso em: 10 jun. 2014,

21 TEIXEIRA, João Paulo Allain. *Racionalidade das decisões judiciais*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 17.

22 BARROSO, Luis Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo*). Revista Diálogo Jurídico. Salvador: CAJ - Centro de Atualização Jurídica, ano I, v. I, n. 6, set. 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/dialogo-juridico-06-setembro-2001-luis-roberto-barroso.pdf >. Acesso em: 10 jun. 2014.

23 CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. 5. ed. São Paulo: Ática, 1995, p. 54.

Na pós-modernidade avançamos para um Direito preocupado com os valores e costumes do povo, respeitando princípios, que norteiam todo o ordenamento, e garantindo os direitos fundamentais de cada cidadão em face do Estado. A Constituição é uma norma jurídica. Diante disso, as normas constitucionais são aplicadas direta e imediatamente no limite de sua densidade jurídica. Trata-se, pois, de valiosa mudança paradigmática. A Carta Maior passou a ter força vinculante, de cumprimento obrigatório, e se tornou bússola normativa para os demais atos legislativos. As normas constitucionais, além de serem parâmetros para aplicação de todas as outras normas do ordenamento, adquiriram, por si sós, aplicação imediata nos casos concretos, sem necessitar mais da atividade positiva do legislador, por sua força normativa, hoje reconhecida. Além disso, a supremacia da constituição sobre as demais normas jurídicas significa que "nenhuma lei ou ato normativo pode ser considerado válido se for incompatível com a Constituição. O controle de constitucionalidade das leis serve para relativizar o mito positivista da *supremacia do legislador*". [24].

Com o reconhecimento da condição de norma jurídica à Constituição, como consequente lógico temos que a interpretação constitucional é uma modalidade de interpretação jurídica. Fernandes e Bicalho[25] aduzem que as principais características do pós-positivismo são "a) a abertura valorativa do sistema jurídico e, sobretudo, da Constituição; b) tanto princípios quanto regras são considerados normas jurídicas; c) a Constituição passa a ser o *locus* principal dos princípios; e d) o aumento da força política do Judiciário em face da constatação de que o intérprete cria norma jurídica".

No contexto do pós-positivismo, do intérprete se exige uma postura construtiva, pois ele atribui sentido ao enunciado legal; o sistema jurídico é aberto/complexo; é reconhecida a supremacia da Constituição; e trabalha-se no âmbito do poder ser. Diante disso, é necessário estabelecer uma hermenêutica racional para evitar decisões baseadas exclusivamente na "consciência individual" de cada julgador.

3. SUBJETIVISMO DO JULGADOR E INSEGURANÇA JURÍDICA

Vimos que, especialmente na chamada pós-modernidade, não podemos fugir da atitude criativa dos julgadores, considerando que a mesma é inerente à atividade decisória. Vimos ainda que o direito, por trabalhar com linguagem, pode fazer uso de palavras que possuam vários sentidos; que a interpretação não é imune à ambiguidades, que determinam a possibilidade de ser atribuído mais de um sentido ao mesmo signo. E ainda, trabalha o legislador com cláusulas gerais e conceitos indeterminados. Legisla através de princípios e regras, que são espécies do gênero norma.

Princípios constitucionais como direito à vida, dignidade da pessoa humana ou igualdade dão margem a construções hermenêuticas distintas. Temas como interrupção da gestação, pesquisas com células tronco embrionárias, eutanásia/ortotanásia, uniões homoafetivas, poliamor, dentre outros, demandam controvérsia em todo o mundo, e não apenas no Brasil. Em temas como os mencionados, as pessoas podem pensar de modo radicalmente contrário e sem conciliação possível, gerando um desacordo moral razoável[26]

Essas questões polêmicas do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas pelo Poder Judiciário em face de um movimento que se denominou de *judicialização*. Deveriam ser tradicionalmente tratadas nas instâncias políticas – Legislativo e Executivo. São decididas pelo Poder Judiciário em face da desilusão com a política majoritária, aliado ao fato de os próprios atores políticos preferirem, em razão de não existir consenso, que o Judiciário seja a instância decisória dos rumos do país. Como os juízes não se eximem de julgar afirmando a existência de lacuna (Lei nº 5.869/73, art. 126; Lei nº 13.105/15, art. 140), acabam tendo que se posicionar.

---

24 CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 204.

25 FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; e BICALHO, Guilherme Pereira Dolabela. *Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 48, n. 189, jan./mar. 2011, pp. 105-131. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242864/000910796.pdf?sequence=1>. Acesso em: 12 jul. 2014, p. 114.

26 BARROSO, Luis Roberto. *Jurisdição Constitucional: A tênue fronteira entre o Direito e a política*. Migalhas. 5 fev. 2014. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/ art20140204-06.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2014. p. 23-24.

Normas-regras são mandados de definição que, em alguns casos, podem exigir do magistrado, tão somente, a subsunção diante do caso concreto, aplicando a medida exata do que está prescrito na regra. Ou seja, quando estiver diante de um caso em que sua solução está expressamente posta no ordenamento jurídico positivado, o interprete/aplicador deve aplicá-la. Por outro lado, normas-princípios são espécies de normas jurídicas por meio das quais são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, em consonância com as possibilidades do caso e das normas existentes. Sendo assim, as normas-princípios só terão seu grau de incidência descoberto frente à existência de um caso concreto, não sendo possível estabelecer de antemão o significado de qualquer princípio jurídico, bem como a sua aplicabilidade.

Segundo Ávila[27],

> é só a aplicação dos princípios diante dos casos concretos que os concretiza mediante regras de colisão. Por isso, a aplicação de um princípio deve ser vista sempre com uma cláusula de reserva, a ser assim definida: Se no caso concreto um outro princípio não obtiver maior peso. (...) É dizer o mesmo: a ponderação dos princípios conflitantes é resolvida mediante a criação de regras de prevalência, o que faz com que os princípios, desse modo, não sejam aplicados também ao modo tudo ou nada.

Nenhum princípio, ainda que de origem constitucional, é absoluto, sendo necessária uma ponderação para o fim de descobrir qual deve prevalecer em uma situação específica.

Nesse contexto, Barroso[28] adverte:

> Nos casos fáceis, a identificação do efeito jurídico decorrente da incidência da norma sobre os fatos relevantes envolve uma operação simples, de mera subsunção"; e, paralelamente, reconhece que "os casos difíceis envolvem situações para as quais não existe solução acabada no ordenamento jurídico. Ela precisa ser construída argumentativamente, por não resultar do mero enquadramento do fato à norma.

Num sistema constitucional que consagra cláusulas gerais, não há como negar que, em determinadas oportunidades, o sentido da norma terá que ser fixado pelo juiz. Isso não permite, no entanto, que o magistrado decida exclusivamente de acordo com sua vontade, já que o ato de decidir não equivale ao ato de fazer uma escolha. A construção racional da decisão judicial não é um ato de mera escolha do magistrado, notadamente quando ele tem o dever de fundamentar adequadamente suas decisões (CRFB/88, art. 93, inciso IX).

Ao tratar dos limites éticos do poder constituinte originário, e da concretização da lei pelo Judiciário, Adeodato[29] assevera:

> (...) o positivismo exegético evolui para um decisionismo concretista (...). A complexidade social crescente provoca um aumento cada vez maior no dissenso a respeito da significação concreta dos textos normativos, diminuindo a importância do Poder Legislativo e enfatizando o papel do Judiciário e demais agentes casuísticos. A ideia normativa não mais se concretiza no texto legislado, na jurisprudência ou mesmo no precedente, meros dados de entrada, mas sim na decisão concreta. A "racionalidade" do direito, mais do que casuística, passa a ser causal.

---

27 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 27.

28 BARROSO, Luis Roberto. *Jurisdição Constitucional: A tênue fronteira entre o Direito e a política*. Migalhas. 5 fev. 2014. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/ art20140204-06.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2014, p. 24-25.

29 ADEODATO, João Maurício. Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 304.

Pois bem. O que temos visto, com frequência, em todas as esferas do Poder Judiciário, são decisões baseadas em juízos de consciência – ou de conveniência – dos prolatores, sem qualquer comprometimento com a efetiva aplicação do Direito posto[30]. Diante disso, é necessário combater os decisionismos[31], proferidos sem qualquer justificativa racional e sem legitimidade, para que os ganhos advindos da virada constitucional, explicada anteriormente, não sejam enfraquecidos.

Nesse cenário, teorias que apostam no subjetivismo do aplicador acabam permitindo discricionariedades e arbitrariedades. Em regimes e sistemas jurídicos democráticos, não há espaço para que a "convicção pessoal do juiz" seja o critério exclusivo para resolver as indeterminações da lei. Nesse ponto, é oportuna a lição de Trindade[32]:

> (...) considerando que no interior da dogmática jurídica a interpretação continua a ser entendida como escolha de um sentido tomado que advém da consciência do julgador – ao qual é delegada a tarefa de, casuisticamente, concretizar os direitos fundamentais a partir de suas convicções pessoais, conforme denuncia Streck –, o que ser verifica é um alto grau de voluntarismo, cujo resultado, ao final, é uma *justiça lotérica*, marcada pela imprevisibilidade (...).

A prática jurídica revela que existem decisões diferentes para casos que são simetricamente iguais e, muitas vezes, são proferidas decisões que desconsideram completamente o ordenamento constitucional e infraconstitucional posto, bem como a força obrigatória dos precedentes. Nesse caso, múltiplas decisões para casos iguais revelam uma ordem jurídica incoerente e injusta.

Nesse contexto, é flagrante a falta de coerência jurídica. Integrantes do Poder Judiciário, em casos semelhantes, ora invocam determinadas preocupações, ora não as invocam, a depender, ao que tudo indica, do pragmatismo essencialmente momentâneo inerente ao ir e vir da conjuntura política, econômica e social. Nesse contexto, os princípios servem para justificar qualquer decisão. Criticando as manifestações judiciais que exageram na fundamentação principiológica, Sarmento[33] argumenta:

---

30 Para exemplificar, indicamos a leitura do texto "Justiça entre exegetismo e decisionismo: o que fazer?", no qual LêniioStreck comenta uma decisão proferida pela Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, na qual foi permitido o saque do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) para pagamento de pensão alimentícia, uma nítida substituição do legislador pelo órgão judicial. Com efeito, as hipóteses de movimentação da conta vinculada ao FGTS estão previstas no art. 20 da Lei nº 8.036/90, não havendo previsão do saque para pagamento de prestação alimentícia. O fato de a decisão ter sido "justa" – no enfoque de resolução apenas do caso concreto – é irrelevante; a eventual "falha" do legislador em não incluir os inadimplentes de pensão alimentícia como possíveis sacadores do FGTS, também. O fato é que o Judiciário não pode tratar da matéria. Decisão judicial não é escolha. Se o legítimo detentor do poder de regulamentar a questão exerceu o seu mister – não sendo, pois, hipótese de omissão inconstitucional; e se não é caso de interpretação conforme – a Constituição não admite a interpretação no sentido de considerar válida a transferência de recursos que constituem a garantia de todo o sistema do FGTS e são, pois, de todos os que a ele estão vinculados, para resolver o problema de apenas um; ao Judiciário era permitido, apenas, aceitar e aplicar a norma. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-mar-27/senso-incomum-justica-entre-exegetismo-decisionismo>. Acesso em: 10 jan. 2015.

31 Como afirma TRINDADE, para concretizar os direitos fundamentais, conferiu-se aos juízes discricionariedade para invocar o *justo* contra a *lei*. E, assim, após muitos anos de luta contra o positivismo legalista, incorremos em outro equívoco: substituímos o *juiz boca de lei* pelo *juiz que pondera princípios* e que, portanto, decide conforme sua consciência, a partir de valoração de ordem subjetiva, passando, assim, de um *mecanismo* na aplicação do direito para um *decisionismo* (...), que vem reforçado pela ideia de que a discricionariedade é algo natural à decisão judicial". TRINDADE, André Karam. *Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em terraebrasilis*. *In*: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, LenioLuis; e TRINDADE, André Karam (Org.). Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 121-122.

32 TRINDADE, André Karam. *Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em terraebrasilis*. *In*: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, LenioLuis; e TRINDADE, André Karam (Org.). Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 119.

33 SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda*. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; e SARMENTO, Daniel (Org.) A constitucionalização do Direito: Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007, p. 144.

> Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de através deles, buscarem a justiça – ou o que entendem por justiça –, passaram a negligenciar no seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta "euforia" com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras "varinhas de condão": com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser. Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham as suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação dos poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiossincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico.

Se for autorizado que o juiz decida exclusivamente conforme a consciência, o caráter institucional de que devem se revestir as decisões do Poder Judiciário restará dilacerado. Os decisionismos não dão segurança para ninguém, mas apenas a sensação de que temos que torcer para que o juiz que decide nossa causa seja um "homem de bem".

Com efeito, a ordem jurídica deve ser coerente, pois, como é obvio, não é formada apenas pelas leis, mas também pelas decisões judiciais. Essas devem ser previsíveis, notadamente em razão da necessidade de o homem ter segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsavelmente a sua vida. É imprescindível, também, que as decisões judiciais sejam harmônicas, a fim de garantir a construção de uma pauta de conduta estável. A previsibilidade das decisões constitui valor moral imprescindível para o homem poder se desenvolver. O mínimo que o cidadão pode esperar, no Estado Democrático de Direito, é o respeito à confiança gerada pelos atos e decisões do Poder Público.

4. CONSIDERAÇÕES QUANTO AO RIGOR NA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E AO SISTEMA DE PRECEDENTES NO NOVO CPC

Imbuído do sentimento de julgar apenas conforme suas consciências, muitos juízes poderão tentar fundamentar as escolhas feitas mediante a reprodução, em suas decisões, de entendimentos jurisprudenciais. Em face disso, surge a equivocada idéia de que pode existir jurisprudência para justificar qualquer decisão, o que não é verdadeiro e não pode ser aceito. As sentenças, muitas vezes, são fundamentadas unicamente em outras decisões judiciais, ou, o que parece mais danoso, em ementas transcritas sem sua completude.

A possibilidade de encontrarmos ementas contraditórias, o que contribui para justificar escolhas arbitrárias, decorre da ausência de uma jurisprudência estável. Contudo, é importante advertir que, não raras vezes, o texto constante na ementa não reflete a fundamentação que serviu para orientar o Tribunal a decidir numa determinada maneira. Muitas vezes, encontramos ementas citadas nas mais variadas peças jurídicas – petições, pareceres, sentenças e acórdãos – sem que o jurista tenha lido o inteiro teor da decisão; buscado saber se a ementa integra a jurisprudência consolidada no Tribunal; e investigado os fundamentos jurídicos essenciais que justificaram a construção do precedente (*ratiodecidendi*).

Como a jurisprudência não é aplicada uniformemente, temos um aumento vertiginoso do número de processos para serem julgados. Estes inúmeros processos decididos acentuam a diversidade de decisões sobre uma mesma questão jurídica. Como adverte Beneti[34]:

---

34 BENETI, Sidnei Agostinho. *Doutrina de precedentes e organização judiciária*. *In*: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 482.

> Decide-se, muitas vezes, a mesma questão de modo diferente até que se consolide uma única orientação nos tribunais superiores; a dispersão de julgados tonteia os juízes de 1º grau, partes e advogados. Essa dispersão gera uma instabilidade que compromete o equilíbrio econômico do País; e o Judiciário é mais vítima do que autor desta situação.

Nesse cenário, o uso da ponderação, conforme demonstrado no tópico anterior, se transformou em álibi para decisionismos. Para mitigar isso, é necessário estabelecer condições para a realização de um controle da interpretação. A adequada fundamentação das decisões é um dever fundamental dos juízes e tribunais e, nessa matéria, é necessário estabelecer uma cultura de prestação de contas. O juiz não deve apenas estar convencido do acerto da decisão que está tomando; deve convencer as partes e a coletividade de que, naquela situação, a decisão adotada é a correta para o caso concreto.

Para evitar o pernicioso decisionismo – e julgamentos autoritários e arbitrários, não comprometidos com qualquer base teórica que os sustentem de maneira racional – é necessário que "as decisões judiciais possam alcançar um nível de aceitabilidade geral", pois "a decisão a ser proferida não pode ser satisfatória exclusivamente para quem a dita". Nesse contexto, é importante ressaltar que "o conceito de aceitabilidade encontra-se ligado ao conteúdo material da interpretação e não à forma do raciocínio ou às propriedades do procedimento de justificação nele mesmo". Com efeito, a aceitabilidade substancial de uma decisão judicial tem como referência duas propriedades distintas: "de um lado a solução tem que estar de acordo com as leis, como forma de assegurar a presunção de legalidade; por outro lado a solução encontrada não pode ir contra a moralidade social vigente, como forma de assegurar a presunção de razoabilidade" [35].

No âmbito hermenêutico-jurisdicional, Taruffo[36] enumera pressupostos nos quais se fundamenta a justiça das decisões (que também são dirigidos à garantia da segurança jurídica, dada a íntima conexão entre estes conceitos), a saber: existir respeito às garantias processuais; existir uma correta apreensão dos fatos postos a conhecimento do juiz; haver uma correta interpretação na aplicação da norma ao caso concreto; haver coerência interna na atribuição de consequências jurídicas aos fatos, e, por fim, ser possível a universabilidade dos critérios fundamentais da decisão, de modo que se possa aplicá-los também em outros casos, isso em decorrência dos padrões de igualdade de racionalidade da administração da justiça (congruência sistemática). Nesse contexto, adverte:

> Em todo caso, parece evidente que o poder criativo do juiz se explique validamente não simplesmente na invenção de decisões específicas caso por caso, mas sim na formulação de regras de decisão possivelmente válidas ainda para casos ulteriores. [37]

Na mesma linha argumentativa, Bustamante assevera:

> É fato que quando a Constituição brasileira institucionaliza o princípio moral da igualdade ou justiça formal ela definitivamente exige um modelo de produção e consolidação do direito jurisprudencial que possa garantir ao menos um mínimo de universalidade na aplicação do Direito. A Constituição inequivocamente sustenta a pretensão de que a aplicação de um precedente particular só pode ser justificada por enunciados universais elaborados sob a forma de regras hipotéticas.[38]

---

35 TEIXEIRA, João Paulo Allain. *Racionalidade das decisões judiciais*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 94-96.

36 TARUFFO, Michele. *Legalità e giustificazionedellacreazionegiudiziariadeldiritto*. RivistaTrimestralediDiritto e Procedura Civile. Ano LV. n. 1. Mar/2001. Milano: Giuffrè Editore, 2001, p. 21-22.

37 TARUFFO, Michele. Legalità e giustificazionedellacreazionegiudiziariadeldiritto. RivistaTrimestralediDiritto e Procedura Civile. Ano LV. n. 1. Mar/2001. Milano: Giuffrè Editore, 2001, p. 22.

38 BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 326.

Adeodato, ao seu turno, adota posição diversa, pois não aceita a objetividade de critérios universalizáveis, reconhecendo que é possível a construção de consensos localizados. Eis as palavras do autor sob comento:

> Deve-se porém ter em mente que aquilo que aqui se considera insatisfatória não é a tomada de posição ética, mas sim a tentativa de racionalizá-la em termos de critérios universalizáveis. O fato de não aceitar a objetividade desses critérios (ética de segundo grau) não significa abster-se de tomar posições éticas diante das situações da vida (ética de primeiro grau). Consensos localizados podem assim ser construídos, dentro da tolerância que caracteriza a incerteza.[39]

Nessa busca de maior segurança para o jurisdicionado em relação aos julgamentos, tendo em vista que adequada fundamentação é a forma de controle que as partes e a sociedade têm em relação ao trabalho do Poder Judiciário, o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015) trouxe um avanço inexorável em termos de exigência de fundamentação adequada (CRFB/88, art. 93, inciso IX). Eis o texto:

> Art. 489. São elementos essenciais da sentença:
>
> (...)
>
> § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:
>
> I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
>
> II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
>
> III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
>
> IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
>
> V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
>
> VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Ademais, conforme estabelecido no novo CPC (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), no caso de colisão entre normas, o órgão jurisdicional deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão (art. 489, § 2º).

A dispersão jurisprudencial ocorre, em grande medida, em razão da ausência da adoção da teoria dos precedentes com força vinculante. Como adverte Marinoni, "o juiz brasileiro, hoje, tem poder criativo maior do que o juiz do *common law*, uma vez que, ao contrário deste, não presta o adequado respeito aos precedentes". Em boa hora, portanto, o novo CPC (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015) consagra a teoria dos precedentes e institui força obrigatória aos mesmos (art. 927). [40]

---

39 ADEODATO, João Maurício. Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 316.

40 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 40-41.

Segundo Cruz e Tucci, "todo precedente é composto de duas partes distintas: a) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e b) a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (*ratiodecidendi*) do provimento decisório"[41]

Para Lucas Buril Macêdo, em sentido estrito o precedente pode ser definido como sendo a própria *ratiodecidendi*.[42]

Nesse cenário, é possível que seja formulada crítica que suscite um "engessamento" do Direito em que o precedente é aplicado reiteradamente em casos iguais, uma vez que o magistrado jamais teria margens para pensar aquela decisão de uma nova forma. No entanto, esse é um pensamento que não prevalece diante dos institutos jurídicos trazidos do *common law*, que devem ser sistematizados no ordenamento processual. Segundo Didier,

> A eficácia do precedente, porém, recai sobre a *ratiodecidendi*, que se encontra na *fundamentação* da decisão; ela é *norma jurídica geral* construída pelo órgão jurisdicional e da qual se extrai a norma individual objeto do dispositivo; exatamente por ser *geral*, pode ser aplicada em outras situações semelhantes; por isso, a eficácia do precedente é sempre *erga omnes*. [43]

O precedente deve ser encarado como uma norma geral em que a fundamentação da decisão é de crucial importância para que conheçamos as razões de decidir do magistrado, a fim de que o precedente possa ser aplicado aos casos semelhantes. Todavia, existem casos em que a *ratiodecidendi*do precedente não se coaduna com o litígio em apreço, razão pela qual é necessário que se faça a distinção entre o caso e a fundamentação da decisão, o que a doutrina intitulou de *distinguishing*.

> É intuitivo que, para aplicar a *ratiodecidendi* a um caso, é necessário comparar o caso de que provém a *ratiodecidendi*com o caso sob julgamento, analisando-se as suas circunstâncias fáticas. Isso significa uma diferenciação ou distinção de casos, que assume a forma de técnica jurídica voltada a permitir a aplicação dos precedentes. Nesse sentido fala-se, no *common law*, em *distiguishing*. O *distiguishing* expressa a distinção entre casos para o efeito de se subordinar, ou não, o caso sob julgamento a um precedente. A necessidade do *distiguishing* exige, como antecedente lógico, a identificação da *ratiodecidendi* do precedente.[44]

A sistematização dos precedentes não enrijecerá o sistema, tendo em vista o instituto do *distiguishing*, que é o confronto que se faz entre o caso em concreto, no qual se quer a aplicação do precedente, e o próprio precedente, a fim de que se analise se o precedente é realmente aplicável a aquele caso que está sendo analisado. Nesse ínterim, é necessário um cuidado demasiado do magistrado, quando deixar de aplicar um precedente, pois não pode utilizar como parâmetro uma situação fática irrelevante: é necessária uma distinção substancial. Nesse sentido:

> Diferenças fáticas entre casos, portanto, nem sempre são suficientes para se concluir pela inaplicabilidade do precedente. Fatos não fundamentais ou irrelevantes não tornam casos desiguais. Para realizar o *distiguishing*, não basta o juiz apontar fatos diferentes, cabendo-lhe argumentar para demonstrar que a distinção é material, e que, portanto, há justificativa para não se aplicar o precedente. Ou seja, não é qualquer distinção que justifica o *distiguishing*. A distinção fática deve

41 TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente Judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004, p. 12.

42 MACÊDO, Lucas Buril. *Precedentes judiciais e o Direito Processual Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 92-93.

43 DIDIER JR., Didier. *Curso de direito processual civil*: *Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. v. 1. 9. ed. Salvador: *Jus*Podivm, 2008, p. 43.

44 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 327.

> revelar uma justificativa convincente, capaz de permitir o isolamento do caso sob julgamento em face do precedente.[45]

Nesse contexto, observamos que o magistrado deixa de aplicar o precedente não por estar equivocado, mas, sim, por não se adequar ao caso em análise. Para isso, o julgador precisa fundamentar sua decisão e mostrar o porquê daquelas razões de decidir não se coadunarem com as apreciadas naquele momento, uma vez que o *distiguishing* não pode ser utilizado de forma arbitrária pelo juiz.

Outrossim, e como é consabido, a sociedade muda no decurso do tempo, e consequentemente o Direito precisa acompanhar as mudanças, a fim de não se tornar obsoleto e inaplicável em decorrência da dinamicidade social. Isso faz com que o precedente que, numa época, era aplicável, em outro momento se torne equivocado e deva ser revogado. Logo, os precedentes podem ser superados, tendo em vista que a ciência jurídica foi elaborada para a sociedade e não é possível conceber a aplicação de um precedente que já não supre as necessidades sociais, bem como deixou de proteger a dignidade da pessoa humana e seus corolários, ou mesmo algum preceito constitucional.

O *common law*anteviu toda essa problemática de superação do precedente em virtude da evolução da sociedade e da inaplicabilidade de precedentes que se tornaram dissonantes da realidade social. Criou-se, então, o instituto jurídico denominado de *overruling*, isso para que os precedentes obsoletos sejam superados.

> Um precedente deixa de corresponder aos padrões de congruência social quando passa a negar proposições morais, políticas e de experiência. Essas proposições aparecem no raciocínio do *common law* exatamente quando se mostram relevantes para a elaboração, para a aplicação ou para a mudança de um precedente. As proposições morais determinam uma conduta como certa ou errada a partir do consenso moral geral da comunidade, as proposições políticas caracterizam uma situação como boa ou má em face do bem-estar geral e as proposições de experiência dizem respeito ao modo como o mundo funciona, sendo que a maior parte dessas últimas proposições descreve as tendências de condutas seguidas por subgrupos sociais. [46].

O *overruling* nada mais é do que a superação do precedente quando as razões de decidir daquela decisão já não se coadunam com a realidade atual. Ocorre que, é de crucial importância um cuidado desmedido ao ser aplicado o referido instituto, tendo em vista que, aparentemente, vai de encontro à tendência atual de seguimento dos precedentes. Bem em entendido: a aplicação do *overruling* só pode ocorrer quando houver embasada justificativa para tanto, sob pena de possuirmos um sistema desarmônico e desacreditado em razão da superação de precedentes que, ainda, se coadunam com a realidade social da época. Logo, é necessária razoabilidade no momento da aplicação do instituto.

> Não é pela razão de ter poder para revogar os seus próprios precedentes que a Corte pode revogá-los à distância de circunstâncias especiais, como se a todo instante pudesse rever a mesma questão jurídica. Como já dito, não há qualquer sentido em ter poder para elaborar precedente e não ter o dever de respeitá-lo. Lembre-se que a Suprema Corte americana, embora venha exercendo o seu poder de *overruling* de modo bem mais intenso, é sempre cobrada quando revoga precedentes sem critérios razoáveis. Portanto, se é certo que o sistema de precedentes que não admite o *overruling* não tem mais lugar, uma vez que impede o desenvolvimento do Direito, também não há como pensar que a possibilidade de revogar precedentes é excludente da eficácia horizontal dos precedentes ou da obrigatoriedade de respeito às próprias decisões. Não há sistema de precedentes quando as Cortes Superiores não se submetem a critérios especiais para revogar

45 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 328.

46 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 329.

> os seus precedentes. E é exatamente esta submissão a critérios que caracteriza a eficácia horizontal no Direito contemporâneo.[47]

A sistematização dos precedentes é, pois, uma proposta viável para que as decisões judiciais sejam respeitadas e ocorra uma previsibilidade das mesmas, isso com o fito de dar credibilidade aos pronunciamentos judiciais, bem como de ser assegurada a paz social. A adoção da teoria dos precedentes combate a possibilidade de utilização de ementas de julgados para justificar qualquer decisão, construída a partir da escolha do juiz, baseada meramente em juízos de consciência.

É em face da obediência aos precedentes e do reconhecimento da eficácia vinculante e persuasiva deles que se realizam os valores de igualdade, coerência e continuidade do ordenamento, bem como ocorre o recomendável temperamento entre as exigências de certeza e confiabilidade com as exigências de flexibilidade jurídica à adaptação e mutação provocadas pela dinâmica da vida social, cuja complexidade se incrementa em proporção exponencial.

A partir da vigência do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), os juízes e tribunais terão que sustentar suas decisões em critérios racionais. As decisões deverão ser coerentes. Como é prestigiada a noção de integridade, os juízes terão que construir os argumentos da decisão de forma integrada ao conjunto do Direito. Tem-se, pois, uma garantia contra as arbitrariedades interpretativas.

5. CONCLUSÕES

Alguns autores denominam a etapa evolutiva atual do processo civil de Neoprocessualismo, adequação ao pós-positivismo, onde nosso sistema jurídico passou a se preocupar mais com os valores e com os costumes do povo, a respeitar princípios que norteiam todo o ordenamento, e a garantir os direitos fundamentais de cada cidadão em face do Estado. Com o reconhecimento do status normativo da Constituição, como corolário lógico temos a necessidade de interpretar toda e qualquer norma jurídica a luz da Constituição.

Tendo em vista a construção da nova hermenêutica-constitucional, do intérprete é exigida uma postura construtiva, já que ele atribui sentido ao enunciado legal. Todavia, é necessário estabelecer uma hermenêutica racional para evitar decisões baseadas exclusivamente na "consciência individual" de cada julgador. Embora tenhamos superado o período de legalidade estrita, o interprete não pode desprezar o direito posto.

Os princípios muitas vezes permitem que o intérprete trabalhe com conceitos jurídicos indeterminados, sendo expressões de teor flexível, com elasticidade peculiar, permitindo ao intérprete algum subjetivismo valorativo diante da inexatidão conceitual trazida pela norma. Diante disso, em determinadas oportunidades, o sentido da norma terá que ser fixado pelo juiz. Isso não permite, no entanto, que o magistrado decida somente de acordo com sua vontade, já que o ato de decidir não equivale ao mero ato de fazer uma escolha.

Teorias que apostam no subjetivismo do aplicador acabam permitindo discricionariedades e arbitrariedades. Todavia, em regimes e sistemas jurídicos democráticos não existe espaço para que a mera "convicção pessoal do juiz" seja o critério para resolver as indeterminações da lei, pelo que merecem ser combatidos os chamados decisionismos.

A ordem jurídica deve ser coerente, tendo em vista que, como é obvio, não é formada apenas pelas regras e princípios, mas também pelas decisões judiciais. Essas devem ser previsíveis, notadamente em razão da necessidade de o homem ter segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsavelmente a sua vida. Múltiplas decisões para situações jurídicas iguais revela uma ordem jurídica incoerente e injusta.

Como foi demonstrado, imbuído do sentimento de julgar conforme suas consciências, muitos juízes buscam fundamentar as escolhas feitas mediante a reprodução, em suas decisões, de entendimentos jurisprudenciais. Em face disso, surge a equivocada ideia de que pode existir jurisprudência para justificar qualquer decisão, o que não é verdadeiro e não pode ser aceito. A

47 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios.* 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 391.

decisão não pode ser satisfatória apenas para quem a profere. Diante disso, adotou-se o entendimento de que a decisão somente estará correta e será válida se puder ser universalizada.

O novo Código de Processo Civil significa um avanço inexorável em termos de exigência de fundamentação adequada. Com efeito, não se considera fundamentada qualquer decisão judicial que se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; que empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; que invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; que não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; que se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta a aqueles fundamentos; e que deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Nesse cenário, foi demonstrado que a dispersão jurisprudencial ocorre, em grande medida, em face da singeleza de uma teoria que obrigue o juiz a respeitar as decisões anteriores dos tribunais. Em boa hora, portanto, o novo CPC reforça a teoria dos precedentes e sua eficácia vinculante. A sistematização dos precedentes é uma proposta viável para que as decisões judiciais sejam respeitadas e previsíveis. O reforço da teoria dos precedentes combate a possibilidade de utilização de ementas de julgados para justificar qualquer decisão, construída a partir da escolha do juiz, baseada em meros "juízos de consciência".

Impõe-se ainda que, quando possível, o legislador confira maior precisão terminológica à linguagem jurídica, salvo naqueles casos em que o uso de cláusulas gerais ou de conceitos indeterminados se fizer necessário. A ambiguidade da linguagem não pode ser tal que permita que os julgamentos venham sempre a variar segundo conveniências.

Tornando-se mais robusta a fundamentação judicial e desenvolvida uma cultura de respeito aos precedentes, estaremos dando passos importantes para o enfraquecimento da denominada jurisprudência lotérica dos tribunais, causa de tantas desigualdades e perplexidades em nosso sistema jurídico, valorizando a segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ALEXY, Robert. *Teoria de la Argumentación Jurídica.*Tradução de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de EstudiosConstitucionales, 1989.

ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal*. Curitiba: Juruá, 2012.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo*). Revista Diálogo Jurídico. Salvador: CAJ - Centro de Atualização Jurídica, ano I, v. I, n. 6, set. 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/dialogo-juridico-06-setembro-2001-luis-roberto-barroso.pdf >. Acesso em: 10 jun. 2014.

BARROSO, Luis Roberto. *Jurisdição Constitucional: A tênue fronteira entre o Direito e a política*. Migalhas. 5 fev. 2014. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/ art20140204-06.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2014.

BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil.***Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851, 01 nov. 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/7547>. Acesso em: 10 jun. 2014.

BENETI, Sidnei Agostinho. *Doutrina de precedentes e organização judiciária*. *In*: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CAPPELLETI, Mauro. *Juízes legisladores?* OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (Trad.). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de Teoria Geral do Direito. O constructivismo lógico-semântico*. 3ª ed. São Paulo: Noeses, 2013.

CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. 5. ed. São Paulo: Ática, 1995.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Prefácio à edição brasileira de Tratado da Argumentação - A Nova Retórica, de Chaïm Perelman e LucieOlbrechts-Tyteca.* São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. XVII.

DIDIER JR., Didier. *A reconstrução da teoria geral do processo*. *In*: DIDIER JR., Fredie (Org.). Reconstruindo a teoria geral do processo. Salvador: *Jus*Podivm, 2012.

DIDIER JR., Didier. *Curso de direito processual civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. v. 1. 9. ed. Salvador: *Jus*Podivm, 2008.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; e BICALHO, Guilherme Pereira Dolabela. *Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 48, n. 189, jan./mar. 2011, pp. 105-131. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242864/000910796.pdf? sequence=1>. Acesso em: 12 jul. 2014.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. *Criação judicial do direito e importância dos precedentes.* Revista Brasileira de Direito Processual, Belo Horizonte: Fórum, nº 80, out-dez 2012, p. 123-143.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito,* 2ª ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian, 1989.

MACÊDO, Lucas Buril. *Precedentes judiciais e o Direito Processual Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito. Introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*. São Paulo: RT, 2007, p. 291.

NEVES, A. Castanheira**.** *Método Jurídico.* Digesta - Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros, vol. 2.º. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 319/320.

NEVES, A. Castanheira. *O actual problema metodológico da realização do direito.* Digesta - Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros, vol. 2.º. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p.258- 260.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. *Processo constitucional: Nova concepção de jurisdição*. Rio de Janeiro: Método, 2008.

SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda*. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; e SARMENTO, Daniel (Org.) A constitucionalização do Direito: Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo.Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, out./dez. 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-4-OUTUBRO--2005-PAULO%20SCHIER. pdf>. Acesso em: 28 jun. 2014.

SILVA, Ovídio A. Baptista da.*Justiça da lei e justiça do caso*. Revista Forense, Rio de Janeiro, ano 104, v. 400, nov.-dez. 2008, p. 190.

SOBOTA, Katharina. *Don't mention the norm!International Journal for the Semiotics of Law*, IV/10, 1991, p. 45-60. Tradução de João Maurício Adeodato, publicada no *Anuário do Mestrado da Faculdade de Direito do Recife*, nº 7. Recife: ed. UFPE, 1996, p. 251-273.

STRECK, Lênio. *Justiça entre exegetismo e decisionismo: o que fazer*? Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-mar-27/senso-incomum-justica-entre-exegetismo-decisionismo>. Acesso em: 10 jan. 2015.

TARUFFO, Michele. *Legalità e giustificazionedellacreazionegiudiziariadeldiritto*. RivistaTrimestraledi-Diritto e Procedura Civile. Ano LV. n. 1. Mar/2001. Milano: Giuffrè Editore, 2001.

TEIXEIRA, João Paulo Allain. *Racionalidade das decisões judiciais*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

TRINDADE, André Karam. *Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em terraebrasilis*. *In*: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, LenioLuis; e TRINDADE, André Karam (Org.). Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente Judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004.

RACIONALISMO E DIREITO PROCESSUAL CIVIL: DO (CURTO)CIRCUITO FORMALISTA À CIRCULARIDADE HERMENÊUTICA;

as sementes lançadas por Ovídio A. Baptista da Silva[1]

Mateus Costa Pereira[2]
Pedro Spíndola Bezerra Alves[3]

SUMÁRIO: 1. Introdução: 1.1 Paradigma(s), modernidade e ciência. 1.1.1 O paradigma da simplificação. 1.1.2 Modernidade e a formação do paradigma hegemônico. 1.1.3 A primazia das formas e a predominância da linguagem matemática: o método científico. 2. As crises paradigmáticas: crises de crescimento e de degenerescência. 3. Conhecimento e processo. 3.1 O direito processual civil na ambiência da crise. 3.2 Uma disciplina refratária do novo paradigma epistemológico hermenêutico. 3.3 O solipsismo doutrinário ou "a redução do fenômeno jurídico à dimensão formal": rumo à construção de um céu de conceitos. 3.4 O solipsismo jurisprudencial ou o "decido conforme a minha consciência". 4. O fenômeno jurídico – processual – e a "alternativa" hermenêutica: um diálogo franco com a complexidade. 5. Considerações finais: Ovídio A. Baptista da Silva, o alerta de Kuhn e a parábola do semeador... Referências.

1. INTRODUÇÃO

1.1 Paradigma(s), modernidade e ciência

1.1.1 O paradigma da simplificação

A ciência moderna foi construída sob a égide do paradigma da simplificação[4], também conhecido por paradigma racionalista[5], da ciência moderna[6]ou liberal-individualista-iluminista[7]. Como sói acontecer, um paradigma surge e se impõe na epistemologia. Sempre há um paradigma; a mera suposição de ausência é a negativa da própria ciência[8]. O paradigma é o resultado de teorias hegemônicas no campo epistemológico.

---

1 Este trabalho foi elaborado para compor uma obra em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva.

2 Mestre em Teoria do Processo e Direito Processual Universidade Católica de Pernambuco (Unicap), onde também é Professor Assistente de Direito Processual Civil. Membro fundador da Associação Norte Nordeste de Professores de Processo (Annep). Advogado.

3 Mestrando da linha de pesquisa Direito e Linguagem do PPGD da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Advogado.

4 Cf. MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo.**Trad. Eliane Lisboa. 4. ed. Porto Alegre: Sulina, 2011.

5 Expressão adotada por Ovídio A. Baptista da Silva, e que dá nome à sua obra magna. **Processo e ideologia:** o paradigma racionalista. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

6 VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. **Pensamento sistêmico:** o novo paradigma da ciência. Campinas: Papirus, 2002, passim.

7 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso:** Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, passim.

8 KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas.** Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2007. p. 109.

Sobre o paradigma da simplificação, pressupondo a redução da complexidade, manifesta-se na ambição científica de controle do real. Esta postura ou concepção é uma síntese da ideia de *disjunção,* de *redução* e de *abstração*, as quais,combinadas, levam à hiperespecialização do saber; à simplificação dos fenômenos; à criação de sistemas fechados (e não comunicantes); à impossibilidade da autocrítica científica, pois as críticas se engessam em premissas racionalizadas, afastando as reflexões filosóficas – hermenêuticas – do campo científico[9], dentre outros[10].

Ainda sob a pretensa redução da complexidade – na crença que subjacente ao caos estaria a ordem[11], carente apenas do esforço do intelecto para ser *simplificado* e, pois, tornado cognoscível –, o paradigma da simplificação preconiza a separação de fenômenos imbricados; afasta qualquer via de diálogo com a complexidade na medida em que repudia sua insolubilidade – a complexidade é encarada como um obstáculo, aparentemente, intransponível, mas que pode/deve ser superado em prol do saber[12]. Sob a égide do paradigma, a complexidade, insistimos, é uma questão de desordem (= falta de ordem).

Aludindo à *racionalização* é fundamental distinguir o termo da ideia de *racionalidade*. A *racionalidade* é ínsita a qualquer ser humano, mas se distingue da *racionalização*, a qual pode ser entendida como a tentativa de dominar – acercar-se – o mundo. Como se a complexidade pudesse ser resolvida[13]; visão que, nitidamente, mistura complexidade com completude[14].

A assunção de que paradigmas são os princípios ocultos que governam a nossa visão, ainda que a governança não seja conscienciosa[15], leva a uma segunda, o paradigma reflete e se faz presente em tudo na vida; condiciona o olhar sobre o mundo e a compreensão de todas as coisas.

Conquanto possa existir algum embaraço em se vislumbrar as reminiscências racionalistas no direito – reminiscências do paradigma da simplificação –, conforme veremos adiante, manifestam-se, sobretudo, naquelas abordagens restritas à dimensão analítica, isto é, que dissociam o fenômeno jurídico da historicidade; do elemento histórico que lhe é inerente[16]. Antes de focar nestas questões, façamos um recuo para situar o paradigma no espectro da modernidade.

1.1.2 Modernidade e a formação do paradigma hegemônico

Enquanto um produto – mas também um processo – da continuidade histórica, não é possível apresentar um simples conceito ou definição de modernidade; nem nós teríamos semelhante pretensão. Do ponto de vista histórico, no entanto, situa-se a modernidade como o período posterior ao medievo, com um quê de superação, e outro de conservação, e que está atrelado à des-

---

9 É próprio do pensamento moderno a dissociação dentre o pensamento científico e o pensamento filosófico. Todavia, na preleção de Guido de Ruggiero, dum ponto de vista histórico, a própria gênese científica é indissociável do pensamento filosófico. **Storiadella filosofia, parte quarta:** La filosofia moderna (L'età Cartesiana). 4. ed. Bari: Laterza, 1948, p. 03 e ss.

10 Para uma análise profunda do tema, Cf. MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo.**Trad. Eliane Lisboa. 4. ed. Porto Alegre: Sulina, 2011.

11 BERTALANFFY, Ludwig von. **Teoria geral dos sistemas:** fundamentos, desenvolvimento e aplicações. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 239-240.

12 Sobre o tema, cf. MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo.**Trad. Eliane Lisboa. 4. ed. Porto Alegre: Sulina, 2011.

13 Do latim *resolvere*: desatar – pois que a complexidade possuiria um nó que uniria elementos relacionados.

14 MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. 4. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2003, *passim*.

15 MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. 4. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2003. p. 15.

16 Sobre o historicismo, na elucidativa passagem de Nelson Saldanha: "O historicismo não é propriamente, ou não o é sempre, uma filosofia da história no sentido hegeliano, embora seus fundamentos possam ter conexão, ao menos parcial, com o hegelianismo. Na verdade o historicismo se relaciona com a afirmação crociana do caráter "contemporâneo" de toda história, uma afirmação que desloca o *organon*epistemológico para uma conexão com o sentido (que hoje se diria hermenêutico) das ciências-do-espírito. Relaciona-se com os estudos de Dilthey sobre o significado das ciências do espírito, e com a ideia essencial segundo a qual o homem é um ser histórico e todos os problemas humanos se compreendem em função disto." SALDANHA, Nelson. **Filosofia, povos e ruínas:** páginas para uma filosofia da história. Rio de Janeiro: Calibán, 2002, p. 82.

sacralização do conhecimento[17]; um trecho da história com "autoimagem" atrelada ao progresso, melhor dizer, à crença no progresso[18]. O moderno tem sido identificado com a culminância do processo de secularização do saber, principiando no renascimento e encontrando seu apogeu no iluminismo; um processo que se estende aos dias atuais[19]. Do ponto de vista paradigmático podemos identificar esse processo com a migração do modelo de "fé no método ao método como fé"[20].

Esse processo trouxe grande alteração no modo como o mundo era percebido, permitindo o florescimento em solo fértil do campo das ciências. Mas os avanços pressupuseram algumas rupturas, assim a separação dentre filosofia e ciência. Na linha da historicidade é possível atribuir, ao menos em parte, ao gênio de Descartes a abertura para se conceber e acentuar uma concepção de rompimento dentre "cogito" e "ser", isto é, dentre filosofia e ciência[21]. Posto que hoje, mirando a história por cima de nossos ombros, seja muito cômodo e fácil criticar sua premissa filosófica, a censura será dirigida ao presente, dado que parece persistir enquanto visão de mundo hegemônica, dominando as ciências em geral, o Direito e, notadamente, o direito processual civil. Em outras palavras, e no sentido de Kuhn, consolidou-se enquanto paradigma.

Mas façamos um alerta. A crítica à modernidade não reflete uma negativa de seu legado. Com o olhar do presente, mas sem projetar a sombra de nossos óculos sobre paisagens antigas[22], o processo de ruptura da ciência com a filosofia pareceu, na época, necessário às significativas descobertas viabilizadas através do paradigma. Os pressupostos epistemológicos se opõem à filosofia, funcionam em certa medida – enquanto técnica, oferecendo resultados práticos desejados –, mas mutila(ra)m o real.

Todavia, se o processo, que não pode ser negado, foi necessário a uma determinada época de incipiência tecnológica, já há algum tempo, e sem que se "precise" falar em pós-modernidade, a crise – ou as crises – da modernidade clamam por uma (re)conciliação do pensamento científico com o pensamento filosófico e, pois, com a hermenêutica.

Dum ponto de vista crítico, a modernidade, "época do fácil", implicou no esvaziamento de conceitos, à perda de valores fundantes[23] – na qual a máquina e os avanços da computação parecem, a todo o momento, preencher a atividade humana[24]. A cultura, tão cara a outros momentos históricos, tornou-se mutável e fragmentada. Gradualmente, a história, leia-se, o historicismo, perdeu sua importância em passo contínuo de esvaziamento que conduziu o conhecimento ao estudo das formas, com desprezo a tudo aquilo que poderia ser agrupado sob o rótulo de "contingências"; o campo científico moderno não trabalha(va) com o residual (contingente), pois o conhecimento fomentado pelas ciências haveria de ser universal, tal como era a linguagem

---

17 SALDANHA, Nelson. **Filosofia do direito.** 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 189. MARQUES, Mário Reis. **Codificação e paradigmas da modernidade.** Portugal: Coimbra, 2003, *passim*.

18 SALDANHA, Nelson Nogueira. **Teológico, Metafísico e Positivo:**filosofia e epistemologia no ocidente moderno. Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Letras, 2010, p. 13.

19 SALDANHA, Nelson Nogueira. **Teológico, Metafísico e Positivo:**filosofia e epistemologia no ocidente moderno. Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Letras, 2010, p. 11 e ss.

20 SALDANHA, Nelson Nogueira. **Da teologia à metodologia:** secularização e crise no pensamento jurídico. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 25.

21 MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo.**Trad. Eliane Lisboa. 4. ed. Porto Alegre: Sulina, 2011, *passim*. Sobre a influência de Descartes, cf. MARÍAS, Julián. **História da filosofia.** Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 233 e ss. Particularizando essa influência ao Direito, cf. LÓPEZ, Carlos Fuentes. **El racionalismo jurídico.** México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 131.

22 SALDANHA, Nelson. **Velha e nova ciência do direito:**e outros estudos de teoria jurídica. Recife: Editora Universitária, 1974, p. 22.

23 SALDANHA, Nelson Nogueira. Ética e história.2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 75.

24 Segundo Nelson Saldanha, vivemos uma "espécie de 'época do fácil', na qual não são necessários longos aprendizados: os penosos aprendizados que em outros tempos eram a base de todo saber e de toda arte. Época da improvisação, a nossa, e agora época em que a máquina e a computação substituem ao desempenho humano." SALDANHA, Nelson Nogueira. Ética e História. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 98.

matemática utilizada por elas. Curiosamente, este conhecimento, *uno*versal, representaria uma apropriação indevida do *teorein*grego, no qual o pensar não mais seria precedido do ver[25].

O mundo moderno se transformou no mundo das formas, isto é, da redução às formas[26]: do universal, em detrimento do contingente; do imutável, repelindo-se a instabilidade e imprevisibilidade da variação; da simplificação e da improvisação, com a repulsa do complexo e ausência de reflexão sobre fundamentos[27]; da objetividade, em constante rejeição ao "eu"; do olhar descritivo, avalorativo, e não da interpretação; dos dogmas, e não da hermenêutica. É indispensável que tenhamos essas questões em mente para uma autocrítica do paradigma.

1.1.3 A primazia das formas e a predominância da linguagem matemática: o método científico

A crença no desvelar do real, na tangibilidade da verdade por meio dum processo que, inclusive, não – mais – dependeria de qualquer mediação divina, redirecionou as atenções ao desenvolvimento de um método. O conhecimento científico (racional) pressupunha a adoção dum método reconhecido (oficial).

Considerando o saber e a verdade como indissociáveis – o conhecimento aspirava ao universal – o método deveria ser único (universo, *uno*versal); não por outro motivo, a linguagem matemática, com seus juízos marcados pela *necessidade lógica* e *validade universal*[28],foi oficializada em todos os ramos científicos. Note-se que a segmentação das ciências, idealizada por Vico, não faria tantos caudatários. E mesmo com Wilhelm Dilthey, séculos após, e sua proposta de um método apropriado às ciências do espírito (hermenêutico, da compreensão[29]), ainda assim a dignidade científica do Direito permaneceria vinculada ao único método até então aceito (hegemônico): mecanicista e reducionista (simplificador). Na linha da historicidade, suficiente remontar ao pensamento cartesiano[30], à crença de que o conhecimento impunha uma vereda dissociativa, isto é, o fracionamento das "dificuldades" em quantas partes fosse possível e necessário[31].

Afeto ao paradigma, o método foi desenvolvido na ambiência das ciências naturais – na época, notabilizadas por suas conquistas –, e pautando-se em linguagem matemática; mesmo porque, a matemática sempre impressionou – e continua impressionando – por elevar toda pesquisa a qual é chamada para contribuir a uma "precisão" dantes inimaginável[32]. Sem embargo, conquanto seja indiscutível a inidoneidade matemática para explicar o espírito humano, paradoxalmente, ela é utilizada para "compreender" obras humanas, culturais, tal qual o Direito. Eviden-

---

25 SALDANHA, Nelson Nogueira. **Teológico, Metafísico e Positivo:**filosofia e epistemologia no ocidente moderno. Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Letras, 2010, p. 13.

26 "A associação entre formalismo e racionalismo, possivelmente exagerada por Max Weber, encontra sua base no próprio processo de secularização: caem aos poucos as antigas referências ao transcendente, tenta-se encontrar o **modo** racional de pensar um correlato da própria racionalidade do mundo, e então a **forma** se erige em critério de validade. No Direito isto se corroborará, após as revoluções liberais, com a gradual junção dos conceitos de legitimidade e legalidade". SALDANHA, Nelson Nogueira. **Estudos de Teoria do Direito.**Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 79.

27 Contextualizando ao Direito, especificamente, à temática da Ordem, veja-se a preleção de Nelson Saldanha: "Nos contextos modernos, perdidas as sacralidades, o embasamento legitimador se deslocou para dentro, para a própria correção formal da ordem (correção prevista no "sistema"); e os ritos, desamarrados de centros transcendentes, se entendem como procedimentos legalmente definidos" SALDANHA, Nelson Nogueira. **Ordem e hermenêutica.**2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 203.

28 HESSEN, Johannes. **Teoria do conhecimento.** Trad. João Vergílio GalleraniCuter. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 48.

29 PALMER, Richard. **Hermenêutica.** Trad. Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1969, p. 105 e ss. Sem ignorar o próprio compromisso racional presente em Dilthey.

30 Ele que é apontado como o fundador da filosofia moderna. HESSEN, Johannes. **Teoria do conhecimento.** Trad. João Vergílio GalleraniCuter. São Paulo: Martins Fontes, 1999.p. 52.

31 Então propugnava Descartes que o segundo passo consistiria "em dividir cada uma das dificuldades que devesse examinar em tantas partes quanto possível e necessário para resolvê-las". DESCARTES, René. **Discurso do método:** regras para a direção do espírito. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 33.

32 ARAÚJO, Wandyck Nóbrega de. **Idéia de Sistema e de Ordenamento no Direito.** Porto Alegre: SAFE, 1986, p. 13.

temente, a processualística deve tomar consciência da impossibilidade de se pensar o processo como algo diverso de um produto contingencial, da cultura.

Para contextualizar as palavras à seara jurídica, na linha da historicidade, suficiente remontar à primeira metade do séc. XX; ao normativismo jurídico que, ao descobrir as estruturas lógicas das normas implicou numa das abordagens mais redutoras de toda a experiência jurídica moderna. Nada obstante a presença do elemento formal no Direito, a 'Teoria pura' pretendeu a redução do fenômeno jurídico à dimensão formal, caindo/resultando na crítica da unilateralidade[33]; preterindo outras pontes ao conhecimento do fenômeno jurídico, em virtude da falta de pureza (= cientificidade) das abordagens (o conhecido corte epistemológico kelseniano). A suposta neutralidade ideológica de seu pensamento ocultava a própria ideologia perfilhada pelo autor[34].

A excessiva "valorização" do aspecto formal tem sua matriz no paradigma *simplificador*, o qual eleva a forma à categoria privilegiada, haja vista a identificação com o pensamento matemático "geometrizante"[35]; o conhecimento matemático dá suporte ao modelo racionalista. Este modo de compreender inaugura uma epistemologia que considera a razão como a fonte máxima do conhecimento, repudiando a singularidade de fenômenos empíricos, por serem reputados contingenciais, extraindo-lhes e categorizando-os sempre em leis universais. Logo, os juízos realizados com base nesta epistemologia precisam, inarredavelmente, da lógica e de enunciados de validade universal, cujas perspectivas enaltecem a excelência da forma[36]. Há um círculo vicioso. No ensejo, foi na deificação da forma e no esmero matemático que se erigiu o mundo normativo, e o Direito, gradualmente, foi se distanciando da realidade social para a qual deveria se voltar[37].

Para viabilizar tal desiderato, gradualmente, a ciência perdeu o rastro de sua historicidade; as questões cotidianas, definitivas ao desenvolvimento de qualquer ciência, deixaram de importar. A razão científica, racional, almeja valer a qualquer tempo e lugar; seu discurso atravessaria épocas. Por coerência, o pressuposto foi – e continua sendo – o rechaço do historicismo[38], buscando-se o amparo filosófico apenas para as questões que, efetivamente, seriam atemporais[39].

Decerto que o paradigma simplificador (racionalista; da ciência moderna; liberal-individualista-iluminista) não mais pode imperar. Não sendo poucos os autores que se insurgem contra o paradigma – já ao tempo de sua formação –, por todos, permita-se o diálogo com Feyerabend, cuja obra demonstra a impossibilidade de qualquer método ou paradigma ser considerado imutável, incondicional. Sua conclusão é justificada com a pesquisa histórica, a qual é repleta de exemplos denotativos que, como regra, o sucesso científico é conquistado por violações às metodologias sedimentadas numa epistemologia vigente. Para Feyerabend é evidente que tais violações não são acidentes, mas condição de possibilidade ao resultado inovador. Extrapola-se a forma e o raciocínio matemático por **necessidade**, pois necessário à superação dos limites do método ou

33 SALDANHA, Nelson Nogueira. **Teoria do direito e crítica histórica.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987, p. 88-89.

34 COELHO, Luiz Fernando. **Positivismo e neutralidade ideológica em Kelsen.** Estudos de filosofia do direito: uma visão integral da obra de Hans Kelsen. Luiz Regis Prado e Munir Karam (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 47.

35 SILVA, Ovídio A. Baptista da.**Processo e ideologia:** o paradigma racionalista. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. *passim*.

36 HESSEN, Johannes. **Teoria do Conhecimento**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 48-49.

37 SILVA, Ovídio A. Baptista. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 155.

38 FOUREZ, Gérard. **A Construção das Ciências**. Introdução à filosofia e à ética das ciências. São Paulo: Editora Unesp, 1995. 166-167.

39 "...a reflexão filosófica referente ao jurídico busca, na maioria dos casos (autores e correntes), enfatizar os aspectos "invariáveis" do Direito, com base em algum conceito genérico. Com isto a análise costuma recair sobre a noção de ordem, ou sobre a de sistema, senão sobre a de norma ou ainda sobre a de conduta: e assim se tem inapelável *redução* na configuração do próprio objeto "Direito", desvencilhado assim de suas notas contingentes mas convertido em abstração intemporal insituada". SALDANHA, Nelson Nogueira. **Teoria do direito e crítica histórica.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987, p. 44.

paradigma[40]. Claramente, é possível empreender um paralelismo com o pensamento de Thomas Khun, o que será feito no tópico seguinte.

2. AS CRISES PARADIGMÁTICAS: CRISES DE CRESCIMENTO E DE DEGENERESCÊNCIA

Ao assumir que as transformações não dependem da ocorrência de crises é preciso algum cuidado para não cair na ilação inversa, já que toda crise pressupõe alguma dose de transformação. É perquirindo as causas da crise que identificamos o que é carente de mudança e/ou superação.

No diálogo com Kuhn, as crises podem ser de dois tipos: de crescimento ou de degenerescência. Crises de crescimento são aquelas que ocorrem ao nível da *matriz disciplinar* de um dado ramo científico, decorrente da insatisfação com métodos e conceitos básicos, até então, não criticados; não são crises que afetam o paradigma, isto é, a inteligibilidade do real. Já as crises de degenerescência são crises mais agudas – a expressão é nossa – e concernem à própria visão de mundo (paradigma), atravessando todas as disciplinas; há uma saturação de tal monta que a visão da realidade proporcionada/condicionada pelo paradigma é posta em xeque[41]. Dito isso, intuitivamente, as crises de degenerescência são crises mais raras e são as responsáveis por mudanças no próprio curso da história; tomando uma metáfora emprestada, é quando a ocasião exige que o carpinteiro renove seus instrumentos[42].

Em novo paralelismo, pelo olhar filosófico de Saldanha, a crise da cultura ocidental no mundo moderno é uma crise quanto aos "fundamentos", caracterizada por um esvaziamento ou falta de uma relação existencial com "crenças maiores e com imagens transcendentes", próprias de uma cultura fragmentada e mutável, leia-se, a cultura moderna[43]. Crise, "indica sempre impasse, e esvaziamento ou perda dos fundamentos. Mas o impasse e o esvaziamento se dão num contexto e se referem a um tipo ou um sistema". E continua: "o que entra em crise não é o humanismo, mas uma certa versão do humanismo; não é a cultura, e sim um tipo de cultura; não é o Direito em si, mas este ou aquele sistema jurídico, com seus valores e procedimentos"[44]. A crise, portanto, deve ser apreendida em seu contexto. A crise do Direito Processual, ou do Direito, ou, num recuo ainda maior, da ciência, deve ser situada historicamente a fim de ser compreendida; antes, esta crise deve ser perspectivada como uma crise da própria cultura ocidental no mundo moderno e, pois, de degenerescência. A mencionada "época do fácil", ambiência sob o paradigma, não oferece soluções, tampouco explica os fenômenos jurídicos. A conhecida crise da justiça, leia-se, de uma certa versão da justiça, é apenas um consectário de um contexto mais amplo – do próprio paradigma –, e que teima em ser ignorado.

3. CONHECIMENTO E PROCESSO

3.1 O direito processual civil na ambiência da crise

Impostando a crítica no Direito, em breves linhas, podemos afirmar que no formalismo há uma tendência ao reducionismo, à desconsideração de tudo aquilo que não possa ser encaixado nos moldes epistêmicos pré-determinados (moldes fixos; atemporais); em suma, procede-se à retirada do seu objeto de tudo aquilo não comportado pela forma; acredita-se que o conheci-

---

40 "Com efeito, um dos notáveis, traços dos recentes debatestravados em torno da história e da filosofia da ciência é a compreensãode que acontecimentos e desenvolvimentos tais como ainvenção do atomismo na Antigüidade, a revolução copernicana, osurgimento do moderno atomismo (teoria cinética; teoria da dispersão;estereoquímica; teoria quântica), o aparecimento gradualda teoria ondulatória da luz só ocorreram porque alguns pensadoresdecidiram não se deixar limitar por certas regras metodológicas'óbvias' ou porque involuntariamente as violaram".FEYERABEND, Paul. **Contra o Método**. Rio de janeiro: Livraria Francisco Alves Editora S.A., 1975. p. 29.

41 SANTOS, Boaventura de Souza. **Introdução a uma ciência pós moderna.** Rio de Janeiro: Graal, 1989, p. 17-19.

42 KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas.** Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2007. p. 105.

43 SALDANHA, Nelson. Ética e História. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 109.

44 SALDANHA, Nelson Nogueira. **Teoria do direito e crítica histórica.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987, p. 37.

mento da forma esgotaria o conhecimento da coisa (o direito está na forma, não sendo encontrado nos fatos; Direito = lei). Transmudando-se em conceitos, passa-se ao "conceitualismo" (à formação de um direito "puro"; com a excessiva valorização do viés analítico[45] e do raciocínio dedutivo), emergindo a crença de que a forma poderia levar ao conhecimento de qualquer ordenamento jurídico[46], daí a pretensão de universalidade dos conceitos lógico-jurídicos (apriorísticos...[47]); donde a "possibilidade" de transposição de conceitos estabelecidos noutros países, para explicar o – complexo – fenômeno jurídico brasileiro. É o que tencionam os caudatários das teorias "gerais", cujos adeptos, ora teimam em ignorar o próprio contexto de eclosão da Teoria Geral do Direito[48] – a eutanásia da filosofia do direito, em conhecida expressão de Radbruch; a tentativa de transformar a Filosofia do Direito em uma Filosofia dos Juristas[49] – ora acreditam na construção dum saber divorciado da realidade. No ensejo, assinalando a ausência de um critério satisfatório de distinção dentre a Filosofia do Direito e a Teoria do Direito, Kaufmann aponta que a Teoria está comprometida com aspectos formais e estruturais, ao passo que a Filosofia com conteúdos. Porém, ainda na lição do autor e que está afinada com as críticas que vimos realizando, "não existe conteúdo sem forma, nem tão pouco forma sem conteúdo". O surgimento da Teoria do Direito foi próprio do distanciamento das ciências (e o Direito) da Filosofia[50]. Decerto que a censura não mira a função estabilizadora dos textos legais. A censura é dirigida ao modo como os textos normativos são elaborados – também os conceitos –, preparando o terreno à sua crítica e, sobretudo, à sua compreensão[51].

Repercutindo na ciência – e no Direito –, como sói acontecer, os problemas carreados pelo paradigma alcançam o direito processual. Curiosamente, todavia, no direito processual civil eles são hiperbólicos, já que, malgrado sua proximidade com a vida, a doutrina insiste em lhe

45 A ingente influência do conceitualismo para a teoria do direito é insofismável, sendo responsável pela instituição de dogmas que, lamentavelmente, ainda persistem na mentalidade hodierna dos juristas, para citar os principais, com Hespanha, (a) a teoria da subsunção; (b) a plenitude lógica do ordenamento jurídico; (c) a interpretação objetivista. HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Europeia**. Síntese de um milénio. Coimbra: Almedina, 2012. p. 420-421

46 No particular, é importante a lição de Marinoni ao apresentar sua obra de "Teoria Geral do Processo". Sem incorrer nos problemas apontados, o autor assevera que: "A necessidade deste livro, assim, resulta da relatividade histórica da própria teoria do processo. Os conceitos de jurisdição, ação, defesa e processo, por sua inquestionável ligação a uma "forma" de Estado, não podem ser compreendidos fora de um contexto histórico, *o que torna impossível pretender válidos, diante do Estado constitucional brasileiro, os conceitos clássico de teoria do processo, sem questioná-los a partir do direito constitucional e da teoria do direito*". "Apresentação à 1ª edição". MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil:** teoria geral do processo. 2. ed. São Paulo: RT, 2007.

47 TERAN, Juan Manuel. **Filosofia del derecho.**7. ed. México: Editorial Porrua, 1977.p. 81.

48 "[...] a expressão Filosofia do Direito, vinda dos dias de Kant e de Hegel, atravessou como dissemos o século dezenove, no meio dos empirismos e dos positivismos, e no século vinte entrou (como quase tudo) em crise. Os positivistas, no século dezenove, confundiram a temática da Filosofia do Direito com a doutrina jusnaturalista (a "Escola Filosófica" como oposta ao juspositivismo), e tentaram retirar a Filosofia dos currículos, substituindo-a, como disciplina acadêmica, pelo que denominaram "Teoria Geral do Direito". SALDANHA, Nelson Nogueira. **Filosofia do direito.** 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 31.

49 Na censura de Kaufmann: "O resultado de uma consanguinidade tal é, na melhor das hipóteses, uma filosofia vulgar, que talvez chegue, intuitivamente, a alguma conclusão acertada, mas que nada sabe de si própria. Em regra, trata-se do mais trivial diletantismo". KAUFMANN, Arthur. "Filosofia do direito, teoria do direito e dogmática jurídica". *In:* **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas.** A. Kaufmann e W. Hassemer (coords.).2. ed. Trad. Marcos Keel.Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 32-33.

50 KAUFMANN, Arthur. "Filosofia do direito, teoria do direito e dogmática jurídica". *In:* **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas.** A. Kaufmann e W. Hassemer (coords.).2. ed. Trad. Marcos Keel.Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 34-36.

51 "A episteme pela linguagem parece ser inevitável e, aí, a linguagem escrita cumpre essa função, contudo, insere-se num horizonte significativo de setores específicos, particularizados, ou seja, de uma dada "área de sentido" que recusa, desde logo, uma uni-versalidade conceitual.
"Inevitável, pois, que uma estabilidade pela linguagem escrita recobre a contextualização comunitário-histórica dos significados estabilizados, porém, sujeitados às adequações e atualização que a própria linguagem, ainda que estabilizada em textos legais, sugere". ROCHA, J. Elias Dubard de Moura. **Epistemologia hermenêutica do processo judicial:** processualística sistêmica II. Recife: Nossa Livraria, 2009, p. 130-131.

dispensar o mesmo tratamento de uma disciplina de "medir, pesar e contar"[52]. Quiçá por seu aspecto instrumental, no direito processual civil a *racionalização* seja ainda mais perceptível. Primeiramente, ainda hoje há quem acredite na existência de forma sem conteúdo, ignorando-se sua indissociabilidade, isto é, que toda forma é uma antecipação de conteúdo; em segundo, na crença de que todo conteúdo poderia ser formalizado (do caos – à ordem – ao sistema; do complexo ao simples; do incognoscível ao cognoscível); em terceiro, que somente a partir das formas seria possível conhecer os conteúdos – os conceitos são tratados como realidades[53] (a dogmática chega antes das possibilidades do sujeito, da historicidade). Esta postura suscita alguns problemas. Identifiquemos três: no primeiro caso, ao formalismo, pois a forma é cultuada enquanto forma, negligenciando-se a sua razão de ser; no segundo, a uma arrogância que acredita ser possível aprisionar o real numa previsibilidade controlável, de modo que o sistema seria um todo completo e harmônico (coerente) e a partir dele seriam extraíveis todas as soluções aos problemas da vida[54] (hermetismo); por último, afastam-se outras possibilidades de abordagem do real (negando-se outras vias de diálogo ao complexo), senão a partir das formas, as quais seriam o único caminho legítimo (cientificamente reconhecido) – o viés analítico é supervalorizado, em detrimento de uma abordagem hermenêutica ou pragmática.

Na linha da historicidade, foi no seio do paradigma da simplificação que se construiu o *processualismo científico*, quando o direito processual fora "libertado" do grilhão do direito material e alcançou a sua autonomia científica. Da inegável influência de OskarBüllow ainda no final do século XIX, imbuído da preocupação de dignificar o Direito e, mais restritamente, o Direito Processual Civil; obra que é apontada por conferir a "certidão de nascimento da ciência processual", pois carregou a proposta de "superação do empirismo vigente na fase sincrética"[55]; do contributo de Adolf Wach, dando os primeiros passos à sistematização; sistematização que alcançaria uma propulsão no plano abstrato-científico com a Escola Italiana do séc. XX[56], com seu nome destacado em Chiovenda, e que chegaria ao Brasil, sobretudo, com a vinda forçada de Enrico TullioLiebman[57]. Não ignoremos que os "institutos fundamentais" do processo foram construídos naquela época[58].

Foi mediante uma pretensão – universal – científica que o processo se afastou de seus elementos contingentes; foi numa pretensão de pureza que o direito processual civil foi reduzido às formas, perdendo a sua permeabilidade e o seu caráter instrumental. Neste ponto, não é ingênuo afirmar que a fase instrumentalista é uma mera (re)conciliação do processo com o direito material, mas sem a perda da autonomia. Surpreendentemente, o cientificismo somente atravessaria o processo e os processualistas, mas não o direito material; uma "enfermidade que desgra-

---

52 "[...]. A redução do conceito de ciência, peculiar ao pensamento moderno, que somente concebe como científicos os ramos do conhecimento humano destinados a medir, pesar e contar, fez com que o Direito se transformasse num conjunto sistemático de conceitos, com pretensão à eternidade, desvinculando-o da história.
Como é igualmente compreensível, o Direito Processual foi o domínio jurídico mais danificado por essa metodologia, em virtude de ser o processo aquele ramo do conhecimento jurídico mais próximo do mundo da vida, da prática social e que, além disso, pressupõe que o acesso a seus domínios seja alcançado através da hermenêutica, naturalmente incompatível com o pensamento dogmático." SILVA, Ovídio A. Baptista da.**Processo e ideologia:** o paradigma racionalista. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 01.

53 SILVA, Ovídio A. Baptista da.**Processo e ideologia:** o paradigma racionalista. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 70.

54 HABERMAS, Jürgen. **La lógica de las ciencias Sociales.**Trad. Manuel Jiménez Redondo. 3. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1996, p. 25 e ss. CORDEIRO, António Menezes. "Introdução à edição portuguesa." CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.** 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. XX e ss. LARENZ, Karl. **Metodología de la ciencia del derecho.** 2. ed. Trad. Marcelino Rodríguez Molinero. Barcelona: Ariel, 1980, p. 442 e ss.

55 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil.** 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. 1, p. 277.

56 GÁLVEZ, Juan Monroy. **Teoría general del proceso.** 3. ed. Lima: Communitas, 2009, p. 127.

57 MITIDIERO, Daniel Francisco. **Colaboração no processo civil:** pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 23-24.

58 BUENO, Cassio Scarpinella. Bases para um pensamento contemporâneo do direito processual civil. **Bases científicas para um renovado direito processual.** Athos Gusmão Carneiro e Petrônio Calmon (orgs.). Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Processual, 2008, v. 1, p. 411.

ça apenas o processo!"[59]. Consoante referido, no processo civil a *racionalização* é hiperbólica; proporcionalmente, sob a égide do paradigma da simplificação, o prestígio de uma doutrina é mensurado pelo grau de abstração de sua obra[60]; quanto mais elevado, maior.

O formalismo sofreu grave rechaço na Filosofia do Direito já no século passado. Porém, os teóricos do processo, ensimesmados, adotaram postura refratária. Um movimento anti-formalista que se formara e se fortalece no segundo pós-guerra, tem a expressão de suas concepções apresentada na obra "Tópica e Jurisprudência", publicada em 1953, de Theodor Viehweg[61], estabelecendo a noção de um raciocínio jurídico problematizador – obra que, salientamos, foi inspirada nas reflexões de Vico[62].

Como um dos frutos deste movimento, e influenciado também pela citada obra, surgiu a chamada Jurisprudência Hermenêutica. Para Just, tal corrente teórica teve em Josef Esser o personagem central de sua construção, sobretudo na obra "Pré-compreensão e escolha de métodos na obtenção do direito", publicada em 1970. Esta obra é considerada a tradução – e impostação – da hermenêutica filosófica gadameriana para o direito, possuindo um projeto para teoria do direito que se divide em dois objetivos: o de revisar o conhecimento a respeito dos processos de interpretação na aplicação do direito; e o de elaborar fundamentos de controlabilidade destes processos. Fato é que a Teoria do Direito não pôde mais prescindir de elementos substantivos que eram preteridos em favor do formalismo, que impunha uma hierarquia do normativo abstrato em relação ao fático concreto, cogitando um raciocínio linear, dedutivo, "científico". Na Jurisprudência Hermenêutica, as premissas da hermenêutica filosófica gadameriana são encampadas e o raciocínio passa a ser visto dentro da perspectiva da circularidade[63].

Nada obstante, na seara processual, o ranço formalista persiste. Malgrado o direito processual civil não consiga fornecer soluções satisfatórias em termos de equacionamento de Poder, distribuição de Justiça, preservação da dignidade humana etc., o ranço é alimentado e retroalimentado.

Próximo às ilações feitas, para Moura Rocha a processualística não se libertou do que chama, apoiando-se em Apel, de "tendência ôntica da redução" [64]. E explica que o método da "redução ôntica causal analítica" remonta à Renascença e ao racionalismo cartesiano; método que serviria para reduzir a complexidade para a experiência do sujeito cognoscente que vislumbraria uma simplificação do real em detrimento à sua infinitude. Daí viabilizar o raciocínio da causalidade, que simplifica o fenômeno à relação causa-efeito e que permitirá uma previsibilidade [65] muito sedutora – destacamos – às pretensões de controle do real.

É preciso reconciliar o processo – o Direito – com a sua dimensão hermenêutica; é indispensável a abertura do direito à complexidade. Tudo isso parte de uma postura menos arrogante e ilusória do direito processual; da assunção de perenidade das formas, e a manutenção dos problemas maiores que as motivaram; em síntese, que o direito processual não é marcado pelo selo da eternidade[66]. O mundo se tornou "demasiadamente hermenêutico" para que tudo

59 SILVA, Ovídio A. Baptista da.**Jurisdição, direito material e processo.** Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 128.

60 SILVA, Ovídio A. Baptista da.**Processo e ideologia:** o paradigma racionalista. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 37.

61 JUST, Gustavo. Esser, Josef. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (org). **Dicionário de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro/ São Leopoldo: Renovar/Editora Unisinos, 2006. p. 282-285.

62 É o que registrou Theodor Viehweg nas páginas iniciais de seu trabalho. A reflexão diz respeito ao método retórico (tópico) e o moderno (crítico), legados, sobretudo, por Cícero e Descartes, respectivamente. **Tópica e Jurisprudência.** Trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979, p. 19-23.

63 JUST, Gustavo. Esser, Josef. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (org). **Op. Cit.**. p. 282-285.

64 ROCHA, J. Elias Dubard de Moura. **Crise Cognitiva do Processo Judicial**. Recife: Editora Nossa Livraria, 2008. p. 48.

65 ROCHA, J. Elias Dubard de Moura, op. ult. cit., p. 49.

66 SILVA, Ovídio A. Baptista da.**Jurisdição, direito material e processo.** Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 138 e ss.

isso seja desconsiderado pela *scientia*processual[67]. O direito processual precisa superar esta "ridícula demonstração de anacronismo metodológico"[68].

3.2 Uma disciplina refratária do novo paradigma epistemológico hermenêutico

A crise paradigmática que atingiu as ciências humanas, cujas peculiaridades clamavam por uma metodologia distinta das ciências da natureza, foi profunda e avançou, progressivamente, na medida em que as dificuldades nas diversas disciplinas se tornavam evidentes; sobretudo em razão do ainda influente paradigma da simplificação ou racionalista.

A crise também se espraiou para a seara do pensamento jurídico, cuja teorização procurou seguir a tendência do que era produzido nos demais âmbitos das chamadas *Geisteswissenschaften*, com escopo de também superar a crise. Os objetos de tais ciências foram reconhecidos enquanto distintos – em suas propriedades – dos das ciências naturais, merecendo outro tipo de abordagem epistemológica que os esclarecesse; foram entendidos como essencialmente culturais, cujo único modo de apreendê-los seria a partir do recurso à hermenêutica; da interpretação do contexto destes objetos.

O processo de sedimentação de um novo paradigma epistemológico para as "ciências do espírito" pode ser remetido ao pensamento de Schleiermacher, e posteriormente à doutrina de Dilthey[69]. É, entretanto, com a chamada virada linguística que a construção e fixação de um novo paradigma, apropriado às ciências humanas, tornou-se premente. O giro representou a passagem da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem. Não se tratava, propriamente, de uma nova filosofia, senão de uma nova perspectiva que pretendeu refletir como o conhecimento era possível. A perspectiva é endossada por Manfredo Oliveira, o qual aponta a virada ou giro como sendo, não a extensão da análise filosófica para outros âmbitos do real, mas sim como uma inflexão da própria filosofia, que se volta para o seu próprio significado e para o modo como procede suas investigações[70].

Com o giro linguístico o panorama se altera, operando-se uma nova compreensão da linguagem, na qual foi possível construir uma nova base paradigmática e métodos em contraposição aos utilizados pela filosofia da consciência[71]. Para Streck, no ensejo do *linguisticturn*, a filosofia da linguagem desenvolveu-se em três vertentes, as quais ele identifica como sendo: a) o neopositivismo lógico, no qual a linguagem é analisada pela semiótica, mas dando ênfase às dimensões sintática e semântica (e pouca importância à pragmática), tendo ancorado seus pilares em figuras como Carnap, Peirce, Frege, primeiro Wittgenstein etc., e repercutindo no direito em exemplos como o normativismo de Kelsen e no realismo de Alf Ross; b) a segunda filosofia de Wittgenstein, que desenvolve o conceito de jogos de linguagem e efetivamente supera a metafísica, fazendo com que as reflexões semióticas atentem para o fato de que a dimensão semântica é completamente influenciada pela pragmática; e c) a filosofia da linguagem ordinária, que estaria embasada ainda no segundo Wittgenstein, Searle e principalmente Austin, em que a linguagem seria entendida como ação e a dimensão pragmática seria acentuada a ponto de também se denominar filosofia pragmática da linguagem[72].

---

67 SILVA, Ovídio A. Baptista da.**Jurisdição, direito material e processo.** Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 141.

68 SILVA, Ovídio A. Baptista da.**Processo e ideologia:** o paradigma racionalista. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 69.

69 Em sua *Einleitung in die Geisteswissenchaften*(*Introdução às ciências do espírito*) fez incisivas afirmações do tipo: "elerror capital de la escuelaabstractafue desatender la relación del contenido parcial abstractocon la totalidadviviente y tratar, por último, esasabstracciones como realidades". DILTHEY, Wilhelm. **Introducción a las ciencias del espíritu:** ensayo de una fundamentación del estudio de la sociedad y de la historia. Trad. Julián Marías. Madrid: Alianza Editorial, 1986. p. 100.

70 OLIVEIRA, Manfredo A. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006. p. 13.

71 STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011. p. 212.

72 STRECK, Lenio. **Op. Cit.**. p. 212-221.

Mas as mudanças no ambiente filosófico não se restringiram à virada linguística, sendo profundamente marcante a contribuição advinda do giro hermenêutico. Mais uma vez com Streck, é colocado que o campo da filosofia se concentra na linguagem, pós-giro, enquanto *locus*em que o conhecimento seria possível, em que a ação se dá[73].

A linguagem, temática cuja pertinência atinge todos os âmbitos acadêmicos, é recepcionada hodiernamente pelo direito sob os moldes de correntes como as teorias da interpretação. Estas teorias são resultantes de uma contingência histórica, quando o paradigma da simplificação, fincado na filosofia da consciência, não mais respondia aos problemas levantados pelas ciências humanas. Isto também ocorre no direito, cujos teóricos, preocupados com a linguagem nestes novos moldes, colocam a interpretação como o momento fundamental da experiência jurídica; fundamental, não porque alocada no centro da "Teoria do Direito", senão porque alçada à categoria de – novo – paradigma epistemológico, expondo o direito como um saber interpretativo; o paradigma epistemológico hermenêutico[74].

Assim, se no passado a linguagem era necessária à mediação do conhecimento dentre sujeito e objeto, hoje, pós giro hermenêutico, a linguagem é entendida como condição de possibilidade da própria experiência cognitiva; sujeito e objeto estão situados no horizonte da linguagem e, pois, da compreensão. O cerne da questão é precisamente a passagem feita pela filosofia de uma metafísica moderna em que a razão[75] é colocada como faculdade suprema de um sujeito que conhece objetivamente o mundo (paradigma da simplificação; racionalista), para uma consciência de que a objetividade é ilusória[76]; mesmo nas ciências naturais[77].

A metafísica moderna se utiliza do paradigma da racionalidade, de cujo método se deu seguimento a toda filosofia da consciência (subjetividade). O racionalismo imperou enquanto modelo predominante no pensamento ocidental, o que teve por consequência a noção muito difundida de que a realidade é constituída de uma ordenação que pode ser desvelada pela razão[78].

---

73 STRECK, Lenio. **Op. Cit.**. p. 212-221.

74 Apresentação de Gustavo Just em: JUST, Gustavo (org.); REIS, Isaac (org.). Teoria Hermenêutica do Direito. Autores, tendências e problemas. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2012. p. 9-12.

75 "O R. [racionalismo] filosófico designa propriamente a doutrina de Kant (que adotou esse termo), ou então a corrente metafísica da filosofia moderna, de Descartes a Kant". ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 967.

76 De forma breve, para que a generalização seja delimitada de modo a não ser compreendida de modo "holístico", mutilando a pluralidade presente na historicidade das manifestações humanas, ofereceremos um nítido parâmetro comum para identificar posições incursas na chamada filosofia da subjetividade (consciência) e a diferença primordial operada pela filosofia da linguagem. A metafísica moderna pré-kantiana focava sua investigação na essência dos entes, dos objetos, procurando identificar o seu estatuto ontológico; isto determinava uma relação direta entre o sujeito e o objeto. Com Kant, esta relação sujeito-objeto é transcendentalizada; os objetos passam a ser conhecidos não por sua própria constituição, mas por estruturas previamente existentes na subjetividade, a qual não estaria no mesmo plano do objeto, sendo, portanto, transcendental. O conhecimento preservaria o ideal da objetividade, mas passa a existir na instância da consciência do sujeito. Conhecer as estruturas do universo categorial da subjetividade importaria em conhecer os objetos, pois estes não poderiam ser conhecidos por si mesmos, mas pelas categorias presentes na consciência. De modo diverso, a objetividade – o ideal de conhecer empiricamente o mundo de modo exato – deixa de ser central para os filósofos da linguagem. É trivial afirmar que a linguagem se torna tema central da investigação – e que sua recorrentemente lembrada porosidade impossibilitaria a concretização da pretensão de objetividade; o fator decisivo é a concepção wittgensteiniana de significação enquanto uso, colocando a palavra como um modo de socialização, não como mero signo. A pretensão da objetividade, de correspondência exata entre o conhecimento e a realidade, não poderia ser mantida, pois. Cf.: OLIVEIRA, Manfredo Araújo. ***Antropologia Filosófica Contemporânea***. Subjetividade e inversão teórica. São Paulo: Paulus, 2012.

77 "Aliás, até mesmo nas ciências físicas, as leis não representam mera cópia ou fotografia de relações naturais preexistentes, já plenamente dadas, prontas para serem captadas, porquanto os enunciados e leis científicas – consoante é asserido pela totalidade dos epistemólogos – pressupõem a participação criadora do *intellectusagens*, sendo cada vez mais posto em realce o papel da imaginação criadora na compreensão dos fenômenos em seus nexos causais. A bem ver, uma lei científica é uma composição sintética de *dados brutos* (e há quem até mesmo conteste que este termo possa ter algum sentido) e de atos nomotéticos ou reguladores da imaginação e do pensamento." REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito:** para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 92.

78 ABBAGNANO, Nicola. **Op. Cit.**. p. 968.

Filosofia da subjetividade, incursa no pensar metafísico, calcada no paradigma racionalista: qual o ponto de partida, a base fundante?! É o *cogito* de Descartes, o primeiro homem moderno, repercutindo por toda a modernidade[79], e consolidando a relação isolada dentre "sujeito-objeto" que custa a ser expurgada do pensamento jurídico; ao filósofo francês também é tributada a maior responsabilidade pelo processo de matematização da ciência[80]. Este modo de pensar, ao qual se contrapõe um fantástico instrumental teórico oferecido desde o giro linguístico, causa imensos problemas à teoria e *práxis* jurídicas, pois sempre leva a aporias. A fatalidade de sua incorreção e vício intrínseco é bem evidenciada por Giacoia[81], quando, baseado em Nietzsche, defende que o *cogito ergo sum* cartesiano representa a crença na substância de um "eu" subjetivo existente na consciência enquanto responsável pelo pensar, pelo cogitar. Este "eu", subjetividade da consciência, seria a própria causa do pensar e, por isto, se pensamos, é devido a ele. Todavia, o erro consiste precisamente nesta premissa: "eu" como **causa** do pensar. O "eu" seria na verdade **efeito** do pensar! É o ato de pensar que inaugura e permite a existência de um "eu", que se torna um pressuposto lógico – e por isto facilmente confundido por causa – do ato, ação, em decorrência da estrutura gramatical da linguagem, em suas funções lógicas, que o coloca em tal posição de agente.

Assim, o pensar metafísico está demasiadamente presente nas construções teóricas do direito, cujo apego pela dogmática advém de uma necessidade primacial por estabilidade e segurança que, por dificuldade em absorver o novo paradigma, tentam conciliar o máximo que podem suas crenças (metafísica, racionalismo, relação sujeito-objeto) com o influxo e repercussão avassaladora do giro linguístico e hermenêutico (ontológico-pragmático). Mas a razão pela qual o pensar metafísico se mantém, segundo Manfredo Oliveira, está relacionada ao fato da unidade e multiplicidade formarem como que o "centro gravitacional", onde o uno é apontado como origem, fundando tudo e imputando à realidade a representação da totalidade. Tudo que ocorrer no real deve ser, portanto, parte desta totalidade. Qualquer fenômeno tem de ser explicado à luz deste uno. Então, o evento particular só se compreende a partir do universal, sendo categorizado, e ficando distante das contingências históricas que possam tê-lo ensejado[82].

Tanto os teóricos que acompanharam o giro linguístico, quanto os ligados à hermenêutica refutaram tal concepção. Mas estes últimos utilizaram uma abordagem diferente, embora a linguagem também fosse o fenômeno central. Em Gadamer, com sua hermenêutica filosófica, a compreensão não é comportamento do sujeito cartesiano, que se acerca do mundo ao redor, mas sim um modo de ser do ente denominado por Heidegger de ser-aí ("Dasein"). A finitude e historicidade humana são atributos que apontam para a hermenêutica como intrínseca ao homem[83]. É passo inarredável, portanto, superar a filosofia da subjetividade.

---

79 "O *inconcussumfundamentum* para a construção do edifício do saber moderno foi assegurado, como se sabe, por Descartes. No dualismo substancial da *res cogitans* e da *res extensa*, com a descoberta da unidade simples do "eu penso", Descartes consolidou a primeira certeza indubitável da moderna metafísica da subjetividade, suprimindo a dúvida cética radical – sob cuja suspeição houvera sido colocada a totalidade do conhecimento possível." GIACOIA JR., Oswaldo. Metafísica e Subjetividade. MARTINS, André (org.); SANTIAGO, Homero (org.); OLIVA, Luís César (org.). **As ilusões do eu**. Spinoza e Nietzsche. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011. p. 425.

80 "Modern science was not founded on the ability to generalize empirical observation but, as we have seen (in the case of Galileo for example), on the analytical ability do abstract; to abandon the realm common sense and sensory experience. What fundamentally revolutionized physics was, as we have discussed, its *mathematization,* and Galileo, Pascal, Huygens, Newton, and Leibniz all made important contributions. However, it is Descartes whom we find at the heart of this grand and complex process". ROSSI, Paolo. **The birth of modern science.**Trad.Cyntia de Nardilpsen.Oxford: BlackwellPublishers, 2001, p. 102.

81 GIACOIA JR., Oswaldo. Metafísica e Subjetividade. MARTINS, André (org.); SANTIAGO, Homero (org.); OLIVA, Luís César (org.). **Op. Cit.**. p. 428.

82 "Esse pensamento teve sempre um sentido emancipatório: é na presentificação contemplativa da identidade do mundo (o mundo pensado como totalidade), que o eu conquista sua identidade. Na metafísica ocorre, claramente, o triunfo do uno sobre o múltiplo, do universal sobre o particular, do inteligível sobre o sensível, do eterno sobre o histórico." OLIVEIRA, Manfredo A. **Op. Cit.**. p. 339-340.

83 OLIVEIRA, Manfredo A. **Op. Cit.**. p. 225.

Gadamer, em sua hermenêutica filosófica, evidencia a impossibilidade de um sujeito cartesiano que pode conhecer a si próprio e à história de modo pleno e transparente. Para Manfredo Oliveira[84], em Gadamer, "a 'onipotência da reflexão', típica da filosofia moderna da consciência, é dobrada pela resistência de uma realidade que não se deixa sem mais absorver pela reflexão".

A relação sujeito-objeto não é afeta à construção hermenêutica da pré-compreensão ou do círculo, pois este não tem natureza formal. O círculo representa o movimento do sujeito (intérprete) e a tradição em que este se insere em direção à compreensão[85]. Em Gadamer, não é o sujeito que domina a história (ou o mundo que o cerca), mas é a história (tradição) que possibilita a sua compreensão.

Para se entender o giro hermenêutico é fundamental mencionar suas bases teórico-filosóficas, enquanto disciplina formada pela lavra de Schleiermacher e Dilthey, cujas obras, atentas ao problema da interpretação, acentuam o aspecto da historicidade nas discussões acerca da linguagem e compreensão, e que influenciaram Heidegger. Neste, a linguagem se mostra vazada por uma pré-compreensão do mundo que já qualifica a existência do homem, que se encontraria "lançado" neste mundo[86].

Analisando o conceito tradicional de hermenêutica, Heidegger indica a sua relação com 'Ερμης (Hermes: deus mensageiro) e com 'Ερμηνεύς (intérprete), ao qual imputa a tarefa de "comunicar", um mensageiro que noticia alguma informação que lhe foi passada. Este ato de noticiar, comunicar o transmitido, seria, para Heidegger, o ato de tornar explícita uma diferença que antes não era notada[87]. Por este caminho a hermenêutica foi sendo construída pela tradição para significar[88] "a teoria ou doutrina das condições, da objetualidade, dos meios, da comunicação e da aplicação prática da interpretação", sem reduzi-la à interpretação. Martin Heidegger, no entanto, vai muito além desta perspectiva situando a hermenêutica como a autointerpretação da facticidade, um modo unitário de ver o mundo; ela serve para autointerpretar a faticidade, isto é, acessá-la, questioná-la; faticidade enquanto o ser-aí, ocasional, o ser próprio em cada caso, em um modo do seu ser.

A hermenêutica serve[89] "ao ser-aí como uma possibilidade de vir a *compreender-se* e de ser esta compreensão". Ou seja, o ser-aí (denominação de Heidegger para o ente que possui acesso privilegiado ao sentido do ser, ou seja, humano despojado das cargas científicas e culturais trazidas pelo termo), pode utilizar-se da hermenêutica para compreender-se enquanto faticidade; interpretar-se no modo desta faticidade. Este modo pode ser o "hoje"[90]: "Uma determinação da ocasionalidade é o hoje, o estar ou demorar-se sempre já no presente, apropriar-se sempre já dele (Ser-aína medida que é histórico, seu presente. Ser em um mundo, ser vivido pelo mundo; a cotidianidade presente)".Então o ser-aí, para compreender a si mesmo, autointerpreta o hoje – o estar ou demorar-se no presente – enquanto modo de ser da faticidade (que é o próprio ser-aí ocasional) por meio da hermenêutica; este ato do ser-aí é um seu movimento. No entanto, desta incursão, aos propósitos deste artigo, basta apreender que o ser humano é hermenêutico, pois para compreender qualquer coisa, realiza este processo.

Abeberando-se na analítica existencial heideggeriana, Gadamer foi além, enfatizando ainda mais a historicidade – não utilizou a hermenêutica como adjetivo (como faz Heidegger, com sua fenomenologia hermenêutica[91]) –, rechaçando com veemência os ideais da filosofia

---

84 OLIVEIRA, Manfredo A. **Op. Cit.**. p.229-230.

85 CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação**. Uma contribuição ao estudo do direito. 3ª ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003. p. 55.

86 ABBAGNANO, Nicola. **Op. Cit.**. p. 667.

87 HEIDEGGER, Martin. **Ontologia**. Hermenêutica da faticidade. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 17-18.

88 HEIDEGGER, Martin. **Op. Cit.**. p. 19.

89 HEIDEGGER, Martin. **Op. Cit.**. p. 21.

90 HEIDEGGER, Martin. **Op. Cit.**. p. 39

91 Cf.: STEIN, Ernildo. Gadamer e a consumação da hermenêutica. In. STEIN, Ernildo (org.); STRECK, Lenio (org.).**Hermenêutica e Epistemologia**. 50 anos de Verdade e Método. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 13.

da consciência[92]. Para ele, o ideal do objetivismo não pode ser alcançado, pois o conhecimento histórico, essencial para as ciências humanas, é ele próprio um processo de contingências históricas, e não um dado objetivo. A compreensão, afinal, se dá neste processo, que viabiliza o próprio existir, restando à objetividade o *status* de ilusão[93].

O ideal objetivista, de base paradigmática racionalista (simplificação) e fincado na filosofia da consciência (subjetividade), ainda está – muito – presente no âmbito da "Teoria do Direito". Mesmo com o giro linguístico e sua influência, muitas teorias persistem e procuram justificar suas crenças. Nesta busca, uma pluralidade de novas teorias surge e confrontam entre si. Streck identifica justamente a presença do sujeito cartesiano nestas teorias (chamadas por ele de positivistas)[94]: "(...)uma espécie de elemento comum que percorre as construções epistêmicas dos positivismos. Este elemento comum é dado pelo sujeito epistemológico-solipsista da modernidade (...)". Streck assevera que o jurista tradicional, embora não possa fugir da temática da linguagem e dos influxos do giro linguístico e hermenêutico, ainda acredita que é[95] "sua subjetividade que funda os objetos no mundo", quando já deveria entender, pós-giro hermenêutico, que o acesso a qualquer coisa não se dá de forma direta e objetiva, mas pela mediação do significado. Lamentavelmente, o giro hermenêutico não foi recepcionado pela processualística, tampouco em muitas correntes teóricas do direito[96].

No direito processual brasileiro, entretanto, a questão é agravada – e nenhum doutrinador brasileiro escreveu com tanta precisão e proficuidade a respeito do tema quanto o ora homenageado –, em razão da firme adesão ao paradigma racionalista, em busca de uma precisão matemática viabilizada por uma postura extremamente formalista, mesmo que o positivismo lógico tenha pretendido expurgar o pensar metafísico de suas concepções.

No ponto, pode ser útil uma analogia com a crítica que Streck faz à distinção *easycases* x *hard cases*. Tal e qual na crença da forma, a distinção está pautada numa concepção causal. Para o referido autor a cisão é elaborada por um pensamento metafísico, já que há um compreender que antecipa a possibilidade da cisão epistemológica que considera o *easy case* enquanto algo natural dentro da ordem universalizada, o qual possibilita um raciocínio dedutivo[97]. Isto demonstra que embora o chamado *hard case* não possa se enquadrar no paradigma, este resiste na mentalidade jurídica e provoca a cisão para sobreviver, como se: "aqui" cabe a subsunção, embora "ali" não caiba. Destarte, acaba existindo dois tipos de "operação", em que uma delas preserva o esquema sujeito-objeto e a outra denuncia sua impossibilidade[98]. A conformação ao paradigma subsiste, ainda que se multipliquem as anomalias ou contra-exemplos[99].

---

92 "(...) o saber hermenêutico deve recusar um estilo objetivista de conhecimento. Além disso, ao falarmos do "pertencimento" que caracteriza a relação entre intérprete e a tradição que ele deve interpretar, vimos que a própria compreensão constitui um momento do devir histórico." GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009. p. 49.

93 GADAMER, Hans-Georg.**Op. Cit.**.p. 57.

94 STRECK, Lenio. **Op. Cit.**.p. 222.

95 STRECK, Lenio. **Op. Cit.**. p. 227-228.

96 "Com efeito – e venho insistindo nisso –, se a primeira "etapa" do *linguisticturn* foi recepcionada (principalmente) pelas concepções analíticas do direito, proporcionando consideráveis avanços no campo da teoria do direito, o segundo "giro" (que adiciona o mundo prático à filosofia, que se pode denominar de giro ontológico-linguístico ou *hermeneuticturn*) ainda não conseguiu seduzir suficientemente os juristas a ponto de levá-los a superar as velhas concepções que apostam, de um lado, na objetividade textual e, de outro, no protagonismo do sujeito-intérprete."STRECK, Lenio. Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas. In: STEIN, Ernildo (org.); STRECK, Lenio (org.). **Op. Cit.**. p. 159.

97 STRECK, Lenio. **Verdade e Consenso:** Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 299-300.

98 "Dito de outro modo, a separação entre casos fáceis e casos difíceis atende a uma exigência do esquema sujeito-objeto. Essa censura, entretanto, é apenas objetivista, metodológica, da teoria do conhecimento. Só que, quando determinada teoria discursivo-argumentativa opera com tal distinção estrutural, não se dá conta de que ali existem dois tipos de operar: no caso assim denominado simples, o operar explicativo é da ordem da causalidade; no caso complexo, não adianta trazer a causalidade, porque é necessário ampliar o processo." STRECK, Lenio. **Op. Cit.**. p. 300.

99 "Suponhamos que as crises são uma pré-condição necessária para a emergência de novas teorias e perguntemos então como os cientistas respondem à sua existência. Parte da resposta, tão óbvio como importante, pode ser descoberta observando-se primeiramente o que os cientistas jamais fazem, mesmo quando se defrontam com anomalias prolongadas e graves. Embora possam começar a perder a fé e a considerar outras alternativas, não renunciam ao

O que ocorre, portanto, é que em certos casos o esquema sujeito-objeto oferece aporias de cuja perplexidade a decisão judicial deve se ver livre; do contrário não conseguirá responder satisfatoriamente à demanda. A analogia que se pretendeu serviria para mostrar que o esquema sujeito-objeto se apresenta com mais força na processualística em virtude do "nível" de explicação causal responder "satisfatoriamente" às questões de forma, mantendo a ciência processual na ilusão dogmática do paradigma racionalista e, em muito, distante do novo paradigma epistemológico hermenêutico. Voltaremos ao tema adiante.

3.3 O solipsismo doutrinário ou "a redução do fenômeno jurídico à dimensão formal": rumo à construção de um céu de conceitos[100]

Como visto, a pretensão de validez universal inspirou a redução do fenômeno jurídico ao viés analítico, blindando – "filtrando" – o direito de seu elemento contingencial (experiência; "impurezas"); afastando-o de sua relatividade e perecibilidade, mediante sua segregação da história.

A colocação da *forma* como elemento central do fenômeno jurídico – quando não a própria redução do fenômeno à dimensão formal – estimula os juristas a trabalharem apenas com conceitos; com modelos abstratos e uma visão restrita à dogmática, invertendo-se o *teorein*. Assim, a realidade é contemplada sob a lupa de categorias, de dúvidas e conceituações formuladas em abstrato. A realidade é enxergada sob inúmeros constrangimentos prévios. Alguns deles, inclusive, os dogmas, "transformando" abstrações em realidade.

Ainda não despertamos do sonho formalista à indispensável consciência histórica do direito. Insistimos em analisar o direito por diferentes ângulos, mormente o direito processual – "o mais rente à vida"[101] –, sem a devida valorização de sua historicidade. E por falar em história como elemento do fenômeno jurídico, tal não implica apenas em situar o contexto de surgimento de conceitos e/ou institutos jurídicos, mas de não desligar o jurídico da tradição. Não se quer, pois, reproduzir parte das concepções teóricas da escola de Savigny[102] ou de Puchta, mas sim, integrar o elemento histórico na própria visão específica do direito[103]. Em precisa lição: não "se fará um historicismo jurídico só com a história".

O historicismo foi rechaçado pela prevalência do dogmatismo, pois o primeiro leva a um relativismo, o qual, em última instância, conduz o homem ao (re)encontro consigo. Foi relegado pelo racionalismo e ainda hoje é incompreendido[104]. Não se confundindo ao mero relato histórico[105], menos ainda ao resgate de antecedentes dogmáticos. Inclusive, o historicismo constitui uma

---

paradigma que os conduziu à crise. Por outra: não tratam as anomalias como contra-exemplos do paradigma, embora, segundo o vocabulário da filosofia da ciência, estas sejam precisamente isso". KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas.** Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2007. p. 107.

100 Para uma crítica ao conceitualismo, posto que discordemos das conclusões do trabalho, veja-se o ensaio de João Maurício Adeodato sobre o "céu de conceitos" de Ihering. ADEODATO, João Maurício. Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 285 e ss. Sobre o mesmo ensaio de Ihering, cf. HART, H. L. A. **Ensaios sobre a Teoria do Direito e Filosofia.**Trad. José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 299 e ss.

101 A expressão é de Pontes de Miranda, no Prólogo aos Comentários do Código de Processo Civil de 1939. MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, t. I.

102 Com o detalhe para involução do tema no seio da própria Escola Histórica do Direito, a qual, aos poucos, foi se distanciando das ideias pregadas de antanho que prestigiariam um historicismo autêntico e migrando a um modelo de formalização do historicismo. REALE, Miguel. **Filosofia do direito.** 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 425.

103 A verdadeira herança da escola histórica é a difusão dos princípios da historicidade e da relatividade do Direito. VECCHIO, Giorgio Del. **Lições de filosofia do direito.** Coimbra: Arménio Amado Editor, 1959, V. 1. p. 213-214.

104 Portodos, veja-se a censura de Nelson Saldanha a Popper. **Historicismo e Culturalismo.** Rio de Janeiro: Fundarpe, 1986, p. 16.

105 SALDANHA, Nelson Nogueira. **O problema da história na ciência jurídica contemporânea.** 2. ed. Porto Alegre: Escola Osvaldo Vergara, 1978. p. 74. SALDANHA, Nelson Nogueira. **Filosofia, Povos e Ruínas:** páginas para uma filosofia da história. Rio de Janeiro: Calibán, 2002. p. 62.

fonte privilegiada à crítica dos autores que teimaram em reduzir o fenômeno jurídico à dimensão formal[106]; a um discurso de abstração[107].

Dos poucos que enfrentaram o tema, na lição de Nelson Saldanha, o desenvolvimento do historicismo na ambiência brasileira, um país com uma tradição histórica pouco cultivada em comparação a outros países, perpassa a consciência da historicidade em outros países preocupados com sua própria tradição; pressupõe, inclusive, uma análise comparativa com a nossa situação. Como anotado em âmbito doutrinário, em nosso limitado horizonte histórico não há como eliminar, por completo, a herança existente desde a formação de nosso sistema jurídico. Tal não significa, por certo, que iremos nos (re)posicionar colonialmente. Há uma tensão que precisa ser superada dentre elementos externos e a "latência de espontaneidades criadoras"; é nesta tensão que deverá se pautar o historicismo a ser desenvolvido. A consciência do passado, a tensão "presente", e a revisão futura.

Como é possível perceber, o historicismo dá vazão à crítica, aos questionamentos, remexendo os alicerces dogmáticos; enseja o reconhecimento da perecibilidade das formas assumidas pelo saber jurídico, direcionando o pensamento aos grandes problemas que a motiva(ra)m[108]. A partir do historicismo são construídas as bases à crítica do "dogmatismo intemporalizante", haja vista repelir a construção de imagens estáticas e rígidas à explicação da realidade humana[109]; e que se completa com a hermenêutica, isto é, com a postura de desconfiança aos tons peremptórios ou excessivamente analíticos[110].

Substanciando o título deste tópico, a ideia de um "céu de conceitos" descende de Ihering, na terceira fase de seu pensamento. Trata-se de um trabalho em que, adotando um tom jocoso, censurou o pensamento analítico de famosos doutrinadores contemporâneos seus, como foi o caso de Savigny; registrando que alguns pensadores teriam um lugar no "céu de conceitos". Este "céu" metafórico pode ser entendido como a tentativa de redução da complexidade do fenômeno jurídico, isto é, a colocação da forma como elemento central do direito ou, repita-se, em atitude ainda mais extremada, a redução do fenômeno jurídico à dimensão formal. Algo que, sabido, é recorrente ainda hoje.

3.4 O solipsismo jurisprudencial ou o "decido conforme a minha consciência"[111]

Da mesma forma que a postura doutrinária reafirma o que denunciamos como solipsismo, também a jurisprudência incorre no mesmo problema. A diferença, se é que podemos delinear uma, repousa nas motivações imediatas. Decerto que a "causa remota" é o próprio paradigma racionalista.

O solipsismo doutrinário pode ser tributado à preocupação de ordem científica sob os influxos metodológicos das ciências naturais e que leva às construções "more geometrico", pretensamente, atemporais; esta atemporalidade está relacionada à ausência de um âmbito limitado de validade – supostamente, universais; sendo universais, prestar-se-iam ao conhecimento do fenômeno jurídico em qualquer lugar. Daí a construção das 'teorias gerais'; dos conceitos lógico-jurídi-

---

106 Por excelência, ilustre-se com o normativismokelseniano.

107 CORDEIRO, António Menezes. "Introdução à edição portuguesa." CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.** 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. XX.

108 "[...]. Nossa época, carregada de consciência histórica, convida os pensadores do Direito a compreender que a historicidade do saber jurídico – como a da experiência, e a dos conceitos – significa a um tempo a perecibilidade das formas que ele assume e a permanência dos problemas maiores que o motivam". (Saldanha, teoria do direito... p. 93.)

109 SALDANHA, Nelson Nogueira. **O problema da história na ciência jurídica contemporânea.**2. ed.Porto Alegre: Escola Osvaldo Vergara, 1978, p. 72 e ss.

110 SALDANHA, Nelson Nogueira. **Filosofia, Povos e Ruínas:** páginas para uma filosofia da história. Rio de Janeiro: Calibán, 2002, p. 57.

111 A clara referência no título é uma homenagem à obra de LenioStreck. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

cos e sua peculiar formalização da experiência[112], negligenciando-se sua crítica[113]; a construção de pirâmides conceituais e a primazia do raciocínio dedutivo, silogístico etc.

Voltando os olhos à jurisprudência, também há uma clara redução do fenômeno jurídico; redução que teima em professar, por exemplo, que não haveria criatividade na atividade jurisdicional; que a jurisdição teria função declaratória consistente na aplicação unívoca da lei; que a antecipação de tutela não seria um verdadeiro julgamento, senão uma decisão que antecipa seus prováveis efeitos; que haveria matéria unicamente de direito; que determinados tribunais aplicariam o direito, mas não apreciariam os fatos; que as regras são aplicadas por subsunção; que haveria um livre convencimento motivado; a sentença condenatória enquanto categoria processual; que o processo busca a verdade real etc.

Quiçá seja possível estabelecer um liame dentre a atividade dalguns doutrinadores e dos pretórios; uma possível relação de causa e efeito dentre as posturas solipsistas, sem que seja possível precisar qual é a causa e qual é o efeito. Assim, a jurisprudência se fecha ao diálogo com a doutrina porque os modelos conceituais gestados na ambiência que vimos censurando não oferecem soluções aos problemas que, dia após dia, multiplicam-se no foro. Por outro lado, esmerando-se na construção de moldes epistêmicos, a doutrina limita-se a erigir um "céu de conceitos", e produz e (re)produz um discurso para consumo próprio; inacessível aos mortais, o "céu" inviabiliza o diálogo, fazendo com que, mais uma vez, os aplicadores fiquem ensimesmados em seu horizonte.

À medida que a doutrina deixa de empreender o que se espera dela – leia-se, doutrinar[114] –, os tribunais vão se tornando impermeáveis às construções teóricas em geral. Se a doutrina não oferece soluções aos litígios que, diuturnamente, aportam no judiciário, por que recorrer a ela? Se, tirante alguns casos isolados, os autores se limitam a uma deificação da forma, mais uma vez, por que recorrer à doutrina? Sendo raros os críticos da atividade jurisdicional, por que os magistrados ficariam "constrangidos" em retomar o diálogo?

Outras e variadas poderiam ser as dúvidas epistemológicas, mas acreditamos que as indagações acima sejam suficientes aos nossos propósitos.

4. O FENÔMENO JURÍDICO – PROCESSUAL – E A "ALTERNATIVA" HERMENÊUTICA: UM DIÁLOGO FRANCO COM A COMPLEXIDADE

Inicialmente, é preciso perceber que a redução do fenômeno jurídico à dimensão formal, para além de seu inquestionável artificialismo, repudia os múltiplos aspectos não formais do direito, afastando a hermenêutica e a compreensão[115]; isto negligencia o papel – e a indispensabilidade – hermenêutica diante de um problema cultural, ainda que não existam textos[116]. Todo pensar humano é hermenêutico; o mundo *antropológico* não pode ser objeto de uma investigação pelas lentes da ciência natural[117]. Se a linguagem é a condição do existir no mundo, e também a condição ao conhecimento, decerto que fomos "condenados" a – tudo – interpretar.

Paradoxalmente, o solipsimo doutrinário a afasta. O dogmatismo e a redução da experiência jurídica à analítica não convivem com a hermenêutica que, no particular, seria justamente a postura de desconfiança. O dogmatismo rechaça qualquer tomada de posição que questione o pensamento forjado em sua ambiência; suas premissas, os dogmas, devem ser aceitas sem questionamentos, quase como um ato de fé – relembre-se, da teologia à metodologia; um quê de superação e outro de conservação.

---

112 Sobre o tema, defendendo que a teoria do processo teria assento em conceitos lógico-jurídicos, cf. DIDIER JR., Fredie. **Sobre a teoria geral do processo:**essa desconhecida. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 38-43.

113 BOBBIO, Norberto. **Contribucion a la teoria del derecho.** Trad. Alfonso Ruiz Miguel. Valencia: Fernando Torres Editor, 1980. p. 81.

114 Por todos, cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da.**Processo e ideologia:** o paradigma racionalista. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, *passim*;e STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso:** Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, *passim*.

115 SALDANHA, Nelson Nogueira. **Ordem e hermenêutica.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 231.

116 SALDANHA, Nelson Nogueira. **Ordem e hermenêutica.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 228.

117 CORETH, Emerich, op. cit., p. 62.

Nessa linha de raciocínio, não é de causar espanto que a hermenêutica tenha caído no "esquecimento" por fração considerável da doutrina e, sem muita vantagem, por parte daqueles que ainda a mencionam, é amesquinhada como tarefa de pura e simples interpretação[118]. O fenômeno jurídico é complexo; é impossível reduzi-lo a uma abordagem meramente analítica, isto é, que se limite à reflexão conceitual, abstrata. O mundo normativo não se impõe – encobre – sobre o plano social.

Assumindo uma espécie de "'desconfiança' em relação aos tons muito afirmativos ou muito analíticos – mas não em relação às possibilidades de penetrar no real através da compreensão" –, a hermenêutica pressupõe o elemento histórico como inerente ao próprio direito. Se é na história que se realiza, encontra-se e compreende-se o ser do homem – obviedade negligenciada por muitos –, fica realmente difícil sustentar que o direito, criado para as coisas do homem, possa ser compreendido de modo divorciado dela.

Não há como entender o direito, uma inegável manifestação cultural, distante dessas questões. Não há como desenvolver teorias sobre o direito, e sobre o processo, despidas do fator histórico e, pois, divorciadas da reflexão hermenêutica. Conquanto o direito possa ser encarado/estudado enquanto ordem, a ordem não pode ser desconectada de suas contingências históricas, o que determina o seu sentido e impele seja tomada em caráter dinâmico[119]. Na síntese de Saldanha, "a interpretação implica a ordem e *se refere a ela*"; não existe ordem sem interpretação – lembrando que a ordem também é um limite do intérprete –, o que corresponderia a uma ausência de mudanças[120]. Desta feita, o que explicaria a criação de teorias no âmbito do direito negligenciando todas essas questões?

Somente o paradigma pode esclarecer essa "dúvida"...

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS: OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, O ALERTA DE KUHN E A PARÁBOLA DO SEMEADOR...

> [...]. O direito, enquanto ciência hermenêutica, busca o individual, em toda a sua riqueza existencial e histórica, e, mesmo admitindo que se o descreve como sistema, como é próprio das ciências *explicativas,* que buscam alcançar o domínio da natureza e a construção de princípios e regras de validade universal, sua vocação natural orienta-o para a *compreensão* do fenômeno humano, que será sempre situado historicamente. Esta peculiaridade, comum a todo fenômeno jurídico, mostra-se ainda mais visível quando se trata do direito processual, dado que este ramo da ciência jurídica tem de tratar, necessariamente, de casos individuais, onde a construção de regras gerais mostrar-se-á sempre uma tarefa limitada e precária[121].

Sem se fechar ao diálogo com a complexidade, a abertura hermenêutica é uma postura que assume o relativismo histórico do direito (perecibilidade da forma), renegando a postura arrogante dos analíticos, e assumindo a impossibilidade de apreensão da realidade em sua plenitu-

---

118 Por todos, no escólio de Nelson Saldanha: "O termo hermenêutica tem sido utilizado na doutrina jurídica sem suficiente consciência de suas relações (e distinção) em face da noção de interpretar. Em nosso entender a hermenêutica tem um sentido mais genérico e mais preso ao plano teórico (talvez se possa afinal aceitar a sua conceituação como "teoria dos fundamentos do interpretar"); a interpretação, que visa o concreto e que atende ao movimento da ordem para a prática, aparece motivada por uma finalidade que é a aplicação. Entretanto, como toda ordem é interpretável, na medida em que é compreensível e em que alcança com sua prescritibilidade o plano das vidas reais (e daí a importância da noção de experiência), a hermenêutica e a interpretação existem no Direito tanto quanto na política, tanto quanto na teologia. Estas ordens se testam no real particular, projetando-se nas situações concretas e ensejando interpretações que são (ou devem ser) sempre relativas: tão relativas quanto clara for a consciência de que o concreto é sempre o contingente e é nele que ocorrem os conflitos e os apelos próprios da condição humana". SALDANHA, Nelson Nogueira. **Ordem e hermenêutica.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 246.

119 SALDANHA, Nelson Nogueira. **Filosofia do direito...**p. 212.

120 SALDANHA, Nelson Nogueira. **O problema da história na ciência jurídica contemporânea.**2. ed. Porto Alegre: Escola Osvaldo Vergara, 1978, p. 247-248. No mesmo sentido: JUST, Gustavo. O direito como ordem e hermenêutica: a filosofia do direito de Nelson Saldanha. **Revista de Informação Legislativa.** Brasília a. 46n. 181 jan./mar. 2009.

121 SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria geral do processo civil.** 5. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 11.

de. Assim, sobre ser limitada, a experiência humana nunca estará fechada[122]. Há uma diferença singela dentre negar a complexidade e se abrir a ela, sem que, no último caso, exista a pretensão de dominá-la (simplificá-la).

Fiel à sua postura hermenêutica, Ovídio A. Baptista da Silva preconizava a superação do pensamento dogmático; ciente que a dogmática opera uma nefasta redução da complexidade, negando a diversidade social, pois o dogmatismo constrói uma realidade apartada (relembre-se a construção da dogmática jurídica por Savigny[123]). Ovídio censurava a dogmática e a concepção de vontade unívoca da lei; mesmo porque, a dogmática chega antes do sujeito; constrange seu pensamento (muito além dos condicionamentos próprios ao paradigma); asfixia as possibilidades hermenêuticas (crítica) e a construção da justiça no caso concreto[124]. Não encarava a lei na perspectiva iluminista de garantia de segurança e de previsibilidade, em seu nítido apego à igualdade em sentido formal; não situava a ordem jurídica em função da lei, senão o oposto.

Próprio de uma mente consciente da origem de divisão do conhecimento em ramos, isto é, seu antecedente remoto na figura renascentista da árvore – reflexo do pensamento reducionista e da (super)valorização dos especialistas[125] – o jurista rio-grandense não limitou seus estudos ao direito processual civil. Muito pelo contrário, suas reflexões são amparadas em investigações históricas, filosóficas e sociológicas, combinadas entre si, e enriquecidas pelo desempenho da advocacia. O crivo não foi médio, e nem poderia ser, pois reconhecia não apenas a interdisciplinariedade do direito, senão sua transdisciplinariedade, no sentido de Michel Miaille[126].

Antes de superar um problema é preciso identificá-lo; sem o (re)conhecimento da tese, não haverá antítese e, pois, síntese; mesmo porque, a antítese carrega parte da tese; no processo de mudança e superação sempre há um quê de continuidade. Sem o exercício dialético não há espaço para a crítica e ao progresso científico. O pensamento dogmático leva – e pressupõe – ao engessamento; na ambiência dogmática as mudanças são apenas aparentes.

Muito embora o homenageado tenha legado soluções aos problemas que identificou – figurem-se seus importantes estudos do processo cautelar que, ainda incompreendidos, foram motivados por sua sensibilidade ao fator temporal, sendo o idealizador da generalização da tutela antecipada satisfativa –, num contexto em que o compromisso racionalista ainda obnubila a visão crítica, quiçá um de seus maiores contributos, o mais notável, seja a própria revelação do problema, desnudando a ideologia que a ele está subjacente. Como na parábola, Ovídio preparou o terreno e semeou. Porém, como dizia Edith Stein, comentada por Kaufmann, "não se pode ensinar e aprender filosofia, mas unicamente o filosofar[127]."

Regressando à lição de Kuhn, mesmo em tempos de crise (de degenerescência), quando o paradigma já não oferece explicações e/ou soluções aos problemas emergentes, a história revela que os cientistas relutam em superá-lo, somente fazendo-o quando conscientes de outro paradigma disponível, e após um comparativo dentre ambos, e com a natureza[128]; a substituição é fruto de um longo processo histórico de amadurecimento científico, ampliando os horizontes ao conhecimento. Com apoio em Morin, o paradigma da simplificação seria superado pelo paradigma da complexidade[129]; em contraposição ao formalismo e ao solipisismo, dissertando um objeto cultural, falamos em paradigma epistemológico hermenêutico.

---

122 CORETH, Emerich, op. cit., p. 65 e 69.

123 SALDANHA, Nelson. **Filosofia do direito.** 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 170.

124 SILVA, Ovídio A. Baptista da.**Jurisdição, direito material e processo.** Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 144-148.

125 SALDANHA, Nelson Nogueira. **Estudos de teoria do direito.** Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 153.

126 Cf. MIAILLE, Michel. **Uma introdução crítica ao direito.** Lisboa: Moraes, 1989.

127 KAUFMANN, Arthur. "Filosofia do direito, teoria do direito e dogmática jurídica". *In:* **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas.** A. Kaufmann e W. Hassemer (coords.).2. ed. Trad. Marcos Keel.Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 34.

128 KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas.** Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2007, p. 107-108.

129 MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo.**Trad. Eliane Lisboa. 4. ed. Porto Alegre: Sulina, 2011, *passim.*

Em uma de suas mais conhecidas obras, "Processo e Ideologia", o paradigma da simplificação, por ele chamado de paradigma racionalista, é alvo de severas críticas. A marca desta obra é a revelação/reflexão do compromisso ideológico (racionalista) existente no direito e, mais acentuadamente, no processo civil. A despeito dos ataques realizados noutros trabalhos, os textos ali reunidos carregam um esforço mais amplo e destacado.

E na recorrência ao termo paradigma, também presente na obra do homenageado, finalizemos com a preleção de Kuhn, para quem, pessoas que estão sob paradigmas diversos não conseguem se entender. Quem já trabalha(va) com o paradigma epistemológico hermenêutico, como é o caso de Ovídio, não podia ser compreendido por aqueles ainda condicionados pelo paradigma da simplificação (racionalista). Como na parábola, nem todas as sementes caíram em boa terra…

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ADEODATO, João Maurício. Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ARAÚJO, Wandyck Nóbrega de. **Idéia de Sistema e de Ordenamento no Direito.** Porto Alegre: SAFE, 1986.

BERTALANFFY, Ludwig von. **Teoria geral dos sistemas:** fundamentos, desenvolvimento e aplicações. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Contribucion a la teoria del derecho.** Trad. Alfonso Ruiz Miguel. Valencia: Fernando Torres Editor, 1980.

BUENO, Cassio Scarpinella. Bases para um pensamento contemporâneo do direito processual civil. **Bases científicas para um renovado direito processual.** Athos Gusmão Carneiro e Petrônio Calmon (orgs.). Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Processual, 2008, v. 1.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação**. Uma contribuição ao estudo do direito. 3ª ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003.

CHARGAFF, Erwin. "Nenhum cientista sabe o que é a vida". *In:* **Livro dos saberes:** diálogos com os grandes intelectuais de nosso tempo. Constantin Von Barloewen (coord.) Trad. Will Moritz. Osasco: Novo Século Editora, 2010.

COELHO, Luiz Fernando. **Positivismo e neutralidade ideológica em Kelsen.** Estudos de filosofia do direito: uma visão integral da obra de Hans Kelsen. Luiz Regis Prado e Munir Karam (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

CORDEIRO, António Menezes. "Introdução à edição portuguesa." CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.** 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CORETH, Emerich. **Questões fundamentais de hermenêutica.** Trad. Carlos Lopes de Matos. São Paulo: Editora Pedagógica e Universitária Ltda., 1973.

DESCARTES, René. **Discurso do método:** regras para a direção do espírito. São Paulo: Martin Claret, 2003.

DIDIER JR., Fredie. **Sobre a teoria geral do processo:**essa desconhecida. Salvador: JusPodivm, 2012.

DILTHEY, Wilhelm. **Introducción a las ciencias del espíritu:** ensayo de una fundamentación del estudio de la sociedad y de la historia. Trad. Julián Marías. Madrid: Alianza Editorial, 1986.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil.** 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. 1.

FEYERABEND, Paul. **Contra o Método**. Rio de janeiro: Livraria Francisco Alves Editora S.A., 1975.

FOUREZ, Gérard. **A Construção das Ciências**. Introdução à filosofia e à ética das ciências. São Paulo: Editora Unesp, 1995.

GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.

GÁLVEZ, Juan Monroy. **Teoría general del proceso.** 3. ed. Lima: Communitas, 2009.

GIACOIA JR., Oswaldo. Metafísica e Subjetividade. MARTINS, André (org.); SANTIAGO, Homero (org.); OLIVA, Luís César (org.). **As ilusões do eu**. Spinoza e Nietzsche. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

HABERMAS, Jürgen. **La lógica de las ciencias Sociales.**Trad. Manuel Jiménez Redondo. 3. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1996.

HART, H. L. A. **Ensaios sobre a Teoria do Direito e Filosofia.**Trad. José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HEIDEGGER, Martin. **Ontologia**. Hermenêutica da faticidade. Petrópolis: Vozes, 2012.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Europeia**. Síntese de um milénio. Coimbra: Almedina, 2012.

HESSEN, Johannes. **Teoria do Conhecimento**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

JUST, Gustavo. O direito como ordem e hermenêutica: a filosofia do direito de Nelson Saldanha. **Revista de Informação Legislativa.** Brasília a. 46n. 181 jan./mar. 2009.

_____. "Apresentação". JUST, Gustavo (org.); REIS, Isaac (org.). **Teoria Hermenêutica do Direito**. Autores, tendências e problemas. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2012.

_____. Esser, Josef. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (org). **Dicionário de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro/São Leopoldo: Renovar/Editora Unisinos, 2006.

KAUFMANN, Arthur. "Filosofia do direito, teoria do direito e dogmática jurídica". *In:* **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas.** A. Kaufmann e W. Hassemer (coords.).2. ed. Trad. Marcos Keel.Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas.** Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2007.

LARENZ, Karl. **Metodología de la ciencia del derecho.** 2. ed. Trad. Marcelino Rodríguez Molinero. Barcelona: Ariel, 1980.

LÓPEZ, Carlos Fuentes. **El racionalismo jurídico.** México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

MARÍAS, Julián. **História da filosofia.** Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil:** teoria geral do processo. 2. ed. São Paulo: RT, 2007.

MARQUES, Mário Reis. **Codificação e paradigmas da modernidade**. Portugal: Coimbra, 2003.

MIAILLE, Michel. **Uma introdução crítica ao direito.** Lisboa: Moraes, 1989.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, t. I.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Colaboração no processo civil:** pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo.**Trad. Eliane Lisboa. 4. ed. Porto Alegre: Sulina, 2011.

OLIVEIRA, Manfredo A. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006.

_____. **Antropologia Filosófica Contemporânea**. Subjetividade e inversão teórica. São Paulo: Paulus, 2012.

PALMER, Richard. **Hermenêutica.** Trad. Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1969.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito.** 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Fontes e modelos do direito:** para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROCHA, J. Elias Dubard de Moura. **Crise Cognitiva do Processo Judicial**. Recife: Editora Nossa Livraria, 2008.

_____. **Epistemologia hermenêutica do processo judicial:** processualística sistêmica II. Recife: Nossa Livraria, 2009.

ROSSI, Paolo. **The birth of modern science.**Trad. Cyntia de NardiIpsen. Oxford: BlackwellPublishers, 2001.

RUGGIERO, Guido de. **Storiadella filosofia, parte quarta:** La filosofia moderna (L'età Cartesiana). 4. ed. Bari: Laterza, 1948

SALDANHA, Nelson. **Da teologia à metodologia: secularização e crise no pensamento jurídico**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

_____. **Estudos de teoria do direito.** Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

_____. Ética e História. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. **Filosofia, povos e ruínas:** páginas para uma filosofia da história. Rio de Janeiro: Calibán, 2002.

_____. **Historicismo e Culturalismo.** Rio de Janeiro: Fundarpe, 1986.

_____. **O problema da história na ciência jurídica contemporânea.** 2. ed. Porto Alegre: Escola Osvaldo Vergara, 1978.

_____. **Ordem e hermenêutica.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Teológico, Metafísico e Positivo:**filosofia e epistemologia no ocidente moderno. Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Letras, 2010.

_____. **Teoria do direito e crítica histórica.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987.

_____. **Velha e nova ciência do direito:**e outros estudos de teoria jurídica. Recife: Editora Universitária, 1974.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Introdução a uma ciência pós moderna.** Rio de Janeiro: Graal, 1989.

SILVA, Ovídio A. Baptista da.**Jurisdição, direito material e processo.** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Processo e ideologia:** o paradigma racionalista. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria geral do processo civil.** 5. ed. São Paulo: RT, 2009.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____**. O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Verdade e Consenso:** Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TERAN, Juan Manuel. **Filosofia del derecho.**7. ed. México: Editorial Porrua, 1977.

VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. **Pensamento sistêmico:** o novo paradigma da ciência. Campinas: Papirus, 2002.

VECCHIO, Giorgio Del. **Lições de filosofia do direito.** Coimbra: Arménio Amado Editor, 1959, v. 1.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência.** Trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

VILLEY, Michel. **Filosofia do direito:** definições e fins do direito: os meios do direito. prefácio François Terré; tradução Márcia Valéria Martinez de Aguiar; revisão técnica Ari Solon. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO E A RESPONSABILIZAÇÃO DO ADMINISTRADOR PÚBLICO TOMADOR DOS SERVIÇOS TERCEIRIZADOS

Sergio Torres Teixeira[1]

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Terceirização de Serviços pelo Administrador Público. 3. Responsabilidade Patrimonial do Tomador em Decorrência de Culpa; 4. Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova e Demonstração da Culpa *In elegendo* ou *In Vigilando* do Tomador de Serviços; 5. Conclusões. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A ausência de uma regulamentação legal de institutos que assumem posição de protagonista das relações de trabalho na pós-modernidade, gera uma série de dificuldades práticas, impondo a atuação do Poder Judiciário no vácuo normativo deixado pelo legislador.

A terceirização de serviços, um fenômeno originalmente econômico mas com repercussões intensas nos meios laborais da sociedade contemporânea, é hoje uma realidade que, por bem ou por mal, se tornou uma dos principais fontes de trabalho para empregados no Brasil desde o início dos anos 80 do século passado. E, apesar de sua crescente importância, ainda carece de uma disciplina legal ...sendo até hoje regulamentada apenas por diretrizes previstas em Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho.

A normatização por diretrizes do direito sumular, por sua vez, gera uma suscetibilidade da respectiva disciplina a mudanças jurisprudenciais oriundas de novas interpretações de realidades até então compreendidas sob uma perspectiva considerada como "definitiva" ...ou, ao menos, devidamente consolidada.

Basta um sopro de novos ares na bancada de um tribunal de maior hierarquia, entretanto, para provocar um furação de repercussões nos posicionamentos dos órgãos de instância inferior.

E foi o que ocorreu no dia 08 de setembro de 2011, quando foi publicado no Diário de Justiça Eletrônico nº 173 do Supremo Tribunal Federal um acórdão que alterou os rumos da jurisprudência dos tribunais do trabalho acerca do tema da terceirização de serviços no âmbito da administração pública.

O presente texto almeja examinar uma mudança em particular provocada pelo respectivo pronunciamento da Suprema Corte brasileira, pertinente à responsabilidade patrimonial do tomador dos serviços terceirizados quando este for entidade da administração pública direta ou indireta. Mais precisamente, visa discutir como deve ser definida a respectiva manifestação do princípio da despersonalização do empregador, ou seja, como deve ocorrer a demonstração da incidência de tal responsabilidade patrimonial à luz dos novos rumos jurisprudenciais dos órgãos da Justiça do Trabalho.

Mas antes de proceder a tal exame, será necessário proporcionar uma rápida análise do instituto da terceirização e, em especial, da sua sistemática na seara da administração pública.

2. TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS PELO ADMINISTRADOR PÚBLICO

Uma das mais destacadas manifestações da chamada "flexibilização" ou "flexibilidade laboral", a terceirização se apresenta como uma imediata repercussão de um processo de reengenharia empresarial ocorrida nas últimas décadas do Século XX, decorrente do declínio do

1 Titular da Cadeira nº 33 da ABDT. Doutor em Direito. Professor Adjunto da FDR/UFPE e UNICAP. Desembargador do TRT6

modelo *taylorista/fordista* de organização do trabalho e o crescimento de um novo modelo organizacional de produção (o *toyotismo*), ao lado de outras modificações estruturais geradas pelas inovações tecnológicas e suas repercussões nas formas de desenvolvimento do trabalho e as alterações nas próprias fórmulas de gestão de trabalhadores (BARROS, 2008, p. 445; MARTINEZ, 2012, p. 220).

A terceirização se apresenta como um contraponto ao clássico vínculo bilateral entre empregado e empregador, uma vez que os liames laborais triangulares da sua espécie aglutinam três relações distintas que se desenvolvem num feixe de múltiplos elos, reunindo em seu bojo duas relações de trabalho autônomo e um elo de emprego. Há, portanto, um complexo de vínculos na terceirização, da qual se extrai, além da natural aproximação entre seus sujeitos, um distanciamento no plano abstrato de relações usualmente entrelaçadas.

Nesse sentido leciona DELGADO:

> Para o Direito do Trabalho terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justrabalhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justrabalhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. (2011, p. 426).

A terceirização apresenta um modelo típico com três sujeitos (existem relações plurilaterais em moldes semelhantes com quatro ou mais integrantes), envolvendo as seguintes relações: a) uma relação de trabalho autônomo (usualmente de prestação de serviços) entre uma empresa tomadora dos serviços e uma empresa interposta (prestadora de serviços), com os empregados desta prestando serviço para aquela; b) uma relação de trabalho autônomo (em sentido amplo) entre a tomadora de serviços e o empregado da empresa interposta que realiza a respectiva atividade laboral (usualmente seguindo a mesma natureza da relação entre as duas empresas); e c) uma relação de emprego entre a empresa interposta e o empregador que desenvolve o trabalho em favor da empresa tomadora de serviço.

O simples uso da terceirização para uma empresa contratar trabalhadores por meio de uma outra empresa interposto, por sua vez, é em princípio proibido. Não é permitido utilizar uma entidade interposta para contratar obreiros, conforme entendimento exposto na (já cancelada) Súmula 256 do Tribunal Superior do Trabalho, aprovada em 1986:

> Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

O TST, destarte, inicialmente se posicionou de forma a resistir às primeiras formas de terceirização de trabalhadores, adotando uma postura de resistência à formação de relações triangulares de trabalho envolvendo uma empresa tomadora de serviços, uma empresa interposta e um empregado desta que prestaria serviços àquela (salvo nos casos específicos envolvendo o trabalho temporário e o serviço de vigilância, regidos pelas Leis 6.019/74 e 7.102/83, respectivamente). A consequência pela inobservância da norma sumular, conforme prevista expressamente no seu enunciado, seria o reconhecimento de um elo de emprego entre o trabalhador terceirizado e a empresa tomadora dos serviços, maculando a relação trilateral como uma fraude à legislação trabalhista consolidada, nos moldes do artigo 9º da CLT, em violação direta à dignidade da pessoa humana do trabalhador (GARCIA, 2011, p. 354).

O posicionamento original do Tribunal Superior do Trabalho, por conseguinte, foi no sentido de vedar à prática do *marchandage*(negociação) da força de trabalho de um trabalhador em particular entre duas empresas.

Em 1994, o TST, amoldando o seu pensamento à realidade inafastável das novas formas de produção econômica e a consequente disseminação da terceirização, alterou a sua posição primitiva mediante a edição da sua Súmula 331, originalmente dividida em quatro incisos:

> CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE
>
> I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).
>
> II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).
>
> III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.
>
> IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial.

O novo entendimento, assim, passou a admitir a legalidade da terceirização de serviços, em contraponto à postura contrária à terceirização de trabalhadores. A terceirização de serviços pode ser descrito como " transferir para outrem atividades consideradas secundárias, ou seja, de suporte, atendo-se a empresa à sua atividade principal" (BARROS, 2008, p. 446). O fenômeno é conceituada por MARTINEZ como

> técnica de organização do processo produtivo por meio da qual uma empresa, visando concentrar esforços em sua atividade-fim, contrata outra empresa, entendida como periférica, para lhe dar suporte em serviços meramente instrumentais, tais como limpeza, transporte e alimentação. (2012, p. 223).

A Súmula 331 do TST, no seu primeiro inciso, repetiu, na maior parte, o texto da antiga Súmula 256, apenas retirando qualquer referência ao serviço de vigilância. A mensagem do órgão máximo da Justiça do Trabalho, ainda com o escopo de preservar a relação de emprego nos seus moldes clássicos e com o protecionismo próprio da legislação laboral, passou a ser menos abrangente mas mais incisiva: subordinação jurídica direta e pessoalidade como traços de uma relação entre um trabalhador e um tomador dos seus serviços que não seja um empregador típico, somente nos casos excepcionalíssimos intermediados por uma empresa de trabalho temporário nos termos da Lei 6.019 de 1974.

A consequência jurídica pela desobediência ao comando jurisprudencial continuava o mesmo: com exceção do trabalho temporário, em qualquer outra hipótese de relação trilateral de trabalho executado pelo obreiro de forma *intuitu personae* e sob subordinação direta aos destinatários dos seus serviços, haverá fraude e será formado um elo de emprego direto entre o trabalhador e a empresa tomadora, salvo no caso de ser esta uma entidade da administração pública direta, indireta ou fundacional, conforme destacado no inciso II da nova Súmula 331.

Esta última excepcionalidade foi justificada pela expressa menção ao artigo 37, inciso II, da Constituição da República, que condiciona o ingresso no serviço público a prévia aprovação em concurso público, e, assim, invalida a formação de um vínculo de emprego público entre o trabalhador e o ente da administração pública que atue como tomador dos serviços, quando decorrente simplesmente de uma relação trilateral fraudulenta. Mesmo havendo a irregularidade, a exigência constitucional veda a consolidação de uma relação de emprego como consequência da ilicitude na seara laboral.

Antes um reduto menos procurado em virtude do maior formalismo que costuma acompanhar as relações profissionais na sua seara, a terceirização de serviços no âmbito do serviço público se intensificou a partir do novo milênio exatamente por servir como uma via de escape para o administrador público diante do maior rigor próprio das contratações de empregados públicos e, em dimensão ainda mais rigorosa, da admissão nos quadros dos órgãos públicos de servidores públicos efetivos e seus vínculos institucionais.

Por meio da terceirização, por conseguinte, o administrador público não apenas resolve necessidades internas do ente que dirige (como aqueles serviços de apoio ao serviço público propriamente dito), mas acaba conseguindo proporcionar à população serviços que, de outra forma, teriam que ser prestados pelos integrantes do quadro funcional (sejam "celetistas", sejam "estatutários") da respectiva entidade ...e nem sempre dentro de um quadro de licitude.

Enquanto o trabalho dos empregados da empresa interposta for um serviço auxiliar ou periférico ao serviço público sob a responsabilidade imediata da respectiva entidade administrativa, a terceirização se desenvolve dentro de um âmbito de legalidade. Ocorre que, como é comum na esfera privada, muitas vezes os serviços prestados pelos empregados da empresa interposta acabam se confundindo com as funções próprias dos empregados públicos ou servidores estatutários das instituições tomadoras dos serviços ... gerando um quadro de ilicitude lamentavelmente comum nas empresas e repartições públicas.

Quem não testemunhou, em um ou outro momento de sua trajetória, um trabalhador "terceirizado" de um banco estatal agindo como se caixa ou escriturário fosse? Ou, para ser ainda mais incisivo (ou "cruel", dependendo da perspectiva), quem já não viu um "terceirizado" em um órgão público agindo com uma autoridade maior de que aquela própria do cargo de mais alta hierarquia no local, negando uma requerimento feito pela vítima afrontado na sua cidadania?

Suficiente é uma visita a qualquer um dos aeroportos (ainda) públicos do país, nos seus mais variados setores, para confirmar tal realidade lamentável.

Mas o "escudo" gerado pela proibição do reconhecimento de um vínculo de emprego diretamente entre o trabalhador e a tomadora dos serviços terceirizados quando esta última fosse uma entidade da administração pública direta e indireta, por outro lado, tornou a terceirização uma opção quase que irresistível para o administrador público. Para o administrador público inescrupuloso é simplesmente atrativo demais poder usar a terceirização para conseguir, a baixo custo, proporcionar serviços que, mesmo diante da sua precariedade e reduzida qualidade, ao menos gera uma aparência de movimentação da máquina pública ...e cujos custos serão arcados principalmente pela população a quem deveria servir.

O resultado, por seu turno, está diante dos olhos de qualquer cidadão ...caso o mesmo tenha coragem para olhar e testemunhar uma das formas de manifestação da ineficiência do serviço público brasileiro ...

O presente texto, contudo, não se destina a abordar com mais ênfase a terceirização ilícita no âmbito do serviço público. O foco do trabalho, conforme anteriormente destacado, envolve a análise da responsabilidade do tomador dos serviços terceirizados, quando entidade da administração pública direta e indireta, pelos créditos trabalhistas devidos ao empregado mas inadimplidos pelo seu empregador, a empresa interposta.

Até o final do ano de 2011, prevalecia o entendimento sedimentado no inciso IV da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, com a redação definida pela Resolução 96 de 2000, publicada no Diária da Justiça em 18 de setembro de 2.000 e ratificada em 2003 pela Resolução 121, cujo teor é o seguinte:

> IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).

Tal norma jurisprudencial, editada em substituição ao texto original do mesmo inciso IV (cuja redação primitiva de 1993 não fazia qualquer referência expressa às entidades da administração pública), deixou explícito o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho quanto à responsabilidade patrimonial subsidiária das entidades da administração pública direta e indireta na hipótese de inadimplemento de obrigações trabalhistas quando, dentro de uma relação triangular de terceirização na qual o respectivo ente administrativo ocupou a posição de tomador dos serviços.

De acordo com a respectiva diretriz jurisprudencial, a responsabilidade patrimonial da tomadora dos serviços terceirizados (seja esta uma empresa privada, seja uma entidade da administração pública direta ou indireta), era objetiva: em havendo um liame trilateral de terceirização, o tomador dos serviços automaticamente assumia quanto aos créditos trabalhistas devidos ao obreiro a posição de responsável subsidiário (ou seja, surgia para o tomador uma responsabilidade secundária em ordem diante da responsabilidade primária da empresa prestadora dos serviços e empregadora do empregado/ "trabalhador terceirizado").

Noutras palavras, o simples quadro de inadimplência por parte da empresa prestadora dos serviços, deixando de pagar os encargos laborais devidos ao seu empregado, gerava para a tomadora dos serviços a responsabilidade de honrar tais compromissos creditícios independentemente da causa do inadimplemento ...inclusive quando esta última fosse uma entidade da administração pública direta ou indireta.

Não havia, portanto, qualquer exigência de culpa ou dolo por parte da tomadora dos serviços. Havendo a terceirização dos serviços, o tomador era responsável subsidiário pelos créditos devidos ao obreiro, sendo irrelevante a causa de eventual inadimplência por parte da empresa interposta e empregadora do trabalhador.

A responsabilidade patrimonial, por conseguinte, era objetiva, desvinculada de qualquer elemento subjetivo como a culpabilidade do beneficiário dos serviços públicos.

Corresponde, assim, a uma das manifestações do postulado da despersonalização do empregador, em limites além daqueles expostos por Wagner Giglio na sua obra Direito Processual do Trabalho (2003, p. 74). Ou seja, da mesma forma como uma empresa em face ao empregado de uma outra empresa do mesmo grupo empresarial ao qual pertence a primeira (artigo 2º, §2º, da CLT) ou um empreiteiro principal diante do empregado de um de seus subempreiteiros (artigo 455 da CLT), há responsabilidade patrimonial daquele que não é o empregador do trabalhador pelos simples fato de que tal sujeito se beneficiou dos serviços prestados pelo obreiro, que transcendem o elo que o liga ao seu verdadeiro empregador. No caso da empresa do mesmo grupo econômico, a responsabilidade é solidária. Na hipótese do empreiteiro principal, como no caso do tomador de serviços terceirizados, a responsabilidade patrimonial é subsidiária.

O princípio a despersonalização do empregador, assim, impõe a um terceiro (que se beneficiou dos serviços prestados de forma não eventual por um trabalhador) alguma forma responsabilidade patrimonial quanto a créditos trabalhistas devidos a este obreiro pelo seu empregador. Não em virtude de alguma conduta culposa ou dolosa do terceiro, mas simplesmente em virtude deste também ter sido beneficiado pelo trabalho desenvolvido pelo obreiro.

Com a publicação no dia 08.09.2011 do mencionado acórdão nos autos do processo correspondente à Ação Direta de Constitucionalidade nº 16, entretanto, surgiu no horizonte jurisprudencial uma nova diretriz acerca da responsabilização subsidiária dos entes integrantes da administração pública direta ou indireta. E essa nova luz será examinado a seguir.

3. RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DO TOMADOR EM DECORRÊNCIA DE CULPA

O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o mérito da Ação Direta de Constitucionalidade nº 16, declarou a constitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666 de 1973.

O texto do mencionado artigo, com seus parágrafos, é o seguinte:

> Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.
>
> § 1º A inadimplência do contratado com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transferem à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o registro de imóveis.
>
> § 2º A administração pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do artigo 31 da lei 8.212, de 24/07/91.

A decisão do STF, ao reconhecer a constitucionalidade do respectivo dispositivo, acabou impondo uma mudança no entendimento até aquele momento consolidado no âmbito da Justiça do Trabalho, por implicar numa interpretação restritiva da responsabilidade do ente da administração pública diante da inadimplência de créditos trabalhistas devidos ao empregado que prestou serviços terceirizados àquele.

Ao estipular que "a inadimplência do contratado com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transferem à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento", o §2º do artigo 71 acaba por impedir a incidência de uma responsabilidade patrimonial objetiva do tomador de serviços terceirizados no âmbito do serviço público. A responsabilização da entidade administrativa, portanto, não mais pode ocorrer pelo simples não pagamento das verbas laborais devidas ao obreiro.

Tal inovação jurisprudencial, entretanto, não afastou por completo a possibilidade de responsabilização da entidade da administração pública direta e indireta.

Correta a interpretação manifestada expressamente pelo Ministro Cézar Peluso, quando dos debates travados durante o julgamento da ADI nº 16 pelo STF, que enfatizou explicitamente que a declaração de constitucionalidade do artigo 71 da Lei nº 8.666 de 1993"... não impedirá que a Justiça do Trabalho recorra a outros princípios constitucionais e, invocando fatos da causa, reconheça a responsabilidade da Administração, não pela mera inadimplência, mas por outros fatos".

Havia, como há, espaço para uma interpretação conforme a Constituição do respectivo dispositivo, assegurando a prevalência de valores constitucionais como o da dignidade da pessoa humana do trabalhador e do valor social do trabalho (artigo 1º da CR/88), no sentindo de admitir se não a responsabilidade objetiva, ao menos a responsabilidade patrimonial subjetiva do ente administrativo tomador de serviços terceirizados.

Nesse sentido, a nova posição do STF não resultou na criação de um novo "escudo impenetrável" como a vedação à formação de um vínculo direto entre o trabalhador e a entidade da administração pública direta ou indireta nos moldes previstos no inciso II da Súmula 331 do TST,mas sim num procedimento de mitigação resultante no reconhecimento de uma responsabilidade baseada na culpabilidade do respectivo tomador dos serviços terceirizados, atenuando mas não eliminando os efeitos do princípio da despersonalização do empregador.

No âmbito da Tribunal Superior do Trabalho, o resultado foi a edição de uma nova redação ao texto do inciso IV da sua Súmula 331, e, ainda, a inclusão de dois novos incisos (o V e o VI), um dos quais dedicado especificamente a disciplinar a responsabilidade patrimonial decorrente da terceirização no âmbito do serviço público.

O conteúdo das respectivas normas sumulares, aprovado pela Resolução 127 de 2011 e publicado no Diário da Justiça de 27.05.2011, é o seguinte:

> IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.
>
> V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.
>
> VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

O exame dos respectivos enunciados revela que, enquanto o texto e o alcance do inciso IV ficaram menores, limitados às entidades da iniciativa privada, e o novo inciso VI estabeleceu uma proporcionalidade à responsabilidade patrimonial do tomador vinculada ao período da presta-

ção de serviços à sua pessoa, o novo inciso V disciplinou precisamente a responsabilidade patrimonial das entidades da administração pública direta e indireta, enquanto tomadores de serviços terceirizados.

À luz do inciso V da Súmula 331 do TST, restou consagrada a responsabilidade subsidiária e subjetiva do ente administrativo pelos créditos trabalhistas devidas ao empregado prestador de serviços terceirizados no âmbito da administração pública direta e indireta. Noutras palavras, a responsabilização do administrador público decorrerá de duas condições: a) o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviços terceirizados; e b) o descumprimento culposo do tomador dos serviços quanto às obrigações previstas da Lei nº 8.666 de 1993, notadamente no tocante à fiscalização do adimplemento das obrigações contratuais e legais da empresa interposta como empregadora.

A responsabilidade patrimonial subsidiária da entidade da administração pública direta ou indireta pelos créditos trabalhistas devidos ao obreiro, destarte, está diretamente vinculada à demonstração da existência de culpa *in elegendo* ou, mais frequentemente, a culpa *in vigilando* do administrador público. Para fins de responsabilização deste, portanto, deverá ser evidenciada falha na contratação da empresa prestadora dos serviços terceirizados ou, o que é mais comum, descumprimento do dever do administrador público de fiscalizar o correto adimplemento das obrigações patronais por parte da empresa prestadora de serviços terceirizados.

Exemplos da primeira espécie de culpa (a *in elegendo*), relativa à escolha da prestadora dos serviços, são a contratação de uma empresa inidônea sem o devido processo licitatório ou então por meio de um licitação falha ou "viciada", dirigido a uma empresa tecnicamente incapaz ou economicamente débil. Exemplos da segunda modalidade de culpa (a *in vigilando*) são a falta de fiscalização (por parte do administrador público) quanto ao pagamento dos salários mensais dos empregados pela empresa interposta ou a ausência de averiguação quanto à regularidade do adimplemento das obrigações relativas ao recolhimento de depósitos do FGTS ou contribuições previdenciárias.

A Lei nº 8.666 de 1993 estabelece uma série de diretrizes legais cuja observância é essencial à validade de qualquer contratação feita pelo administrador público, inclusive a de uma empresa prestadora de serviços terceirizados. O seu artigo 23 estabelece as espécies de licitação e os artigos seguintes a respectiva disciplina de desenvolvimento, inclusive a previsão de hipóteses restritas de sua dispensa no seu artigo 24.

Qualquer desvio ou omissão quanto a tal disciplina legal poderá ensejar a culpa *in elegendo* da entidade administrativa, fazendo surgir a sua responsabilidade patrimonial subjetiva quanto aos títulos laborais devidos ao empregado desta última.

O artigo 67 da mesma Lei, por sua vez, é igualmente preciso quanto à imposição do dever de fiscalizar por parte do administrador público. Inclusive, impõe a obrigação do administrador público de acompanhar a execução do contrato administrativo por meio de um representante da Administração especialmente designado para tal fim, com a possibilidade de contratação de terceiros para auxílio e o dever de anotar em registro próprio todas as ocorrências relacionadas à execução do respectivo contrato.

Qualquer inércia diante de tal dever de fiscalizar, por sua vez, igualmente enseja a responsabilização do administrador públicos pelos títulos laborais devidos ao empregado da empresa interposta. A omissão, na hipótese, se revela uma falha intolerável diante das diretrizes protecionistas consubstanciadas na diretriz jurisprudencial da Súmula 331 do TST, uma vez que tal descumprimento do dever de fiscalizar expõe o trabalhador hipossuficiente a um quadro de vulnerabilidade diante de empresas inescrupulosas ou simplesmente incompetentes.

Há como, portanto, assegurar a tutela ao empregado que presta serviços terceirizados à administração pública direta ou indireta, mesmo diante de uma interpretação mais restritiva da responsabilidade do administrador público diante do inadimplemento de obrigações laborais pela empresa interposta. Mas para tanto é necessária a caracterização da conduta culposa daquele.

Demonstrada a culpa *in elegendo* ou culpa *in vigilando*, haverá a responsabilização subsidiária do administrador público quando for caracterizado um quadro de inadimplência da empresa prestadora de serviços.

Mas a questão nuclear, dentro do respectivo contexto, é como demonstrar tal quadro de culpabilidade.

A quem incumbe demonstrar tal culpabilidade? É esta a questão que será abordada a seguir.

4. DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA E A DEMONSTRAÇÃO DA CULPA *IN ELEGENDO* OU *IN VIGILANDO* DO TOMADOR DE SERVIÇOS

No âmbito da legislação processual do trabalho, a distribuição do ônus da prova encontra a sua disciplina nas singelas letras do artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho, "A prova das alegações incumbe à parte que as fizer".

A simplicidade do texto legal, no entanto, não deve enganar o intérprete. Mesmo diante da objetividade das letras, o operador do direito não pode se restringir a uma interpretação literal do conteúdo do respectivo enunciado normativo. No processo interpretativo do citado dispositivo, é imprescindível adotar uma hermenêutica processual compatível com a finalidade do respectivo regramento.

Dentro deste contexto, ao estabelecer no artigo 818 que compete a cada litigante demonstrar a veracidade de suas próprias afirmações, o legislador não está estabelecendo que, em face a qualquer alegação feita por uma das partes, será desta a incumbência de comprovar a respectiva assertiva, sem exceção.

Em alguns casos, a peça contestatória da parte ré se limita a negar a existência do quadro fático afirmado pela parte autora, sem alegar qualquer outro fato concreto e obstativo à pretensão da parte demandante. Nesse sentido, por exemplo, a defesa de um reclamado que se limita a negar a existência de qualquer vínculo de emprego com o reclamante, sem entrar em detalhes ou mesmo apontar qualquer fato obstativo à pretensão do postulante.

Noutros casos, a contestação do réu não se restringe a simplesmente negar a existência do fato sustentando pelo autor, mas faz a exposição de um quadro fático completamente distinto do narrado da peça vestibular, com o demandado afirmando existir uma série de outros fatos (modificativos, impeditivos ou extintivos) distintos do fato afirmando pelo demandante, com o objetivo de obstar a pretensão autoral. É o caso, por exemplo, de uma peça contestatória na qual a reclamada não se limita a simplesmente negar a existência de uma relação de emprego com a reclamante, mas afirma categoricamente que a respectiva autora foi na realidade uma simples estagiária ou então que amesma manteve na realidade uma relação de trabalho autônomo com a ré, atuando como uma trabalhadora autônoma. Neste último exemplo, a alegação da ré atrai para a própria demandada o encargo de demonstrar a veracidade de sua afirmação acerca do respectivo quadro fático.

A disciplina do artigo 818 da CLT, por conseguinte, deve ser compreendida à luz do regramento tecnicamente mais apurado do *caput* do artigo 333 do (atual) Código de Processo Civil de 1973, cujo conteúdo é de uma precisão exemplar:

> Art. 333. O ônus da prova incumbe:
>
> I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;
>
> II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Com base em tal conteúdo normativo, resta definido que o encargo probatório de cada parte se vincula ao elenco de afirmações fáticas positivas constantes da sua respectiva peça processual. Se afirmado um fato "positivo", ou seja, um fato concreto demonstrável mediante a produção de provas aptas a sustentar a sua existência, a parte (autor ou réu, reclamante ou reclamado) que fez a respectiva afirmação assumirá o encargo de convencer o magistrado acerca da ocorrência do respectivo fato. Seja um fato constitutivo afirmado pelo autor, seja um fato obstativo sustentando pelo réu, o ônus de provar recairá sobre aquele que fez a respectiva afirmação positiva. (LEITE, 2011, p. 599).

Por outro lado, se a parte ré, ao contestar uma postulação formulada pela parte autora, expõe uma "negativa genérica" (também conhecida como "negativa simples" ou mesmo "fato negativo"), apenas desmentindo a existência do fato sustentando pelo demandante, sem nada a acrescentar quanto ao quadro fático apontado pelo postulante, o encargo probatório permanecerá com este autor, a quem competirá convencer o juízo acerca da existência dos fatos constitutivos afirmados na petição inicial.

Nesse sentido, se o réu simplesmente disser que "nunca viu o autor praticado tal ato ou executando tal atividade", contrariando o fato constitutivo afirmado pelo autor na peça vestibular pela simples negativa da sua ocorrência, refutando a sua existência sem apontar qualquer outro fato concreto em contraposição ao primeiro, incumbirá ao demandante demonstrar a efetiva prática da atividade cuja existência foi simplesmente negada pelo seu adversário, sendo irrazoável atribuir o ônus ao demandado ...pois se assim fosse teria que produzir provas aptas a confirmar que, durante a extensão da vida do autor, este jamais praticou o citado ato ...

Para parte da doutrina, exigir a prova de algo que não ocorreu constitui um exemplo da chamada "prova diabólica", em virtude de sua produção ser impossível ou extremamente difícil. (DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, 2014).

Não se revela razoável atribuir a quem genericamente afirmou a inocorrência de um fato, assim, o encargo de provar tal quadro negativo de inexistência, pois envolve uma negativa "absoluta" ("indefinida" ou "indeterminada"), sem precisão no plano temporal ou no âmbito espacial. Se, no entanto, a respectiva negativa não for genérica em tais moldes mas sim "qualificada" ou "determinada", materializada numa negativa cujo contraponto é um fato positivo perfeitamente sujeito a prova, é perfeitamente admissível atribuir à parte que negou a existência do respectivo fato o ônus de provar o corresponde fato positivo. Exemplificando, se postuladas diferenças salariais pelo autor e na resposta do réu este negar a existência de tais diferenças, a respectiva negativa relativa pode sim ser objeto de prova, sendo ônus do demandado comprovar o correto pagamento dos salários devidos (fato positivo correspondente ao fato negativo exposto na contestação).

Apenas uma negativa genérica ou absoluta do demandado, assim, impede que encargo probatório acerca da inocorrência do fato seja atribuído ao réu.

Agora, se o demandado expuser na sua defesa uma afirmação fática segundo a qual o autor sempre exerceu de forma integral uma outra atividade específica não reconhecida na peça vestibular, logicamente recairá sobre o demandado o ônus de demonstrar tal quadro fático obstativo à pretensão do demandante.

Nesse sentido, aliás, o inciso VI da Súmula 06 do C. TST, "É do empregador o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial", ao tratar da distribuição do ônus da prova em ações que tenham por objeto a pretensão à isonomia salarial entre paradigma e paragonado.

Pode parecer estranha a admissibilidade de uma disciplina própria do Código de Processo Civil no âmbito do processo do trabalho quando já existente na legislação processual do trabalho um regramento explícito (o artigo 818 da CLT) ...mas é relevante destacar que a aplicação da disciplina do artigo 333 do atual CPC na seara do processo laboral ocorre de forma supletiva e não subsidiária. Ou seja, não em decorrência de uma omissão legislativa (aplicação subsidiária em face a uma lacuna que deve ser suprida) mas sim em virtude da necessidade de complementar uma normatização ainda abstrata e/ou incompleta (aplicação supletiva em face à necessidade de complementação normativa), com a finalidade de proporcionar uma disciplina mais precisa e em sintonia com os princípios do respectivo sistema normativo.

O Tribunal Superior do Trabalho, ao expressamente prevê a aplicabilidade da disciplina do artigo 333 do atual CPC às demandas envolvendo pedidos de equiparação salarial,está simplesmente admitindo a aplicação supletiva da disciplina do citado artigo 333 ao processo do trabalho, para complementar a disciplina normativa do artigo 818 da CLT. Como, aliás, costuma fazer com vários outros institutos, dentre os quais se destaca o duplo grau obrigatório de jurisdição (Súmula 303 do TST, artigo 1º, inciso V, do Decreto-Lei 779 de 1969e artigo 475 do atual CPC).

A disciplina relativa à distribuição do ônus da prova previstas na legislação (artigos 818 da CLT e 333 do CPC atual), entretanto, corresponde a um conjunto regras dirigidas imediatamente às partes. Tal complexo estabelece uma atribuição *a priori* e objetivamente definida pelo legis-

lador, sem considerar as peculiaridades de cada caso concreto, distribuindo para os litigantes os encargos probatórios que, se não forem observados a contento, fazem surgir um quadro de inconveniência e potencial prejuízo. Segundo a regra legal abstratamente definida, a ausência de provas aptas a convencer o juízo gera para a parte sobre a qual recaia o respectivo ônus probatório uma consequência naturalmente maléfica para o deslinde da demanda em seu favor: o alegado fato cujo reconhecimento era do seu interesse será reputado como inexistente pelo julgador. É um sistema fundado na ideia de uma distribuição estática do ônus da prova, com os encargos sendo definidos previamente e modo genérico e abstrato. (MACÊDO e PEIXOTO, 2014, p. 151)

Diferente é a distribuição dinâmica do ônus da prova feita pelo magistrado instrutor de um processo judicial, levando em consideração as peculiaridades do caso e a aptidão de cada parte para produzir a prova. Dentro de tal contexto, o juiz atribui os encargos probatórios de acordo com a capacidade de cada parte em produzir as provas, mesmo que tal atribuição venha a fugir das diretrizes da regra geral própria do sistema estático de distribuição do ônus probatório definido pelo legislador. A distribuição dinâmica pode até coincidir com a distribuição prevista em lei ...mas é igualmente possível que o magistrado venha a atribuir o encargo de provar um fato a uma parte que, pela disciplina geral e abstrata do legislador, não teria tal ônus, invertendo este ao estabelecer tal alteração. (PAMPLONA FILHO e SOUZA, 2013, p. 387).

É importante enfatizar que a distribuição do ônus da prova pelo magistrado não se confunde com a previsão legal de uma «inversão» de tal ônus em casos excepcionais.

Na legislação processual brasileira existem hipóteses legais de "inversão" que não dependem exclusivamente da intervenção do magistrado. É que ocorre no âmbito das demandas envolvendo relações de consumo, diante da estipulação do artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078 de 1990), que inclui dentre os direitos básicos do consumidor

> a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências

Na realidade, entretanto, o citado dispositivo do CDC não prevê uma verdadeira "inversão", pois tal técnica pressupõe que originalmente o encargo era de uma parte e depois foi redistribuído para a parte adversa. A regra do mencionado inciso VIII é, apenas, uma exceção à disciplina geral do artigo 333 do atual CPC, estabelecida previamente pelo próprio legislador. Não há "inversão" uma vez que, no caso concreto, o ônus jamais recaiu sobre uma parte e posteriormente foi deslocado para a outra. Desde o início, a incidência da regra ao caso excepcional estabeleceu, por obra do legislador, a distribuição de um encargo probatório a uma parte processual que, pela regra genérica, não o teria como seu.

A forma adequada de promover uma verdadeira inversão do ônus da prova é mediante a intervenção do juiz encarregado de conduzir a fase instrutória de processo judicial, promovendo a distribuição dos encargos probatórios de forma distinta daquela tipificada na regra genérica prevista em lei, no exercício dinâmico do seu poder diretivo. Desde que definido antes do julgamento da causa, em momento apto a permitir que os litigantes se adequem à nova regra, resguardando as garantias constitucionais do processo relativos ao contraditório, à ampla defesa e à motivação das julgados, é perfeitamente admissível o deslocamento do encargo probatório de uma parte para outra, quando devidamente fundamentada a decisão do magistrado em elementos que justifiquem tal alteração.

Uma das situações que autorizam tal distribuição dinâmica do ônus da prova ocorre quando, diante do caso concreto, o magistrado constata que uma das partes se apresenta em condições muito mais favoráveis para a produção da prova em comparação à outra que, pela regra geral, estaria encarregada de apresentar os elementos probatórios para firmar a convicção do juiz.

O chamado princípio da aptidão da prova, destarte, orienta o operador do direito no sentido de que se deve atribuir o ônus da prova à parte mais capacitado e aparelhado para produzir uma prova, mesmo que o encargo probatório originalmente seja de outra parte. Como o sistema abstrata e aprioristicamente definido pelo legislador não se revela apto a proporcionar, em de-

terminadas situações um processo judicial justo e equilibrado, a distribuição dinâmica do ônus da prova permite corrigir distorções e melhor tutelar situações inalcançadas pelo regramento geral.

Dentro de tal contexto, o juiz pode inverter a carga probatória quando entender que, no respectivo caso, tal forma de distribuição do ônus da prova se revela mais adequada às peculiaridades da demanda e mais apta a gerar um resultado em sintonia com valores e normas constitucionais que servem de fins e parâmetros para o próprio processo judicial.

Assim, enquanto a disciplina geral definida pelo legislador quanto à distribuição estática do ônus da provase dirige generica e abstratamente a todos os litigantes, a distribuição dinâmica do ônus da prova pelo magistrado se direciona às partes em casos específicos nos quais a inversão da carga probatória proporciona maior equilíbrio entre os litigantes e aumenta a probabilidade de uma tutela jurisdicional efetiva (adequada, justa, útil).

E nas ações que tenham por objeto a responsabilização patrimonial subsidiária dotomador de serviços, quando entidade da administração pública direta ou indireta, em relações trilaterais de terceirização? Sobre quem recai o ônus da prova em relação à demonstração da existência (ou inexistência) de culpa *in elegendo* ou culpa *in vigilando* do administrador público? É do reclamante o encargo de provar a existência da respectiva culpa do tomador dos serviços? Ou incumbe ao administrador público comprovar a inexistência de sua culpa?

Considerando as peculiaridades que cercam o quadro fático envolvendo uma relação triangular de terceirização na qual a tomadora de serviços é uma entidade da administração pública direta ou indireta, os fundamentos da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova e do princípio da aptidão da prova não deixam dúvidas: é do administrador público o ônus de provar a regularidade da contratação dos serviços pela empresa e a existência da regular e adequada fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas por parte desta última perante os seus empregados que prestavam serviços ao ente da administração pública direta e indireta.

O empregado/reclamante, ao postular em juízo a responsabilização subsidiária do administrador público/tomador dos serviços, naturalmente está partindo do pressuposto de que este último adotou uma conduta culposa quanto aos seus deveres relativos à contratação regular da empresa interposta e/ou à fiscalização do adimplemento das suas obrigações laborais.

Como a prática revela que, no mais das vezes, a entidade administrativa se restringe a negar, na sua defesa, qualquer conduta culposa da sua parte, à primeira vista pode parecer que o ônus da prova, ao ser distribuído conforme o modelo estático do artigo 333 do atual CPC, recaria sobre o trabalhador demandante.

A demonstração de tal comportamento culposo, entretanto, não pode ser atribuído ao respectivo reclamante. Simplesmente não se apresenta como razoável tal constatação.

Apenas o administrador público revela condições de produzir provas aptas a demonstrar a regularidade do processo licitatório que culminou com a contratação da empresa interposta, exibindo a documentação hábil a confirmar o respeito ao postulado do devido processo legal na seara da respectiva negociação administrativa. Como encarregar o trabalhador de demonstrar uma irregularidade em um processo administrativo ao qual ele jamais teve acesso?

Prova se não impossível, então demasiadamente difícil ...configurando um exemplo peculiar de "prova diabólica" ...

Somente este mesmo administrador se revela capaz de apresentar provas que revelem o correto cumprimento do seu dever de policiar a obediência à legislação trabalhista por parte desta mesma empresa interposta, mediante a apresentação de provas idôneas que confirmam que houve de fato tal acompanhamento e supervisão. O cumprimento do dever de fiscalizar, dentro de um contexto de razoabilidade, somente pode ser comprovado pelo próprio devedor de tal prestação revisional. Como atribuir o encargo probatório acerca da inexistência de tal cumprimento ao trabalhador? Simplesmente não é razoável exigir do empregado/trabalhador terceirizado a demonstração de inércia daquele (ou seja, um verdadeiro fato puramente negativo).

Aí, sim, sem dúvida alguma, surge um exemplo de "prova diabólica"!

Em que pese a inconsistência da jurisprudência dos tribunais do trabalho, ainda carentes de uma uniformidade acerca da questão, é visível a tendência em reconhecer a plena aplicabilidade do princípio da aptidão da prova aos casos envolvendo a responsabilização patrimonial do tomador de serviços terceirizados no âmbito da administração pública direta ou indireta, em

virtude do quadro de desigualdade patente entre os litigantes e a maior capacidade do administradorpúblico em produzir as provas necessárias à definição da matéria controvertida.

Existiu ou não existiu culpa *in vigilando* ou *in elegendo* do administrador público diante do quadro de inadimplência da empresa interposta? Como apenas a própria entidade administrativa reúne reais condições de demonstrar o cumprimento dos seus deveres de contratar corretamente a empresa prestadora de serviços segundo um processo licitatório regular e fiscalizar o cumprimento por esta das obrigações trabalhistas devidas em face aos seus empregados que prestam serviços ao tomador, a tal administrador público é quem o magistrado deverá atribuir o ônus de provar o correto cumprimento dos seus deveres e, portanto, a inexistência do comportamento culposo que o TST entende como pressuposto de sua responsabilização.

5. CONCLUSÕES

A) A terceirização no âmbito do serviço se sujeita a regras especiais previstas na Súmula 331 do C. TST, dentre as quais se inclui a vedação à formação de um vínculo de emprego direto entre o trabalhador e a entidade da administração pública direta e indireta mesmo diante de um caso de terceirização ilícita (em virtude da exigência de prévia aprovação em concurso público nos moldes do artigo 37, inciso II, da Constituição da República), bem como o condicionamento da responsabilização patrimonial subsidiária do tomador dos serviços à demonstração de conduta culposa deste;

B) Comprovada a culpa *in elegendo*, relativo ao processo administrativo de escolha e contratação da empresa interposta, ou a culpa *in vigilando*, pertinente à fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da empresa interposta, do administrador público, este responderá subsidiariamente pelos créditos devidos ao empregado que prestou serviços ao respectivo tomador, desde que o administrador tenha participado da relação processual cognitiva e conste na sentença condenatória como responsável subsidiário.

C) Quanto ao sistema legal de distribuição do ônus da prova no âmbito do processo trabalhista, a regra geral é o modelo estático e abstrato, aplicável à generalidade das demandas, no qual oartigo 333 do atual CPC se revela aplicável de forma supletiva, complementando normativamente a regra mais abstrata do artigo 818 da CLT;

D) Coexiste com o sistema estático de repartição do ônus da prova prevista pelo legislador e aplicável no processo do trabalho, entretanto, o sistema da distribuição dinâmica do ônus da prova pelo qual o magistrado pode inverter o destino do encargo probatório em casos específicos quando as peculiaridades da lide justifica um tratamento diferenciado como forma de proporcionar maior equilíbrio e justiça no âmbito da respectiva demanda;

E) Nos casos nos quais se discute a responsabilização subsidiária do tomador de serviços terceirizado no âmbito da administração pública, é plenamente aplicável o princípio da aptidão da prova, por meio do qual o ônus de provar a inexistência de culpa *in vigilando* ou *in elegendo* do administrador público será do próprio, uma vez que apenas este reúne condições de demonstrar o cumprimento de seus deveres de observar o devido processo legal na contratação administrativa da empresa interposta e de policiar a observância da legislação laboral por esta em face aos seus empregados;

F) Simplesmente não é razoável atribuir ao empregador/trabalhador o encargo de provar a regularidade do processo administrativo de contratação da empresa interposta ou a efetiva fiscalização por parte do administrador público acerca do cumprimento de obrigações laborais pela empresa interposta, uma vez que as respectivas provas se revelam impossíveis ou muito difíceis de produzir por parte do empregado autor, constituindo autênticos exemplos de "prova diabólica";

G) A atribuição ao administrador pública do ônus de provar o correto cumprimento dos seus deveres de seguir o devido processo legal na contratação administrativa da empresa interposta e de fiscalizar o adimplemento das obrigações laborais desta, é, essencialmente, uma técnica processual perfeitamente admissível e em plena sintonia com os valores constitucionais da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, bem como harmonioso com as garantias constitucionais do processo, correspondendo a um importante ferramenta na busca por um modelo processual efetivo e apto a gerar uma tutela jurisdicional adequada, justa e útil.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho.* 4a.edição. São Paulo: LTr, 2008.

DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização - Paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2003.

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

DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paulo Sarno, e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil.* Vol. 2, 9ª edição. Salvador: Jus Podivm, 2014.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho.* 5ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GIGLIO, Wagner. *Direito Processual do Trabalho.* 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho.* 9ª Edição. São Paulo: LTr, 2011.

MACEDO, Lucas Buril de e PEIXOTO, Ravi Medeiros. Ônus da Prova e sua Dinamização. Salvador: Jus Podivm, 2014.

MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho.* 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo e SOUZA, Tercio. *Curso de Direito Processual do Trabalho.* São Paulo: Marcial Pons, 2013.

HERMENÊUTICA ENDOPROCESSUAL:
a contribuição da Análise crítica do discurso jurídico (ACDJ)[1]

Virgínia Colares[2]

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A agenda da abordagem. 3. As categorias de análise. 3.1 Modalização. 3.2 Operadores argumentativos. 3.3 Modos de operação da ideologia. 4. Análise crítica do discurso jurídico. 5. Algumas considerações. Referências

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho busca o estreitamento teórico entre o Direito, como Ciência Social Crítica, e a Linguística; abrindo o diálogo entre a Teoria do Processo Civil e Análise Crítica do Discurso (ACD). Parte-se do pressuposto de que a prolatação de decisões judiciais é uma prática discursiva mediadora que ocorre entre um texto (oral ou escrito) e uma prática social, regulada por código de leis, em fase de (re) construção de um novo Código de Processo Civil em tramitação no Congresso para dar celeridade a ações civis. A Linguística Aplicada ao Direito pode contribuir para um melhor entendimento das relações entre o uso da linguagem na construção do discurso jurídico. Sendo assim, a presente investigação se insere na discussão dessas reformas do judiciário brasileiro.

2. A AGENDA DA ABORDAGEM

A Análise Crítica do Discurso (ACD) tem como fulcro a abordagem das relações (internas e recíprocas) entre linguagem e sociedade. Os *textos* produzidos socialmente em eventos autênticos são resultantes da estruturação social da linguagem que os consome e os faz circular. Por outro lado, esses mesmos *textos são também potencialmente transformadores dessa estruturação social da linguagem, assim como os eventos sociais são* tanto resultado quanto substrato dessas estruturas sociais. A lacuna ou insuficiência, nas ciências sociais, entre essas teorizações do papel da linguagem na vida social e as ferramentas apropriadas para a análise empírica desses materiais verbais constatada por Chouliaraki (2005) a fez eleger como objeto de estudo as *práticas sociais*. Já para Fairclough (2000, p.167), a análise das práticas sociais constitui um foco "teoricamente coerente e metodologicamente efetivo".Por essa razão, eleger essa agenda para tratamento dos dados verbais, produzidos na instância jurídica, vem sendo tão profícua. Desde a criação do Grupo de Pesquisa "Linguagem e Direito" na Plataforma Lattes do CNPq, no ano 2000, esses estudos transdisciplinares têm sido nomeados de Análise Crítica do Discurso Jurídico (ACDJ)[3].

O marco histórico de consolidação da Análise Crítica do Discurso (ACD) ocorreu nos anos 1990 com a organização de um pequeno simpósio em Amsterdã, em janeiro de 1991. Entretanto, o embrião dessa abordagem, essencialmente britânica, surgira antes a partir do encontro de um grupo de estudiosos que trabalhava na UniversityofEastAnglia, Norwich, na Inglaterra, nos anos 1970, liderado por Norman Fairclough.

---

1 Uma versão preliminar deste trabalho foi apresentada no XXII Congresso Nacional do Conselho de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), na cidade de São Paulo, nos dias 13-16 de novembro de 2013.

2 Virgínia Colares é mestre e doutora em Linguística pela Universidade Federal de Pernambuco; professora, adjunto IV da graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco. E-mail: virginia.colares@gmail.com

3 "Análise Crítica do Discurso Jurídico" é a disciplina por mim oferecida no Curso de Mestrado do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco, desde sua criação, em 2005. Assim como é o título do relatório de pesquisa, apresentado em julho de 2009, como resultado do Edital MCT/CNPq 50/2006 - Ciências Humanas, Sociais e Sociais Aplicadas; Protocolo n° 2546463711149023.

O propósito dessa agenda de pesquisa é estudar a linguagem como prática social e, para tal, considerar o papel crucial do contexto. Esse tipo de análise se interessa pela relação que há entre a linguagem e o poder - relações de dominação, discriminação e controle, na forma como elas se manifestam através da linguagem (WODAK, 2003).

Nessa perspectiva, a linguagem é um meio de dominação e de força social, servindo para legitimar as relações de poder estabelecidas institucionalmente. A ACD rompe com a AD na medida em evita o postulado de uma simples relação determinista entre os textos e as estruturas sociais, ou seja, a "/.../ ACD permite analisar as pressões provenientes de cima e as possibilidades de resistência às relações desiguais de poder que aparecem em forma de convenções sociais (WODAK, 2003, p.19-20).

Por isso, a ACD não pode ser considerada um método único, e sim uma agenda que tem consistência em vários planos, pois faz ancoragem em: (a) a tradição da análise textual e linguística; (b) a tradição macrossociológica de análise da prática social em relação às estruturas sociais ; e (c) a tradição interpretativa ou microssociológica de considerar a prática social como alguma coisa que as pessoas produzem e entendem ativamente com base em procedimentos de senso comum partilhados, como as investigações etnográficas. (FAIRCLOUGH, 1989, 2001)

O modelo de análise proposto em Fairclough (2001) constrói-se numa concepção tridimensional do discurso, ou seja, a análise do texto, a análise das práticas discursivas em articulação com a análise das práticas sociais. A relação entre discurso e estrutura social, portanto, tem natureza complexa e dialética, resultando do contraponto entre a determinação do discurso e sua construção social. O discurso reflete uma realidade social mais profunda, assim como a estruturação social se dá de forma idealizada/ simbólica, como fonte onde o discurso é representado. A constituição discursiva de uma sociedade decorre de uma prática social que está, seguramente, arraigada em estruturas sociais concretas (materiais), e, necessariamente, é orientada para elas, não é fruto de um mero livre arbítrio de indivíduos isoladamente.

Norman Fairclough (1997, 2001) defende o discurso como prática política e ideológica. Como prática política, o discurso estabelece, mantém e transforma as relações de poder e as entidades coletivas em que existem tais relações. Como prática ideológica, o discurso constitui, naturaliza, mantém e também transforma os significados de mundo nas mais diversas posições das relações de poder.

No âmbito institucional, e o mundo jurídico é uma dessas instâncias sociais, o discurso tem o poder social construtivo tríplice: (1) produz e reproduz conhecimentos e crenças por meio de diferentes modos de representar a realidade; (2) estabelece relações sociais e (3) cria, reforça ou reconstitui identidades.

Desde o simpósio em Amsterdã, nos anos 1990, a ACD tem se desdobrado em versões que guardam características constitutivas em comum, assegurando um campo de construção de conhecimento. Essas características comuns são: a *interdisciplinaridade*, o *posicionamento* político/ ideológico do pesquisador (ou ausência de pseudoneutralidade) e a utilização das *categorias linguístico-discursivas* como ferramentas para a realização da crítica social.

A ACD nunca se propôs a ser um corpo teórico homogêneo, assim, daquele grupo fundador, cada um dos pesquisadores constrói uma heterogeneidade de abordagens identificadas pelo mesmo guarda-chuva de princípios da ACD e diferenciadas pelo ecletismo teórico. Norman Fairclough e outros da escola de Lancaster realizam a articulação entre Linguística Sistêmica Funcional (LSF) e Sociologia (FAIRCLOUGH, 2003, 2006); Theo van Leeuwen amplia o conceito de texto e trabalha as questões de multimodalidade e hibridização, tornando-se um expoente da Semiótica Social (VAN LEEUWEN, 2007); Teun van Dijk retoma o diálogo entre a Linguística Textual e cognição social, abordagem pela qual realizou os estudos de racismo (VAN DIJK, 1989, 1993, 2001); Ruth Wodak articula a Sociolinguística e a História (WODAK, 1996), para mencionar algumas nuances do projeto inicial da agenda da ACD.

Norman Fairclough aponta três perspectivas analíticas, (1) a *multidimensional* para avaliar as propriedades particularizadas dos textos relacionados às propriedades sociais dos eventos discursivos nos quais se realizam; (2) a *multifuncional* para averiguar as mudanças nas práticas discursivas que contribuem para mudar as crenças e os conhecimentos, as relações e identidades sociais e (3) a *histórica* para discutir a "estruturação ou os processos 'articulatórios' na construção de textos e na constituição, em longo prazo, de 'ordens de discurso'" (FAIRCLOUGH, 2001, p. 27)

Em todas essas abordagens do discurso, textualmente orientadas, buscam-se caracterizar processos sociocognitivos em perspectivas históricas; identificar políticas e ideologias na prática cotidiana dos sujeitos sociais; verificar os resultados e os efeitos dos discursos sobre as estruturas sociais, pois "através do contato com textos marcados por desigualdade de poder, os sujeitos linguísticos/ sociais são treinados a assumir certas posições de poder nos textos que produzem e consomem." (KRESS 1989, p. 449)

Análise Crítica do Discurso Jurídico (ACDJ), que se segue, adota essa agenda e seus postulados.

3. AS CATEGORIAS DE ANÁLISE

A análise do acórdão, *corpus* deste trabalho, recorre à modalização, aos operadores argumentativos e aos modos de operação da ideologia como categorias para dar conta do funcionamento dessa gramática textual e dos efeitos ideológicos desse discurso.

3.1 Modalização

Os modalizadores são marcas textuais explícitas ou implícitas que evidenciam a atitude do enunciador ante aquilo que diz. A modalização subdivide-se em *modalização da enunciação* e *modalização do enunciado*, sem, contudo, haver uma dissociação entre ambas. (PARRET, 2002)

A modalização da enunciação remete às marcas usadas, no ato da comunicação oral ou escrita; enquanto a modalização do enunciado é "o valor que o enunciador atribui aos estados de coisas que descreve ou alude em seus enunciados e/ou aos participantes desses estados de coisas" (PINTO, 1994, p.97).

Classifica-se a modalização do enunciado como: *alética* – representa um grau de possibilidade; *epistêmica* - representa um grau de certeza ou de plausibilidade; *deôntica* -representa um grau de obrigação ou de liberdade; *axiológica* - representa um grau de adesão; ôntica- representa um grau de factualidade ou de aparência dos estados das coisas descritos. (PINTO, 1994)

A modalização da enunciação pode ser:

1. Declarativa - Milton Pinto (1994, p.84) diz que para que se reconheça essa modalidade, um texto tem que ser proferido: por quem de direito, no lugar adequado, no momento devido, com tempo de duração e velocidade corretos, com a expressão corporal e os comportamentos esperados, com a forma linguística consagrada, com o vestuário exigido e, ainda, com a utilização dos objetos e instrumentos requeridos;

2. Representativa - o enunciador assume uma divisão igualitária de poderes sobre o universo de referência com o seu interlocutor, âmbito sintagmático pode ser marcado através dos verbos de asserção, opinião, contestação, retratação, concordância, entre outros, conjugados na primeira pessoa do indicativo;

3. Declarativo-representativa - o enunciador deseja ser reconhecido como detentor da fé pública, os enunciados tendem para um impessoalização (PINTO, 1994, p.87);

4. Expressiva - refere-se à afetividade ou ao juízo de valor que o enunciador deposita nos estados das coisas descritos. Textualmente, essa modalidade é marcada pelo uso de palavras e locuções pelas quais se exprimem afetividade e/ ou valores;

5. Compromissiva - o enunciador assume perante o interlocutor o papel de quem se obriga, em algum momento futuro, a tornar verdadeiro o estado de coisa ali expresso por ele. Verbos de compromisso como jurar, prometer, apostar, ter a intenção, comprometer-se, são os marcadores diretos desse tipo de modalidade;

6. Diretiva - busca-se que o interlocutor tenha o comportamento expresso aludido pelo enunciado. Esta modalidade distribui-se através de hierarquias, que pode ir da expressão da ordem, aos requerimentos e pedidos, à sugestão, ao conselho, aos pedidos de informação e à interpelação.

3.2 Operadores argumentativos

A argumentatividade está inscrita na própria língua, não é algo a mais acrescentado ao texto. Todo dizer é um meio de levar o interlocutor a seguir certa direção, chegando a uma conclusão ou servindo para desviá-lo dela. (DUCROT, 1977)

A argumentação é entendida como um conjunto de regras internas à língua que comandam o encadeamento dos enunciados, orientando a enunciação em certa direção. A argumentatividade implícita tem marcas explícitas na própria estrutura da frase: morfemas e expressões que, para além do seu valor informativo, servem, sobretudo, para dar ao enunciado certa orientação argumentativa. Esses elementos explícitos, os articuladores, são denominados *operadores argumentativos* (responsáveis pela força argumentativa dos textos) pela função que desempenham. Esses elementos linguísticos pertencem às *classes gramaticais invariáveis* (advérbios, preposições, conjunções, locuções adverbiais, prepositivas, conjuntivas) ou, então são palavras que não foram incluídas em nenhuma das dez classes gramaticais, merecendo, assim "classificação à parte", denominadas palavras*denotativas* ou *denotadores* de inclusão, de exclusão, de retificação, etc... [ASCOMBRE; DUCROT (1976); DUCROT (1977); (1987)]

Na realização das pesquisas com decisões judiciais, identificamos os seguintes *operadores argumentativos* indicadores: de contraposição; de tempo; de lugar; de consequência ou conclusão; de condição; de finalidade; de causa; de autoridade; de comparação; de proporção; de exemplificação; de modo; de alternância; de reformulação, de adição; de síntese; de restrição; de explicação; de parcialidade; de inexatidão; de ênfase / destaque; de assunto; de ordem; do ápice de uma escala; de exceção / exclusão; de inclusão; da conveniência do enunciado; de negação; de corroboração[4].

3.3 Modos de operação da ideologia

A proposta de análise da ideologia de Thompsom (1995, p. 75-76): "/.../ está primeiramente interessada com *(sic)* as maneiras como as formas simbólicas se entrecruzam com relações de poder. Ela está interessada nas maneiras como o sentido é mobilizado, no mundo social, e serve, por isso, para reforçar pessoas e grupos que ocupam posições de poder." Para o autor: "/.../estudar a ideologia é estudar as maneiras como o sentido serve para estabelecer e sustentar relações de dominação"(p. 76).Destarte John B. Thompsom desenvolve os procedimentos que adotamos para identificar os modos de operação da ideologia na superfície do texto. Abaixo, reproduzo o quadro sinóptico com as explicações dadas pelo próprio autor:

Modos Gerais	Algumas Estratégias Típicas de Construção Simbólica
LEGITIMAÇÃO Relações de dominação são representadas como legítimas	RACIONALIZAÇÃO - uma cadeia de raciocínio procura justificar um conjunto de relações
	UNIVERSALIZAÇÃO - interesses específicos são apresentados como interesses gerais
	NARRATIVIZAÇÃO -exigências de legitimação inseridas em histórias do passado que legitimam o presente
DISSIMULAÇÃO Relações de dominação são ocultas, negadas ou obscurecidas	DESLOCAMENTO- deslocamento contextual de termos e expressões
	EUFEMIZAÇÃO -valorização positiva de instituições, ações ou relações
	TROPO -sinédoque, metonímia, metáfora

4 Agradeço a Bel. Gláucia Soares Ferreira Pinto, na ocasião bolsista CNPq de iniciação científica pelo meticuloso trabalho de categorizar cada um dos *operadores argumentativos* elencados.

UNIFICAÇÃO Construção simbólica de identidade coletiva	ESTANDARTIZAÇÃO - um referencial padrão proposto como fundamento partilhado
	SIMBOLIZAÇÃO DA UNIDADE - construção de símbolos de unidade e identificação coletiva
FRAGMENTAÇÃO Segmentação de indivíduos e grupos que possam representar ameaça ao grupo dominante	DIFERENCIAÇÃO - ênfase em características que desunem e impedem a constituição de desafio efetivo
	EXPURGO DO OUTRO - construção simbólica de um inimigo)
REIFICAÇÃO* Retração de uma situação transitória como permanente e natural	NATURALIZAÇÃO - criação social e histórica tratada como acontecimento natural
	ETERNALIZAÇÃO-fenômenos sócio-históricos como permanentes
	NOMINALIZAÇÃO/PASSIVAÇÃO - concentração da atenção em certos temas em detrimento de outros, com apagamento de atores e ações

** Do latim "res, rei" coisa, matéria, remete ao processo histórico das sociedades capitalistas que transformam a subjetividade humana em objetos inorgânicos, perdendo autonomia e autoconsciência.*

Quadro 01- Modos de operação da ideologia - Compilado de Thompson, 1995, p.81

4. ANÁLISE CRÍTICA DO DISCURSO JURÍDICO

Com o objetivo de investigar, na sua superfície textual, os modos de operação da ideologia da prática social de prolatar decisões judiciais, recortamos como *corpus* um acórdão. Gênero textual produzido coletivamente por um tribunal que poderá manter, reformar, total ou parcialmente, a sentença prolatada pelo juiz de primeira instância.

O acórdão analisado, do ponto de vista do funcionamento ideológico, é marcado por estratégias de unificação, um dos *modus operandi* da ideologia. Thompson (1995, p. 86) afirma que: "relações de dominação podem ser estabelecidas e sustentadas através da construção, no nível simbólico, de uma forma de unidade que interliga os indivíduos numa identidade coletiva, independentemente das diferenças e divisões que possam separá-los". Isso ocorre nas decisões de segunda instância nas quais os desembargadores (identidade coletiva), em reunião colegiada reavaliam um pedido feito ao Estado e negado pelo magistrado na primeira instância.

Chouliaraki e Fairclough (1999) salientam que compreender o momento discursivo significa observar a articulação não só dos vários momentos dentro de uma prática social, no caso a prolatação de decisões judiciais, como também a relação entre diferentes práticas. Na análise crítica do discurso jurídico (ACDJ), o estudo de decisões consiste em observar como os julgadores podem posicionar-se dentro dessas práticas sociais, reproduzindo uma ordem discursiva da instância jurídica ou (re) articulando as mesmas práticas sociais/ institucionais, criativamente.

Nosso grupo de pesquisa **Linguagem e Direito** adota o procedimento metodológico de anonimizar as peças jurídicas autênticas para minimizar a possibilidade de identificação das pessoas envolvidas no processo judicial, tanto as partes como os magistrados. Sabe-se que, juridicamente, não é necessário, pois são documentos públicos coletados nos sites oficiais dos tribunais, por essa razão mantem-se o número do processo para que os advogados pesquisadores possam consultar outras peças dos autos. As decisões judiciais são transcritas de maneira inalterada, inclusive os equívocos de digitação, pontuação, concordância, negrito, maiúsculas etc. Para a análise, recebem numeração das linhas para facilitar a indicação das marcas textuais identificadas. Assim como são fragmentadas em blocos de textos e esses fragmentos também são numerados.

No acórdão analisado, um casal interpõe pedido de autorização judicial para alteração do **regime de bens do casamento**, qual seja o da separação total de bens. Julgado improcedente o pedido, em primeira instância, foi interposta apelação ao tribunal, que deu provimento ao recurso.

1. **ACÓRDÃO**
2. Vistos, relatados e discutidos os autos.

3. Acordam os Desembargadores integrantes da Sétima Câmara Cível do Tribunal
4. de Justiça do Estado, à unanimidade, prover o apelo.

5. Custas na forma da lei.

6. Participaram do julgamento, além da signatária (Presidente), os eminentes
7. senhores DES. FULANO
8. e DES. BELTRANO DE TAL.

Fragmento 01

Já na linha 01 do Fragmento 01, a denominação do tipo de decisão coletiva, "ACÓRDÃO", constrói a ideia de unidade da decisão colegiada da instância decisória - uma *padronização* (um referencial padrão proposto como fundamento partilhado).

A linha 02 remete ao mundo consciente do experienciar, no qual "ver", "relatar" e "discutir" são as ações realizadas sobre os autos do processo, processos verbais do mundo do dizer (HALLIDAY; MATTHIESSEN, 2004, p.172). Na prática, entretanto, a oração faz parte de um texto formulaico que se repete em todos os acórdãos, refletindo a circularidade do discurso jurídico.

As linhas 3 e 4 sinalizam o modo de operação da ideologia de *unificação*, marcado na superfície textual pelo verbo "acordar" que faz desaparecer diferenças; a expressão "os Desembargadores integrantes da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado" nomeia o grupo de indivíduos numa identidade coletiva, acentuada pelo modalizador axiológico "à unanimidade"; assim essa expressão afirma o grau de adesão ou aprovação intelectual (normativa, ou veridictória) do grupo coeso em "prover o apelo". Ao usar o modalizador "à unanimidade", os desembargadores fortalecem as relações de dominação desse grupo coeso; dessa forma, a *reflexividade*reproduz uma ordem discursiva institucional e anônima.

A linha 05 expressa o processo verbal material do fazer /agir do grupo de autoridades sobre a realidade estabelecendo a quem compete pagar as despesas do processo, ou seja, "Custas na forma da lei." O modo de operação da ideologia de *reificação*, através da estratégia de "nominalização/ passivação", que chama a atenção de certos temas em detrimento de outros, com apagamento de atores (grupo de autoridades) **e ações pelo uso anônimo de "**na forma da lei".

A modalidade diretiva da enunciação, "eminentes senhores", das linhas 06 a 07, frequentemente utilizada pelos enunciadores no discurso jurídico, estabelece quem é o relator e quem são os demais desembargadores da referida Câmara, estabelecendo as relações sociais. Esse tipo de modalidade da enunciação, segundo Pinto (1994) se distribui através de hierarquias, podendo ir da expressão de ordem, aos requerimentos e pedidos ou mesmo à interpelação pura e simples. No Fragmento 01, configura-se na forma de tratamento empregada usualmente entre os próprios desembargadores entre si.

9. Cidade Brasileira, 01 de junho de 2010.

10. DES. SICRANO DA SILVA,
11. Relator-Presidente.

Fragmento 02

As linhas 9-11(Fragmento 02) correspondem à parte formulaica do documento na qual se identifica local, data, relator(a) do acórdão.

---

12. RELATÓRIO

13. DES. SICRANO DA SILVA (RELATOR-PRESIDENTE)

14. FLPR. e EDSP. interpõem pedido de autorização judicial para alteração do
15. regime de bens do casamento, noticiando terem casado pelo regime da separação
16. total de bens. No entanto, ao longo dos treze anos de matrimônio, construíram,
17. mediante esforço comum, uma empresa, mas que, por força do regime de bens
18. contratado, constituirá bem incomunicável. E, por força do art. 977 do Código
19. Civil, os cônjuges casados pelo regime da separação obrigatória de bens estão
20. impedidos de contratar entre si. Requerem o deferimento do postulado (fls. 2/3).

21. O Ministério Público manifestou-se pelo deferimento da pretensão (fls. 22/24).

22. Sentenciando, o magistrado julgou improcedente o pedido formulado pelos requerentes (fls. 33/34).

23. Os autores interpuseram embargos de declaração, os quais foram julgados
24. improcedentes pelo juízo *a quo* (fls. 36/49).

25. Inconformados, apelam os requerentes, asseverando serem casados pelo regime
26. da separação total de bens, sendo que, ao longo do casamento, constituíram uma
27. empresa com o esforço comum. Assim, com o advento do Novo Código Civil,
28. necessitam adequar a empresa à nova legislação. Sustentam a possibilidade de
29. aplicação do art. 1.639, §2º, do Código Civil aos casamentos celebrados
30. anteriormente à vigência desse estatuto legal. Requerem o provimento do
31. recurso (fls. 53/62).

32. O Ministério Público opinou pelo provimento do apelo (fls. 66/71).

33. Subiram os autos a esta Corte, tendo a Procuradoria de Justiça manifestado-se*(sic)*
34. pelo conhecimento e provimento do apelo (fls. 74/78).

35. Foi observado o disposto no art. 551, §2º, do Código de Processo Civil.

36. É o relatório.

Fragmento 03

A expressão "RELATÓRIO", na linha 12, nomeia a parte da peça jurídica sob análise e sinaliza a *narrativização*, pois o relatório apresenta exigências de *legitimação* inseridas em histórias do passado que legitimam o pedido de reexame feito ao tribunal. As narrativas são introduzidas com a indicação das folhas dos autos (linhas 20, 21, 22, 24, 31, 32, 34) nas quais se encontram as informações sinteticamente apresentadas na peça atual e que podem ser conferidas nos autos do processo judicial.

Nas linhas 14-16, o relator informa "quem" pede ; "o quê" ao Estado brasileiro. Ainda na linha 16, o operador argumentativo "No entanto" estabelece relações de disjunção entre o regime de separação total de bens do casamento e a constituição de uma empresa entre os cônjuges. O regime em vigor os torna impedidos de contratar entre si. A linha 20 explicita o que está sendo requerido ao Estado e remete ao passado, ao indicar as folhas (fls. 2/3).

As linhas 21 e 22 registram posições antagônicas entre o Ministério Público e o magistrado que julgou o pedido; razão pela qual os autores interpuseram embargos de declaração que são recursos processuais previstos no Código de Processo Civil, Lei n. 5869/73: Art. 535- Cabem embargos de declaração quando: (Alterado pela L-008.950-1994) **I** - houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição; **II** - for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal. Mas, como dito na linha 24 foram julgados improcedentes.

O modo de operação da ideologia observado na decisão do magistrado de primeira instância (ou juízo *a quo*) aparentemente é a *reificação*que consiste na retração de uma situação transitória como permanente e natural. No caso o juiz está considerando o regime de separação total de bens como algo imutável "permanente e natural", ou seja está considerando fenômenos sócio históricos como permanentes, realizando ideologicamente a *eternalização*. A ação judicial é datada em 2005 e o Código Civil sofreu mudança em 2002, como será visto na argumentação do desembargador relator.

A linha 36, explicitamente, "É o relatório" marca a segmentação do gênero textual.

---

37. VOTOS

38. DES. SICRANO DA SILVA (RELATOR-PRESIDENTE)

39. Trata-se de pedido de alteração de regime de bens de casamento celebrado em
40. 21 de novembro de 1989, portanto, antes da vigência do Código Civil, Lei
41. 10.406/2002 (fls. 8/9). Os apelantes convencionaram o regime da separação total
42. e pretendem alterá-lo para o da comunhão parcial de bens, sob o argumento de
43. terem constituído, em comunidade de esforços, uma empresa, tendo que se
44. adaptar à nova legislação (artigos 977 e 2.031 do Código Civil).

Fragmento 04

O voto do relator inicia-se com o operador argumentativo *introdutor de assunto*"Trata-se de/.../" (linha 39), que apresenta o caso, juntamente com a data de celebração do casamento (21 de novembro de 1989), uma evidência de *racionalização,* um modo de operação da ideologia que constrói uma cadeia de raciocínio, procurando justificar um conjunto de relações em torno da transição do Código Civil que somente em 2003 entrou em vigor. Já na linha 34, está expressa a decisão do tribunal "pelo conhecimento e provimento do apelo (fls. 74/78)", restando a fundamentação jurídica que se dá pela *racionalização*.

A estratégia linguístico-discursiva de *legitimação,modus operandi* da ideologia, estabelece relações de dominação, oferecendo argumentos representados como legítimos, materializa-se na superfície textual com a utilização do operador argumentativo "portanto"(linha 40). Assim, o desembargador relator constrói seu texto articulando a data do casamento com o Novo Código Civil [Lei 10.406/2002 (fls. 8/9)] interligando-os com o conectivo que estabelece relação de consequência ou conclusão, ou seja, está posta sua tese jurídica.

A justificativa do pedido é apresentada na voz do relator com a expressão "sob o argumento de" (linha 42), legitimador de sua tese jurídica. Ideologicamente, a argumentação leva o interlocutor a seguir certa direção, chegando a uma conclusão; assim como o faz afastar-se da tese jurídica do juiz *a quo*.

Os interesses específicos do casal são apresentados como interesses gerais –*universalização*, uma vez que o casamento se deu em regime de separação total de bens e, por conseguinte, a empresa é tida como bem incomunicável. O Novo Código Civil (artigos 977 e 2.031 do Código Civil) é o interesse geral a ser protegido no acórdão.

45. Merece acolhida a irresignação.
46. Dispõem os artigos 2.039 e 1.639, §2º, do Código Civil, respectivamente:

47. O regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil
48. anterior, Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916, é o por ele estabelecido.

49. É admissível a alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em
50. pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões
51. invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.

52. Ainda que uma leitura conjunta e açodada dos dispositivos supra -referidos
53. possa aparentar a existência de conflito entre ambos, tal conclusão não deve
54. prevalecer.

Fragmento 05

Na linha 45, o relator explicita na superfície textual seu posicionamento favorável aos autores.

O fragmento 05 reproduz o os artigos 2.039 e 1.639, §2º, do Código Civil nas linhas 47-48 e nas linhas 49-51. O operador argumentativo "respectivamente" (linha 46) atua como mero indicador de estruturação do texto atual. Observa-se, aparentemente um paradoxo, de um lado o "regime de bens" não pode ser alterado por ser estabelecido pelaLei 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Por outro, é admissível a alteração do "regime de bens". Empate técnico entre as duas instâncias? Ou racionalização criativa para expor a base legal sustentadora de uma argumentação?

A expressão "Ainda que" (linha 52) contrapõe o imaginável conflito entre os artigos mencionados com sua plausível e pacífica coexistência. Como falar de "/.../uma leitura conjunta e açodada /.../"? Para ter sido uma leitura apressada em demasia, os dispositivos supra referidos estão em ordem invertida na sequência numérica (2.039 e 1.639) e muito distantes um do outro. Refletem, ideologicamente, um *deslocamento* no âmbito da *dissimulação* por refletir relações de dominação ocultas, negadas ou obscurecidas pelo deslocamento da ordem dos dispositivos legais para construir a argumentação. Além de caracterizar uma ironia (*tropo, dissimulação)* pelo exagero na adjetivação da "leitura" dos artigos de lei.

55. O preceito do primeiro artigo acima transcrito tem por objetivo resguardar o
56. direito adquirido e o ato jurídico perfeito, logo, a segurança das relações
57. jurídicas, em face das alterações promovidas pelo Código Civil relativamente ao
58. regramento específico de cada regime de bens. Logo, o que se pretende
59. assegurar aos consortes é a aplicação da legislação por eles escolhida por
60. ocasião da celebração do matrimônio, nos exatos termos da lei então em vigor.

Fragmento 06

O fragmento 6 expõe, doutrinariamente, o artigo 2.039, §2º, do Código Civil. O indicador de consequência/ conclusão *logo* surge em dois momentos (linhas 56 e 58) para conduzir a argumentação exposta. A legalidade é expressa pelos estereótipos jurídicos (WARAT, 1995) "direito adquirido"; "ato jurídico perfeito"; "segurança das relações jurídicas"; "regime de bens"; "nos exatos termos da lei". Nesse contexto, o vocábulo *então* (linha 60) assume um papel de operador argumentativo indicador de temporalidade.

As expressões modalizadoras "em face das" (linha 57) e "relativamente" (linha 57) estabelecem vinculações entre as informações que lhes precedem e sucedem, restringindo o âmbito de aplicação das primeiras: resguarda a segurança das relações jurídicas, não sob qualquer aspecto, mas quanto às alterações legislativas surgidas; não quaisquer alterações do Código Civil, mas aquelas relativas ao regime de bens.

---

61. Por outro lado, a redação do art. 1.639, §2º, do diploma civil institui novidade no
62. ordenamento jurídico, porquanto, diversamente da imutabilidade do regime de
63. bens prevista no antigo Código Civil, possibilita aos cônjuges a alteração desse
64. pacto, mediante autorização judicial e pedido motivado de ambos os consortes,
65. com o resguardo de eventuais direitos de terceiros.

Fragmento 07

O operador argumentativo de contraposição "Por outro lado"(linha 61) introduz o contra argumento para o conflito entre os artigos da mencionada lei. A já citada "novidade" instituída pelo Código Civil de 2002 é ressaltada pelo modalizador "diversamente" (linha 62).

As linhas 63-65 reproduzem quase que totalmente o conteúdo do art. 1.639, §2º, do Código Civil, posto nas linhas 49-51. Enquanto o art. 2.039, §2º, do Código Civil determina a manutenção da imutabilidade do regime de bens, o art. 1.639 admite tal alteração. Os instrumentos através dos quais pode ocorrer tal modificação são introduzidos pelo operador argumentativo "mediante" (linha 64). Essa diferença constitui a explicação pretendida pelo indicador "porquanto"(linha 62).

---

66. Portanto, essa faculdade conferida aos cônjuges em nada afronta os direitos que
67. se pretende assegurar pelo art. 2.039 da Lei 10.406/2002, mormente se
68. considerada a consensualidade do pedido e o amparo a direitos de terceiros.
69. Muito pelo contrário: em verdade, houve uma otimização do princípio da
70. autonomia da vontade do casal, consagrado no princípio da livre estipulação do
71. pacto (art. 1.639 do Código Civil), de forma que se revela descabido afastar tal
72. ampliação de direitos dos casamentos celebrados sob a égide do antigo estatuto
73. civil.

Fragmento 08

A *racionalização* como *modus operandi* da ideologia constrói uma cadeia de raciocínio na qual a utilização de operadores argumentativos simula a construção de silogismos, daí o uso excessivo de indicadores de conclusão "logo", "portanto", "porquanto", "mormente", "pois" etc.

As decisões colegiadas se constituem jurisprudência e, assim, assumem o papel de leis. O art. 1.639, §2º, do Código Civil reproduzido acima (linhas 49-51) e repetido pelo relator desse acórdão (linhas 63-65) onde substitui "*É admissível*" por "possibilita" requer que seja "*apurada a procedência das razões", não contemplada em sua argumentação*.

Para enfatizar que não há incompatibilidade entre os artigos 2.039 e 1.639, §2º, do Código Civil (linha 46), o fragmento 08 faz uso do indicador "Portanto" (linha 66). Os operadores "mormente" (linha 67), e as expressões "Muito pelo contrário" (linha 69) e "em verdade" (linhas 69) enfatizam/ ratificam essa informação. Na linha 71, o indicador "de forma que" aponta para mais uma **conclusão** na argumentação.

---

74. Outrossim, cumpre observar a dinâmica da vida moderna que, muitas vezes, vem
75. a interferir nas relações patrimoniais dos consortes, fazendo com que o
76. regramento escolhido não mais atenda aos anseios do par.

77. *In casu*, o regime estabelecido foi o da separação total de bens. No entanto, na
78. constância do matrimônio, o casal constituiu uma empresa em conjunto,
79. referindo a comunhão de esforços na concretização desse objetivo.

Fragmento 09

Mais um argumento é apresentado na linha 74, por meio do indicador de **adição** "Outrossim". Na linha 77, um dos inúmeros exemplos de uma característica de estilo no redigir de muitos juristas, a desnecessária substituição de expressões existentes e corriqueiras do vernáculo por correspondentes latinos "*In casu*", que caracteriza o pejorativo "juridiquês" e não uma necessidade técnica do jargão profissional de nomear algo específico não contemplado pela linguagem ordinária.

O indicador de *contraposição* "No entanto" (linha 77) confronta o regime antes escolhido pelo casal (separação total de bens) com a necessidade de comunicabilidade para que possam gerir a empresa constituída por seus esforços comuns.

80. Assim, ainda que não se aplique ao caso em tela o art. 977 do diploma civil,

81. diversamente do referido pelos recorrentes, pois não se trata de separação
82. obrigatória de bens, tem-se que a justificativa apresentada relativa à criação em
83. conjunto da sociedade comercial apresenta-se suficiente para o deferimento do
84. pedido.

Fragmento 10

O uso de indicadores de conclusão que se reinventa nos leva a tentar compreender esse momento discursivo como uma articulação não só dos vários momentos dentro desta prática social, como também a relação entre diferentes práticas, reproduzindo uma ordem discursiva que reflete a *reflexividade* (CHOULIARAKI; FAIRCLOUGH, 1999). O desembargador inicia mais uma conclusão do voto usando o operador "Assim" (linha 80), imediatamente seguido pelo indicador de contraposição "ainda que"(linha 80) para dizer que o artigo 977 do Código Civil não se aplica ao caso. Pode-se inferir que tal diploma deve ter sido usado em algum momento processual, talvez pelo primeiro juiz, segundo esse artigo, estão impedidos de contratar, entre si, os cônjuges em regime de separação obrigatória de bens. Não se trata do caso em questão, pois a separação de bens foi uma opção do casal.

85. Outrossim, o entendimento desta Câmara já está pacificado no sentido da
86. possibilidade de aplicação do artigo 1.639, §2º, do Código Civil aos casamentos
87. celebrados antes da vigência desse estatuto legal.
88. Nesse sentido, colacionam-se os seguintes precedentes desta Corte:

89. REGISTRO CIVIL. REGIME DE BENS. ALTERAÇÃO. REQUISISTOS.
90. CASAMENTO CELEBRADO SOB A ÉGIDE DO CÓDIGO CIVIL DE 1916.
91. POSSIBILIDADE. A regra do art. 2039 do CC/02 não fere o ato jurídico
92. perfeito. Assim, mesmo diante do novo regramento trazido pelo atual código
93. civil que modificou as regras dos regimes de bens, existe a possibilidade
94. jurídica de alterar o regime de bens para matrimônios realizados sob a égide do
95. CC/16. APELO PROVIDO. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 70010447043, SÉTIMA
96. CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: XXXX YYYYY

97. TTTTTTTT JJJJJJ, JULGADO EM 30/03/2005)

98. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS ENTRE
99. OS CÔNJUGES. Casamento celebrado sob a égide do antigo Código Civil.
100. Alteração. Possibilidade. Sociedade comercial entre cônjuges. Art.
101. 1.639, § 2º. O art. 2.039, constante das disposições finais e transitórias
102. do Código Civil em vigor não impede a mudança do regime de bens para
103. casamentos celebrados na vigência do Código Civil de 1916. RECURSO
104. PROVIDO. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 70009777947, OITAVA CÂMARA
105. CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: WWWWWWW
106. GGGGGGGG TTTTTTT, JULGADO EM 10/03/2010)

Fragmento 11

A expressão "já está pacificado" quer dizer, no "mundo do Direito" que o entendimento é hegemônico, há um consenso. As construções discursivas das práticas sociais, na instância jurídica, são partes dessas práticas, constituindo-as na medida em que dizer o direito é usar a linguagem, é a isso que Chouliaraki e Fairclough (1999) denominam *reflexividade*. Além disso, as práticas sociais podem depender dessas construções textuais para sustentar relações de dominação; dessa forma, a *reflexividade* funciona ideologicamente. Daí o desembargador relator, utilizando-se da jurisprudência, tem como objetivo buscar a credibilidade na sua fundamentação e decisão, além de tirar de si a total responsabilidade pela decisão proferida e transformá-la numa decisão colegiada e constitutiva da ordem discursiva.

Aqui, mais uma vez, evidente é a presença da modalidade declarativa. Conforme Pinto (1994), é o tipo de modalidade que apresenta exigências rituais mais nítidas, tendo que ser proferido por quem de direito, no lugar adequado, no momento devido.

107. Por tais fundamentos, provê-se ao apelo, conferindo ao presente pedido
108. efeitosex *tunc*, ressalvados direitos de terceiros, e observando-se, após o
109. trânsito em julgado, as determinações do Provimento da Corregedoria
110. Geral de Justiça nº 024/03, com as alterações realizadas pelo Provimento
111. de nº 024/04. As custas deverão ser rateadas entre os interessados.

Fragmento 12

A expressão "Por tais fundamentos" (linha 107) remete ao exposto no voto como uma explicação**/** justificação ao provimento do apelo. Pode ser observada a impessoalização (declaração-representativa) quando diz: "provê-se ao apelo" (linha 107). Trata-se de uma forma de se isentar, de certa maneira, do ônus das consequências do que se está falando. O enunciador tem intenção de não se comprometer totalmente com o que diz, diluindo sua identificação por meio de um sujeito indeterminado.

A hipótese da *reflexividade* evocada pela dimensão da *práxis,* do fazer, fazendo-se, neste documento é expressa em "efeitos *ex tunc*" (linha 108) ao pedido feito pela parte. Isso quer dizer que a decisão tem efeito retroativo a partir de então.

112. DES. FULANO (REVISOR) - De acordo.

113. DES. BELTRANO– De acordo.

114. DES. SICRANO DA SILVA - Presidente - Apelação Cível nº

115. 70011082997, Comarca de Cidade Brasileira: "PROVERAM O APELO.

116. UNÂNIME."

117. Julgador(a) de 1º Grau: ALGUÉM

Fragmento 13

O fragmento 13 informa que os demais desembargadores concordaram com o voto do relator e "PROVERAM O APELO. UNÂNIME." Um acórdão designa a decisão proferida pelo tribunal que poderá manter, reformar, total ou parcialmente, a sentença prolatada pelo juiz de primeira instância. Embora desse tipo de decisão, ainda, possa caber o recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça ou o recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal; no caso não pode pois foi unânime e põe fim às vias ordinárias, no caso, com efeitos *ex tunc*.

5. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES

A discussão e os resultados foram sendo apresentados ao longo da análise. O acórdão é um texto híbrido (que mistura gêneros, discursos, estilos), permeado de marcas/ pistas textuais que evidenciam os modos de operação da ideologia. Predomina *legitimação* que assegura que as relações de dominação sejam representadas como legítimas; a estratégia mais evidente é a *racionalização* construída a partir da inserção de operadores argumentativos e partículas textuais próprias dos silogismos. A *racionalização* se apresenta numa cadeia de raciocínios para justificar um conjunto de relações estabelecidas pela argumentação. O retorno desses resultados aos juristas consubstancia-se numa proposta para análise de decisões judiciais em primeira instância ou decisões majoritárias com vistas a dar conta daquilo que se oculta ideologicamente ou que se esconde "nas entrelinhas" seja no plano do posto, do pressuposto, do implícito ou do subentendido. Apontando-se, assim, para essa lacuna de teorização do papel da linguagem no âmbito do estudo/ensino do Direito.

REFERÊNCIAS

ASCOMBRE, J.; DUCROT, O. L'argumentationdans La langue. In: **Languages 42**. Paris, Didier-Larousse, 1976.

CHOULIARAKI, L.; FAIRCLOUGH, N. **Discourse in Late Modernity:** rethinking critical discourse analysis. Edinburgh: Edinburgh University Press, 1999.

CHOULIARAKI, L. Media discourse and the public sphere.**D.E.L.T.A**. 21 (especial). São Paulo, EDUC, p. 45-72, 2005.

DUCROT, O. **Princípios de semântica linguística**: dizer e não dizer. São Paulo: Cultrix, 1977.

_____. **O dizer e o dito**. Campinas, SP: Pontes, 1987.

FAIRCLOUGH, N.**Language and power**.London: Longman, 1989.

_____. **Discurso e Mudança Social**. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2001.

_____. Discurso, mudança e hegemonia. In: PEDRO, E.R. (org.). **Análise Crítica do Discurso**: uma perspectiva sociopolítica e funcional. Lisboa: Caminho, p. 77-104, 1997.

_____. Discourse, social theory, and social research: the discourse of welfare reform. **Journal of Sociolinguistics**,4(2), p. 163-195, 2000.

_____. **Analysing discourse**:textual analysis for social research. London: Routledge, 2003.

_____. **Language and globalization**. London: Routledge, 2006.

FOWLER, R.; KRESS, G. Critical linguistics. In: Fowler et al. (Eds.). **Language**

and control. London: Routledge&Kegan Paul, 1979.

FOWLER, G. et al (eds) **Language and Control**. Londres: Routledge e Kegan Paul, 1979.

HALLIDAY, M.A.K.; HASAN, R. **Cohesion in English**.London: Pearson, 1976.

HALLIDAY, M. A.K. **An Introduction to Functional Grammar**.London: Edward Arnold, 1994.

HALLIDAY, M. A.K.**;** MATTHIESSEN, C.**An Introduction to Functional Grammar**.London: Edward Arnold, 2004.

PARRET, Herman. **Enunciação e pragmática**. Campinas, SP: Pontes, 2002

PINTO, Milton José. **As marcas lingüísticas de enunciação:** esboço de umagramática enunciativa do português. Rio de Janeiro: NUMEN Ed., 1994.

KRESS, G. **Linguisticprocesses in sociocultural practice**. Victoria: Australia:Deakin University, 1989.

VAN DIJK, T. Social cognition and discourse. In: GILES, H.; ROBINSON, R.P. (orgs.). **Handbook of social psychology and language**.Chichester: Wiley, p. 163-183, 1989.

_____. Principles of critical discourse analysis.**Discourse & Society**, vol 4 (2), pp. 249-28, 1993.

_____. Critical Discourse Analysis. In: TANNEN, D.; SCHIFFRIN, D.; HAMILTON, H. (orgs.). **Handbook of Discourse Analysis**. Oxford: Blackwell, p. 352-371, 2001.

THOMPSON, J. B. **Ideologia e culturamoderna**.Petrópolis: Vozes, 1995.

VAN LEEUWEN, T. **Discourse and practice**: new tools for critical discourse analysis. Oxford: Oxford University Press, 2007.

WARAT, L. A. **O direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

WODAK, R. **Disorders of discourse**.New York: Longman, 1996.

_____. De qué trata el análisis crítico del discurso (ACD). Resumen de su historia, sus conceptos fundamentales y sus desarrollos. In: WODAK, R.; MEYER, M. (orgs.) **Métodos de Análisis Crítico del Discurso**. Barcelona: Gedisa, p. 17 – 34, 2003.

DO MÉTODO JURÍDICO

Reflexões em torno da tópica[1]

Plauto Faraco de Azevedo[2]

SUMÁRIO: 1. Prevalência do pensamento sistemático. 2. O significado da tópica. 3. Aspectos históricos. 4. A tópica e a sistematização dedutiva. 5. Valorização da tópica. 6. O componente ideológico da Ciência do Direito.

1. PREVALÊNCIA DO PENSAMENTO SISTEMÁTICO

Sob a influência do racionalismo jusnaturalista, a idéia de *sistema* veio implantar-se no Direito, dominando-lhe a elaboração e o raciocínio, mantendo-se e reafirmando-se na passagem para a codificação, com o positivismo que lhe foi correlato. Aos Códigos, propiciadores da segurança jurídica, escassa no sistema costumeiro do *Ancien Régime*, correspondem as grandes elaborações doutrinárias sistemáticas, características desta fase histórica – a Escola da Exegese, na França, o Pandectismo, na Alemanha, e a Escola Analítica, na Inglaterra. Nesse sentido, escreve Coing que, por meio de longa evolução, "sobre fundamentos trazidos pelo Direito Natural e pelo Renascimento, a Ciência do Direito Privado do século XIX construiu o sistema jurídico", cuja idéia "se baseia na fé ilimitada na razão humana"[3]. Deve-se, também, sua emergência a razões ideológicas, ligadas à ascensão da burguesia e à manutenção do poder que conquistara.

Os benefícios e os aspectos ideológicos vinculados à idéia de sistema evidenciam-se no entusiasmo suscitado pelo Código Civil francês, de 1804, assim como pelos demais Códigos daquele país, que vieram à luz na mesma década – o Código de Processo Civil, de 1807, o Código de Comércio, de 1808, o de Instrução Criminal, deste mesmo ano, e o Código Penal, de 1810. Conforme assinala Reale, com estes diplomas legais iniciava-se a *ciência contemporânea do Direito*, tendo a sociedade burguesa triunfante expresso suas aspirações e balizado seus interesses "em leis de grande perfeição formal, segundo os princípios da *liberdade* de iniciativa e de contrato, de *segurança*, e de certeza de todos os atos da vida civil, de clara definição de direitos e deveres, de faculdades e de sanções". A superioridade do *Código* relativamente à legislação anterior era flagrante. No *Ancien Régime,* o Direito era "fragmentado em sistemas particulares, quer do ponto de vista das classes, quer do ponto de vista material e territorial... Era um sistema jurídico complexo, dominado pelos esquemas gerais das Ordenações Régias, completadas pelos usos e costumes, pelos preceitos do Direito Romano e do Canônico, pela opinião comum dos doutores e os recursos ao Direito Natural, concebido este de maneira abstrata, como que um Código da Razão, da qual defluía uma duplicata ideal do Direito Positivo". O Código Civil veio pôr termo às dificuldades e aos conflitos resultantes dessa coexistência de sistemas normativos, ao mesmo tempo em que dava satisfação à "aspiração fundamental do homem da Revolução Francesa", defendendo o indivíduo e suas iniciativas, a liberdade e a segurança das relações jurídicas, protegendo a propriedade privada, "como o individualismo econômico a concebia"[4].

---

1 O presente escrito foi publicado pela Livraria do Advogado editora, que permite seja republicado para sua maior divulgação.

2 Doutor em Direito pela Universidade Católica de Louvain. Ex-Professor da Graduação e Pós-Graduação stricto sensu da UFRGS. Ex-Pesquisador do CNPq. Professor da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público.

3 COING, Helmut. Historia y Significado de la Idea del Sistema en la Jurisprudencia (Geschichte und Bedeutung des Systemgedankes in der Rechtswissenschaft). Trad. por Robert S. Hartman y José Luis Gonzáles. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1959. (Centro de Estudios Filosóficos. Universidad Nacional Autónoma de México).

4 REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1972. v.2, p. 364-5.

Tendo em vista o conjunto destas circunstâncias, compreende-se que a noção de *sistema* no Direito tenha dominado o século XIX, penetrando vigorosamente no século XX, fazendo com que permanecesse como que esquecida uma outra forma de pensamento jurídico, no entanto muito mais antiga, de que coube a Theodor Viehweg repor em evidência os frutos e potencialidades.

2. O SIGNIFICADO DA TÓPICA

Trata-se da *tópica*, de que, já na introdução de seu pequeno, mas denso livro – "Tópica e Jurisprudência" –, Viehweg diz tratar-se de "uma técnica de pensar por problemas, desenvolvida pela retórica", de todo distinta e advinda de contexto cultural diverso de outra, de tipo sistemático-dedutivo, que tem sido utilizada para afastar a tópica da Ciência do Direito.[5]

O primeiro objetivo deste escrito consiste em buscar explicitar, de modo sintético, o pensamento de Viehweg a este propósito, o que em regra não tem sido feito. É comum encontrarem-se referências repetitivas, pinçadas cá ou lá no texto deste jurista, fora de um contexto significativo capaz de apreender-lhe a mensagem. Tendo em vista esta circunstância, impõe-se, preliminarmente, a necessidade de rastreá-la, para que, evidenciado seu fio condutor, seja possível, posteriormente, valorizá-la.

Neste sentido, cumpre ter em vista as considerações relativas aos métodos científicos – *scientiarum instrumenta* –, feitas por Vico, em 1708, em sua *dissertatio* denominada *De nostre temporis studiorum ratione* ("O caráter dos estudos de nosso tempo"), distinguindo dois tipos de métodos científicos, um antigo e um novo, por ele caracterizados, respectivamente, como tópico e crítico. Deriva o primeiro da Antiguidade, tendo sido transmitido por Cícero, sendo seu ponto de partida o *sensus communis* (senso comum), manipulando o verossímil (*verisimilia*), mediante a contraposição de pontos de vista, segundo os cânones da tópica retórica, trabalhando com uma rede de silogismos. Já o método novo, que se tornaria conhecido como cartesiano, por alusão ao modo de pensar representado por Descartes, tem como ponto de partida um *primum verum*, que não pode ser eliminado pela dúvida, dando-se seu desenvolvimento ulterior à maneira da Geometria, vale dizer, "na medida do possível, por meio de longas cadeias dedutivas (*sorites*)". Suas vantagens, segundo Vico, acham-se "na agudeza e na precisão (caso o *primum verum* seja mesmo um *verum*)". Entretanto, suas desvantagens são maiores, consistindo "na perda em penetração, estiolamento da fantasia e da memória, pobreza da linguagem, falta de amadurecimento do juízo, em uma palavra: na depravação do humano". Tudo isto, acresce, pode ser evitado pela *tópica retórica*, "a qual proporciona sabedoria, desperta a fantasia e a memória e ensina como considerar um estado de coisas de ângulos diversos, isto é, como descobrir uma trama de pontos de vista". Entende Vico dever-se intercalar "o antigo modo de pensar, tópico, com o novo, pois este sem aquele não se efetiva"[6]. Isto posto, Viehweg examina o pensamento de Aristóteles, a respeito da tópica, de quem recebeu ela o delineamento e a denominação.

Na *Tópica* e nas *Refutações Sofistas*, respectivamente partes 5ª e 6ª do "Organon", ocupa-se este filósofo da "antiga arte da disputa, domínio dos retóricos e dos sofistas", que constitui o campo do meramente oponível (*endoxon*), isto é, da dialética. Discriminando-a do raciocínio apodítico, entende seja este o domínio dos filósofos. Diz a *Tópica*, em seu início: "Nosso trabalho persegue a tarefa de encontrar um *método*, com o qual, *partindo-se de proposições,* conforme as opiniões, seja possível formar raciocínios sobre todos os problemas que se possam colocar, e evitar as contradições, quando devemos nós mesmos sustentar um discurso"[7].

Os raciocínios dialéticos caracterizam-se pela índole de suas premissas, que são constituídas por proposições "que parecem verdadeiras a todos, ou à maior parte, ou aos sábios e, dentre estes, também a todos ou à maior parte ou aos mais conhecidos e famosos". Tem, pois, a tópica, "por objeto, raciocínios que derivam de premissas que parecem verdadeiras com base em uma

---

5 VIEHWEG, Theodor. Tópica e Jurisprudência (Topik und Rechtsphilosophie). Trad. de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979. (Coleção Pensamento Jurídico Contemporâneo, vol. 1) – Ao título original ("Tópica e Filosofia do Direito") preferiu o tradutor "Tópica e Jurisprudência", por ser a Ciência do Direito (Jurisprudenz) o tema do livro.

6 VIEHWEG, Theodor, op. cit., p. 20/1.

7 Ibid., p. 23/4. O grifo é nosso.

opinião reconhecida". No que toca à expressão *topoi*, surge ela, pela primeira vez, na *Tópica*, mas sua explicação encontra-se na *Retórica*, constituindo "pontos de vista utilizáveis e aceitáveis em toda a parte, que se empregam a favor ou contra o que é conforme à opinião aceita, que podem conduzir à verdade"[8].

Em síntese, escreve Viehweg, Aristóteles "projetou, em sua tópica, uma teoria da dialética, entendida como arte da discussão, para a qual ofereceu um catálogo de *topoi* estruturado de forma flexível e capaz de prestar consideráveis serviços à práxis". No entanto, se a denominação "tópica" se deve a este filósofo, o assunto mesmo lhe é anterior, constituindo "antigo patrimônio intelectual da cultura mediterrânea", emergindo "antes de Aristóteles, junto com ele e depois dele, em todas as fórmulas retóricas, com o nome de *euresis, inventio, ars inveniendi* ou algo semelhante"[9].

Cícero também tratou da tópica, embora sem a profundidade que alcançou em Aristóteles. Talvez, por isto mesmo, tenha tido uma influência histórica maior do que o pensamento de Aristóteles. Efetivamente, à obra, em que Cícero tratou do tema – "De Inventione" (44 a. C.) –, foi creditado grande valor, na Idade Média. Limita-se a oferecer "um catálogo ou repertório completo dos *topoi*, com vista a seu aproveitamento prático"[10].

Em síntese, pode-se dizer que a tópica "é uma *téchne* de pensamento que se orienta para o problema", que era dominada por Aristóteles, o que se evidencia particularmente quando trata das aporias, no livro 3º da Metafísica, de onde advém seu método de trabalho *aporético*. O termo aporia designa precisamente "a falta de um caminho, a situação problemática que não é possível eliminar". Tem a tópica por finalidade fornecer indicações de como comportar-se em tal situação.[11]

Isto posto, Viehweg distingue uma tópica de primeiro grau de outra de segundo grau. Configura-se a primeira quando, em face de um problema, procede-se de modo simples, "tomando-se, por meio de tentativas, pontos de vista mais ou menos casuais, escolhidos arbitrariamente", como sucede na vida diária, segundo mostra a observação. Posteriormente, a investigação conduz a determinados pontos de vista diretivos. Tendo em vista a insegurança derivada deste modo de proceder, busca-se apoio em "um repertório de pontos de vista preparados de antemão", produzindo-se catálogos de *topoi* configuradores da tópica de segundo grau.

Há, por outra parte, *topoi* aplicáveis a todos os problemas pensáveis, constituindo generalizações muito amplas, como há outros aplicáveis tão-só a determinado círculo de problemas. A função de uns e outros é a mesma, isto é, de servir a uma discussão de problemas, à vista dos quais se mostram adequados ou inadequados. Sua função é muito especial naqueles círculos de problemas que se caracterizam por não perder seu caráter problemático. Produzindo-se mudanças de situações, faz-se necessário o encontro de novos dados para resolver os problemas. É sempre a partir destes que os *topoi*, que intervêm com caráter auxiliar, encontram seu sentido, "conforme um entendimento que nunca é absolutamente imutável", devendo ser "entendidos de um modo funcional, como possibilidades de orientação e como fios condutores do pensamento". Deve-se ter em mente que "grandes conseqüências não se conciliam bem com sua função, motivo pelo qual o peso lógico das tramas de conceitos e de proposições elaboradas pelos *topoi* é sempre pequeno".

Tal estilo de pensamento, "que prepara pontos de vista gerais e catálogos de pontos de vista para as questões que se podem colocar, é pouco apreciado pela ciência moderna". Sua inegável importância para a compreensão do pensamento humano é negligenciada, em virtude de só permitir "deduções de curto alcance", o que se deve à sua constante vinculação ao problema.

Embora o modo de pensar problemático seja esquivo às vinculações, não as pode renunciar por completo, tendo por algumas delas especial interesse. Assim, "a ninguém é dado conduzir uma prova objetiva sem lograr estabelecer com seu interlocutor, pelo menos, um círculo batiza-

8 Ibid., p. 25-7. O grifo é nosso.

9 Ibid., p. 31.

10 Ibid., p. 27-31.

11 Ibid., p. 33. O grifo é nosso.

do pelo interesse comum. A atividade processual, por exemplo, ensina isto diariamente ao jurista (...) Os *topoi* e os catálogos de *topoi* têm uma extraordinária importância no sentido da fixação e construção de um entendimento comum". A construção deste pode ser entendida, em outro nível, nos diálogos platônicos, "em que Sócrates vai criando, por meio de uma técnica de perguntas, efeito bastante peculiar, aqueles acordos de que necessita para suas demonstrações"[12].

Por outra parte, o domínio do problema exige flexibilidade e capacidade de alargamento. "Em caso de necessidade, os pontos de vista, que até um determinado momento eram admissíveis, podem considerar-se expressa ou tacitamente como inaceitáveis. A observação ensina, contudo, que isto é muito mais difícil e raro do que se pode supor, ao menos em determinados campos. Custa muito trabalho tocar naquilo já fixado. Não obstante, também, neste ponto, *o modo de pensar tópico presta um auxílio muito valioso sob a forma de interpretação*. Com ela, abrem-se novas possibilidades de entendimento melhor sem lesar as antigas". Mantendo-se as fixações já realizadas, pode-se submetê-las a novos pontos de vista, dando-lhes novo rumo, para o que a interpretação é uma parte da tópica bastante apropriada. O debate permanece sendo a única instância de controle. "*O que em disputa ficou provado, em virtude da aceitação, é admissível como premissa. Isto pode parecer inicialmente muito arriscado. Porém é menos inquietante se se tem em conta que os que disputam dispõem de um saber que já experimentou prévia comprovação (...) Desta maneira, a referência ao saber 'dos melhores e mais famosos' encontra-se também justificada.* Com a citação de um nome, faz-se referência a um complexo de experiências e de conhecimentos humanos reconhecidos, que não contém só uma crença, mas a garantia de um saber no sentido mais exigente. Em outras palavras: no terreno do que é conforme às opiniões aceitas, pode-se aspirar também a um efetivo entendimento, e não a uma simples e arbitrária opinião".

Por tudo, evidencia-se a adversidade da tópica relativamente ao sistema dedutivo: "construído a partir de si próprio, o sistema de proposições deve ser compreensível por si só, quer dizer, a partir da explicação lógica de suas proposições nucleares. Esta não pode ser alterada, tendo em vista uma eventual modificação da situação problemática (...)". **Vico sintetizou bem o procedimento, chamando-o *methodus*, "em cujo princípio tem de haver um *primum verum*, se não se quer que seja o sutil desenvolvimento de um erro". Isto faz com que, logrando-se estabelecer um sistema dedutivo, "a que toda ciência, do ponto de vista lógico, deve aspirar, a tópica tenha de ser abandonada. Talvez na seleção das proposições centrais possa conservar, todavia, alguma importância, ao menos em determinados campos". Tratando-se de dedução, "suas proposições são demonstráveis de modo inteiramente lógico e rigoroso, quer dizer, 'verdadeiras' ou 'falsas', no sentido de uma lógica bivalente. Valores como 'defensável', 'ainda defensável', 'dificilmente defensável', 'indefensável', etc., carecem aqui de sentido". Pertencem estes ao domínio da tópica, cujas proposições apenas "em uma medida muito insuficiente podem ser aferíveis logicamente". São, em todo caso, *discutíveis*, motivo pelo qual, nela, "todo interesse reside em configurar esta discutibilidade do modo mais claro e simples possível"[13].

3. ASPECTOS HISTÓRICOS

A seguir, Viehweg examina o pensamento tópico no *ius civile* romano, no *mos italicus* e face à "Dissertatio de arte combinatoria", de Leibniz [14].

No que toca ao primeiro, começa por observar que, "para um espírito sistemático, o *ius civile* constitui, como é sabido, uma desilusão bastante grande", eis que, "nele, dificilmente se encontram conjuntos de deduções de grandes abrangência". Apoiado na autoridade de ilustres romanistas, conclui que se utiliza da técnica característica da tópica, cujo espírito situa-se em colecionar pontos de vista e reuni-los, posteriormente, em catálogos, "que não estão organizados por nexo dedutivo, e, por isso, são especialmente fáceis de ser ampliados e completados". De resto, à época, "as positivações são evitadas na medida do possível. Bons exemplos disto são não só o escasso número de leis que se editam durante um período de tempo tão grande, mas, tam-

12Ibid., p. 36-8, 40-1.

13Ibid., p. 41-4.

14Ibid., p. 45-73.

bém, especialmente, a elástica e notabilíssima *lex annua* do Pretor, que só se cristalizou de modo definitivo no Édito de Adriano". Demais, a retórica foi, já a partir do ano 100 a.C., "também em Roma, a principal cadeira para a formação cultural daqueles estratos sociais de que procediam os juristas", o que contribuía para marcar de modo indelével a *forma mentis* do romano, tanto quando exercia funções jurídicas quanto políticas.[15]

Quanto ao *mos italicus*, "os pós-glosadores ou comentadores, como seus predecessores, os glosadores bolonheses, estavam familiarizados com a tópica, o que é evidenciado por sua formação cultural. Antes que se pudessem dedicar aos estudos especiais, deviam estudar as *septem artes liberales.* No Trivium ocupavam-se da retórica e da tópica.

Na jurisprudência medieval, havendo desacordo entre os textos legais *(dubitationes*), buscados para a solução dos problemas ocorrentes, iniciava-se a respectiva discussão (*controversia*), tendo em vista uma solução (*solutio)* para o encontro de concordâncias, mediante a ordenação de autoridades (um dos *topoi* mais importantes do mundo medieval). Se os textos em questão tivessem a mesma hierarquia, fazia-se a *distinção* (diferenciação) e, conexa a ela, a *divisão* (partição), estabelecendo-se uma ordem, "na qual cada um dos textos se mantém dentro do limitado círculo de validade que se lhe atribui", o que, sem dúvida, reclama a *invenção* (tópica). "Os *topoi* retóricos gerais – semelhante e contrário (*similia, contraria*) – servem de guia para este fim".

Dentro deste modo de pensar, em que as distinções são fundamentais, percebe-se o esforço contínuo "em encontrar argumentos para a resposta, o que propicia a introdução, num mesmo estado de coisas, de pontos de vista muito diferentes. É, como se vê, o contrário de um espírito (...) apropriado para a formação de um sistema"[16].

Sob o título *Tópica e ars combinatoria*, Viehweg põe em evidência o esforço de Leibniz, que estudou Direito segundo o *mos italicus* (a Faculdade de Direito de Leipzig a ele se manteve fiel, durante largo tempo) "para fazer concordar o tradicional estilo de pensamento da Idade Média com o espírito matemático do século XVII". Isto se constata não na "Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae", (1667), mas na "Dissertatio de arte combinatoria", em que pretende que a *tópica* possa ser "colocada sob controle aritmético", buscando colocar "a relação do todo com a parte no centro do pensamento", idéia muito antiga, "transmitida como *topos* na formação retórica (encontrável em Cícero), experimentando configuração teórica de maior envergadura, mais tarde, com Hegel" [17].

4. A TÓPICA E A SISTEMATIZAÇÃO DEDUTIVA

A seguir, Viehweg confronta a axiomática (sistematização dedutiva) com a tópica, examinando os dois estilos de pensamento do ponto de vista de uma teoria da ciência, tratando de aferir qual deles melhor se ajusta ao Direito.

Consiste o primeiro em "ordenar, de acordo com sua dependência lógica, de um lado, os enunciados, e, de outro, os conceitos de uma área qualquer (não-lógica)". É este inadequado ao Direito, pois só se fosse possível colocar todos os "assuntos jurídicos sob alguns axiomas e conceitos fundamentais unitários e fazer o mesmo com o âmbito total do Direito Positivo em questão", seria possível "falar de uma completa fundamentação lógica do Direito e de um sistema jurídico no sentido lógico". Isto nunca foi realizado, "ainda que sua existência seja pressuposta usualmente em nosso pensamento jurídico". Se fosse factível, caberia indagar "até que ponto o sistema teria logrado eliminar a tópica", sendo "evidente que esta eliminação não se dá na escolha dos axiomas", pois "determinar quais são os princípios objetivos que serão selecionados é, do ponto de vista lógico, algo claramente arbitrário", o mesmo podendo ser dito no que toca aos conceitos. Trata-se de uma ineludível *tarefa de invenção.*

Também, utilizando-se a ordem jurídica da linguagem comum, nela opera sempre uma *tópica oculta*, uma vez que "algumas conclusões semelhantes conduzem, com freqüência, a interpretações variadas e encobertas". O tecido jurídico total efetivamente "não é um sistema

15 Ibid., p. 45-57, espec. p. 45, 51-2, 55.

16Ibid., p. 59-69, espec. p. 59, 62-3, 689.

17Ibid., p. 71-3.

no sentido lógico. É antes uma indefinida pluralidade de sistemas, cujo alcance é muito diverso – às vezes não passa de escassas deduções –, e cujas relações recíprocas não é tampouco estritamente comprovável". O sistema lógico só existiria "no caso de a pluralidade de sistemas ser reduzida a um sistema unitário". Dada a pluralidade, é possível a ocorrência de contradições, fazendo-se necessário "um instrumento que as elimine", o que se dá através da *interpretação*: "há que estabelecer, em caso de necessidade, conexões por meio de interpretações que sejam aceitáveis e adequadas". É "*pela interpretação* exigida pelo estado efetivo do Direito" que a tópica se infiltra no sistema jurídico. Tendo em vista as constantes modificações temporais de significado da ordem jurídica e a existência de uma quantidade residual de casos não considerados pelo legislador, faz-se necessária "uma interpretação adequada que modifique o sistema, através de uma extensão, redução, comparação, síntese, etc.", o que demonstra a insuficiência de sua pretensa perfeição lógica.

Também a linguagem natural, presente no ordenamento jurídico, vista sob outro ângulo, exige a atuação da tópica. Apreendendo ela "incessantemente, novos pontos de vista inventivos", evidencia sua flexibilidade, mas põe ao mesmo tempo em perigo o sistema dedutivo, "pois os conceitos e as proposições que se expressam por meio de palavras não são confiáveis do ponto de vista da sistemática (...). Perde-se totalmente o ponto de partida, quando, em caso de necessidade, se faz referência ao sentido de uma palavra", o que acontece repetidamente na Ciência do Direito.

Outra forma de intervenção da tópica ocorre precisamente onde o sistema jurídico vincula-se à realidade. O "estado de coisas" necessita uma interpretação para que possa ser enquadrado no sistema jurídico. Há, na aplicação do Direito, uma recíproca aproximação entre os fatos e o ordenamento jurídico.

Em suma, "onde quer que se olhe, encontra-se a tópica, e a categoria do sistema dedutivo aparece como algo bastante inadequado, quase como um impedimento para a visão". Não resta dúvida de que "o centro de gravidade das operações reside, de modo predominante, na interpretação, em sentido amplo, e, por isto, na invenção". Verdade é que a tópica, cuja conexão com a retórica é inegável, tem sido sempre cultivada pelos juristas. O que sucede é que, hoje, ela está por detrás de uma teoria, "que atua como um corpo estranho e que se torna tanto mais problemática quanto mais progride a investigação lógico-científica. É a lógica tão indispensável em nosso terreno quanto em qualquer outro (...). Porém, no momento decisivo tem de conformar-se em ficar em um segundo plano. O primeiro cabe à *ars inveniendi*, como pensava Cícero, quando dizia que *a tópica precede a lógica*".

O intuito de tornar científica a *téchne* jurídica, mediante a dedução lógico-sistemática, tropeça na dificuldade anteriormente esboçada: "os próprios axiomas, como proposições nucleares do Direito, continuariam sendo (...) logicamente arbitrários e as operações para escolher um axioma, e não outro, conservariam um inevitável resíduo tópico".

Pelo conjunto das circunstâncias alinhadas, "a axiomática não é suficiente para captar plenamente a estrutura da argumentação"[18].

Apoiado na doutrina alemã, referida nas notas ao § 8º da "Tópica e Jurisprudência", Viehweg entende que, no Direito Civil, como alhures, o raciocínio tópico deve ser prevalente.

Embora a economia do pensamento prefira um procedimento que prometa "fornecer um máximo de teoremas corretos e aplicáveis, partindo de um mínimo de proposições centrais", a quotidiana experiência do jurista a contraria. *A escolha das premissas* orientadoras do raciocínio faz-se "como conseqüência do modo de entender o Direito, à vista da aporia fundamental". Toda a vez que a dedução produza resultados não satisfatórios à solução da questão central proposta, "é preciso interrompê-la por meio da invenção". Os *topoi* são buscados em face do problema, e devem renovar-se sempre que este o exigir, em face do qual também deve aferir-se a utilidade e conveniência da utilização dos conceitos e proposições jurídicas. A *arte do Direito* deve orientar-se por sua constante reconstrução, cuidando de sua solidez, sem descurar de sua flexibilidade. Para isto, a Ciência do Direito há de ser móvel, em conformidade com as inúmeras situações que há de ter em conta. Se a tessitura de conceitos e proposições impedir a postura aporética, não deve ser utilizada. Convém, antes, à Ciência do Direito, "uma variedade assistemática de pontos

18 VIEHWEG, Theodor, op. cit., p. 75/85, espec. p. 77-8, 81-5. O grifo é nosso.

de vista", cuja qualificação como princípios não é inteiramente correta. Melhor seria designá-los *proposições diretivas* ou *topoi*[19].

Por esta forma, o que anteriormente fora consignado, a propósito do Direito Romano, vale para o Direito em geral, a saber: "este modo de trabalhar se caracteriza sobretudo porque permite aos juristas entender o Direito, não como algo que se limitam a aceitar, mas como algo que constroem de uma maneira responsável" [20].

Em escrito posterior, Viehweg ratifica a necessidade da tópica, uma vez que "as determinações mais importantes (tanto jurídicas quanto políticas) realizam-se sempre no plano da argumentação". Demais, melhor se ajusta a tópica à rápida modificação do contexto histórico presente, caracterizado pelo dinamismo da técnica, o que impossibilita tentar validamente apreendê-lo através de um modelo já concluído. Impõe-se, ao revés, um pensamento em contínuo fazer-se, "ativo e ativante", que é, precisamente, aquele de tipo tópico.[21]

5. VALORIZAÇÃO DA TÓPICA

Para bem entender-se o ponto de vista de Viehweg a respeito da Ciência do Direito, deve-se refazer a moldura histórica e o panorama jurídico em que surgiu, de que já foram feitas indicações, neste trabalho. Trata-se, agora, de complementá-las e melhor esclarecê-las.

A idéia de *sistema*, no Direito, tendo vindo à luz sob a inspiração do racionalismo jusnaturalista, firma-se com o constitucionalismo escrito do século XVIII e com a codificação, no século XIX, a que haveria de corresponder a grande elaboração doutrinária positivista, levada a efeito com especial relevo na França e na Alemanha. Às suas motivações ideológicas[22] veio somar-se o extraordinário sucesso da lógica formal na matemática e nas ciências naturais, "a ponto de eclipsar outros métodos de raciocínio, chegando a ameaçá-los de esquecimento"[23].

Na Alemanha, "com a escola de Savigny, o caráter de sistema, atribuído ao Direito, seria também o fundamento da cientificidade do saber jurídico"[24]. Na obra deste jurista patenteou-se o "caráter formal-dedutivo do sistema", levando o sistema jusnaturalista ao seu apogeu, no correr do século XIX[25]. Na continuação deste processo, na linha que vai de Savigny a Ihering, "se implantaria o conceito de 'construção', onde mais uma vez o racionalismo tentaria abranger os dois planos, o da ordem positiva e o do saber científico (...). A pandectística, fruto de um enorme labor científico, consagraria um modelo que pareceu definitivo"[26].

Neste movimento de idéias, característico do século XIX, em que sobressai a construção sistemática, tanto no Direito Positivo quanto na elaboração teórica, encontram-se, sem dúvida, referências doutrinárias sobre a importância da interpretação no Direito. Mas, "perdeu-se de vista o papel essencial da *hermenêutica*, centrando-se sobre a idéia de ordem o conceito de Direito", até que, na segunda metade do século XX, com a "consciência de crise" que, então, toma corpo, veio-se "a questionar direta ou indiretamente a noção de sistema, inclusive com a opção pelo

---

19 Ibid., p. 87-99, espec. p. 87, 90-1, 94-5, 98-9.

20 Ibid., p. 50, 119, notas 14-6.

21 VIEHWEG, Theodor. Las Ventajas de la Topica. Revista Juridica de Buenos Aires, Buenos Aires, (1-3): 19-24, 1968, espec. p. 23/4.

22 Vide supra, nº 1.

23 STONE, Julius. Legal System and Lawyers Reasonings. Sidney: Maitland Publications, 1968. p. 333.

24 SALDANHA, Nelson. "O Componente Hermenêutico sobre a Necessidade de Repensar a Noção de Direito". In:__. "Estudos de teoria do Direito". Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1994. p. 79.

25 FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Conceito de Sistema no Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. p. 29-30.

26 SALDANHA, Nelson, op. cit., p. 78-80. Ainda, na Alemanha, a idéia de sistema revelou-se, de modo marcante, com a "pirâmide de conceitos" de Puchta, enfatizando "o caráter lógico-dedutivo do sistema jurídico, enquanto desdobramento de conceitos e normas abstratas, da generalidade para a singularidade, em termos de uma totalidade fechada e acabada", constituindo traço característico da Ciência Jurídica dos conceitos (Begriffsjurisprudenz). Com a Ciência Jurídica dos interesses (Interessen¬jurisprudenz) "o sistema não perde seu caráter de totalidade fechada e perfeita, mas perde sua qualidade lógico-abstrata". Ferraz Júnior, Tércio Sampaio, op. cit., p. 33-4.

problema, tal como proposta no breve e famoso livro de Viehweg ("Tópica e Jurisprudência"). Autores de peso começam a falar em *decodificação* do Direito"[27].

É nesse contexto, cuja projeção chega a nossos dias, que pode ser apreendido o significado do trabalho de Viehweg, tendo por eixo "o caráter *tópico*, isto é, *problemático* – numa linha de dialética do razoável – da Ciência do Direito, que seria, assim, infensa ao saber dedutivo-sistemático"[28].

Em oposição à dedução, a partir de um número limitado de premissas, o raciocínio a partir dos *topoi* (pontos de vista relevantes) compreende um universo discursivo *aberto*, "embora o fluxo dialético possa ser entremeado por passos dedutivos subsidiários. Nestas condições, os argumentos retóricos fornecem provas só em um sentido amplo. À diferença das provas pela via dedutiva, dentro de um sistema fechado de premissas, elas não são nem rigorosas nem necessárias". Destinam-se a persuadir, em termos retóricos, tendo em vista a situação real, considerada a sua peculiaridade histórica.[29]

Por conseguinte, as premissas fundamentais do raciocínio "legitimam-se pela aceitação daqueles que intervêm no debate". Como cada um se orienta no sentido "da oposição previsível do adversário, (...) vale aquilo que é admitido por todas as partes". Trata-se de algo que, ao menos para este círculo de pessoas, é tido como evidente. "Deste modo, em relação ao problema posto, as premissas são qualificadas como 'relevantes', 'irrelevantes', 'admissíveis', 'inadmissíveis', 'aceitáveis', 'inaceitáveis', 'defensáveis', 'não defensáveis', etc., podendo, inclusive, ser classificadas em grau intermédio, como 'pouco defensáveis', ou 'ainda defensáveis'. A discussão é a (sua) única instância de controle". Nestas condições, a tópica não pressupõe um sistema dedutivo. "Sua ligação com o problema faz com que a dedução se mantenha em limites modestos"[30].

O ponto alto da contribuição da "Tópica e Jurisprudência" acha-se na ênfase atribuída à interpretação e aplicação do Direito, através do pensamento aporético, conducente à *invenção*, centrado no problema.

A mensagem da tópica, sob este aspecto, vem ao encontro da necessidade de, sem abandonar o sistema sem o qual o Direito, hoje, não é pensável[31], repensar o conceito de Direito a partir de seu componente hermenêutico, de conseqüências teórico-práticas da maior relevância, como proficuamente vem apontando Nelson Saldanha, pois "não cabe falar do Direito como algo completo, como um objeto inteiriço, ao qual se vem agregar a interpretação". Trata-se de ampliar o conceito de Direito, preferindo seu aspecto dinâmico ao estático. É que "o jurista, ao qual cabe a visão específica do Direito, depende do Direito Positivo como referente objetivo, mas a positividade da ordem jurídica não seria inteligível sem as significações que cabe ao jurista *manter* e *questionar*"[32].

A controvérsia quanto à "Tópica e Jurisprudência" situa-se na reserva, senão na oposição de seu autor ao aspecto sistemático da Ciência do Direito, ao mesmo tempo em que enuncia as vantagens da tópica. A ênfase atribuída a esta é, efetivamente, de tal ordem que se pode concluir não tratar-se de uma perspectiva complementar, pondo-se, ao revés, a necessidade de optar entre uma e outra forma de pensar e construir o Direito.

Entende Wieacker, no entanto, que qualquer dúvida que, a este respeito, se possa nutrir, deve ser atribuída ao caráter resumido desta obra, pois o texto não indica a pretensão de exclusividade do pensamento anti-sistemático, trazendo "contributos importantes para a pretensão,

---

27 SALDANHA, Nelson, op. cit., p. 80-2.

28 REALE, Miguel. Filosofia do Direito. p. 557, nota 13.

29 STONE, Julius, op. cit., p. 331.

30 RECASÉNS SICHES, Luis. Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX. México: Editorial Porruá, 1963. v. 2, p. 1.067. Neste autor acha-se fiel exposição do pensamento de Viehweg, tal como exposto na "Tópica e Jurisprudência". Deixa a desejar, no entanto, sob o ponto de vista crítico-valorativo.

31 A idéia de sistema é aqui entendida não no sentido estritamente dedutivo, mas enquanto "conexão interior de regras jurídicas". Coing, Helmut, op. cit.

32 SALDANHA, Nelson, op. cit., p. 85-7. O grifo é nosso.

hoje geralmente admitida, de um contínuo operar conjunto de processos indutivos-aporéticos e dedutivos-principais na dogmática do Direito"[33].

A melhor exposição crítica da "Tópica e Jurisprudência" foi feita por Larenz.[34]

Começa este jusfilósofo por afirmar que não pode a tópica, na busca de solução para o caso, dispensar "certos *critérios gerais*, na falta dos quais não seria sequer possível apreender o problema". Será sempre necessário confrontá-lo "com outros casos ou grupos de casos, em que se manifeste a mesma ou análoga problemática", para o que há de haver "determinados termos de comparação, determinada questionamento, que torne possível o confronto. Nessa medida, o próprio 'pensar problemático' não é só (embora, por essência, seja também) um pensamento *referido ao caso*"[35].

A segunda crítica consiste na imprecisão do que Viehweg denomina tópico jurídico, aparentemente por ele considerado "*toda e qualquer* idéia ou ponto de vista que possa desempenhar algum papel nas análises jurídicas, sejam estas de que espécie forem", do que resulta que cada autor associe ao termo tópico "uma representação pessoal"[36].

Larenz admite as restrições feitas ao "sistema lógico-dedutivo que oferecesse, já pronta, uma resposta para toda e qualquer nova questão jurídica – resposta a descobrir pela via da dedução lógica". Também concordando que a Ciência Jurídica parte sempre do problema, do caso, para dar satisfação à Justiça, pensa, entretanto, acertadamente, que "*Viehweg identifica demasiado precipitadamente o sistema lógico-dedutivo com o pensamento sistemático em geral*, e um pensamento que se mantenha aberto a novas questionações com a tópica"[37]. Esta objeção é fundamental e não parece poder ser respondida.

No que toca ao objeto da Ciência Jurídica, que Viehweg entende ser "simplesmente a questão do que é justo aqui e agora, em cada caso", objeta Larenz, em conformidade com a vivência quotidiana da aplicação do Direito, que "o caminho do jurista – abstração feita dos casos-limite, em que tem de remeter-se à sua valoração pessoal para chegar a decisões 'justas' – passa obrigatoriamente pelo Direito Positivo, que assume, assim, a função de mediador entre as postulações imediatamente evidentes da Justiça e a regulamentação efetiva de setores da vida ou de situações de conflito particulares". Não cabe ao Juiz realizar *imediatamente* a Justiça, "mas buscar uma decisão em harmonia com as regras do Direito Positivo e com os princípios de valor que lhe subjazem, com os critérios que reconhece como válidos e com as suas concretizações já presentes em decisões anteriores". Deste modo, a decisão judicial é "pertinente" ou "correta", podendo ser, no caso ideal, também "justa", quando o Direito Positivo estiver referido à Justiça, como seu "sentido próprio"[38]. Para este fim, "uma simples coleção de pontos de vista, que tenha valor equivalente, e não se relacionem uns com os outros não serve para nada – porque, então, a escolha (sempre deixada ao Juiz) do *tópico* que parece apropriado há de ser arbitrária e acidental". Não pode a Ciência Jurídica deixar de proceder *sistematicamente*, o que não quer dizer "que deva deduzir as regras ou os conceitos jurídicos uns dos outros, nem que a estrutura, cuja elucidação lhe incumbe, o *sistema interno* de uma ordem jurídica seja imutável e possa alguma vez ser completamente conhecido". Os problemas novos não podem ser ignorados e reclamam uma modificação do sistema, mas sua solução deve integrar-se no sistema, modificado, se necessário.[39]

---

33 WIEACKER, Franz. História do Direito Privado Moderno (Privatrechts¬geschichte der Neuzeit unter besonderer berücksichtigung der deutschen entwicklung). Trad. por A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980. p. 690-1, nota 48.

34 LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito (Methodenlehre der Rechts-wissenchaft). Trad. por José de Souza Brito e José António Veloso. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978. p. 179-86.

35 Ibid., p. 180.

36 Ibid., p. 183.

37 Ibid., p. 184.

38 Ibid., p. 185.

39 Ibid., pp. 185-6.

Para tanto, Larenz apresenta uma concepção de larga abrangência da Ciência do Direito. É ela, de fato, ciência, e não mera técnica ou tecnologia (embora também seja isto) "na medida em que desenvolveu certos métodos que se dirigem a um conhecimento racionalmente comprovável", embora não possa jamais atingir a "exatidão" que caracteriza a matemática e as ciências da natureza, nem afastar a circunstância de que muitos dos seus conhecimentos têm uma validade circunscrita no tempo. Trata-se de "uma ciência de compreensão" que tem a ver com determinado "material", nomeadamente com as normas e os institutos de certo Direito Positivo. Diz o que é *de direito*, aqui e agora, não estando ao seu alcance dizer o que é ou não justo *em si mesmo*. É ela responsável pela aplicação das normas ao caso individual, não podendo "eximir-se a uma reflexão que remonte aos princípios". A Ciência do Direito "tanto tem a ver com o transitório como tem a ver com o (mais ou menos) constante (. . .). O seu objeto tanto é o particular, e até o individual – a decisão (uma decisão 'sustentável', pelo menos) deste determinado caso – como o geral: o tipo, o instituto jurídico, a idéia geral, o conjunto de significações de todo um regime".

Verifica-se, em suma, a amplitude desta concepção da Ciência do Direito por "nunca contemplar uma norma isoladamente, mas sua conexão com seu sentido e fim, *com o seu conteúdo ético-jurídico e com a sua repercussão social, com as condições históricas em que surgiu e com o seu desenvolvimento em nossa época*. Donde ter sempre de estabelecer uma *ligação entre vários aspectos*: o histórico, o sociológico e o sistemático ou, como dizia o jovem Savigny, o 'filosófico' ".[40]

A Ciência do Direito, assim concebida, pode auxiliar, de modo efetivo, o jurista a compreender, sistematizar, interpretar e aplicar a ordem jurídica, afeiçoando-a às necessidades sociais progressivamente configuradas.

Contra esta concepção pluridimensional da Ciência do Direito, acha-se a tentativa positivista de cisão do discurso jurídico em múltiplos setores, entre si incomunicáveis. Segundo ela, a atividade do jurista deve exaurir-se no conhecimento "puro" da ordem jurídica, sobre que lhe cabe formular somente juízos de constatação. Daí resulta singular empobrecimento da aplicação do Direito, circunscrita que fica a um automatismo indiferente ao valor e ao efeito social das normas jurídicas, inconciliável com a responsabilidade do jurista, especialmente do Juiz. A Ciência do Direito, assim descarnada, torna-se a-histórica, compondo um discurso ideológico, lamentavelmente veiculado pela literatura jurídica e reproduzido pelo ensino jurídico[41]. Trata-se de reconhecer a destinação social deste trabalho, orientando-o para a reconstrução das normas e conceitos jurídicos, em função do quadro histórico ao qual se destina.

6. O COMPONENTE IDEOLÓGICO DA CIÊNCIA DO DIREITO

Ademais, abrangendo o objeto da Ciência do Direito inclusive "o conjunto de significações de todo um regime"[42], não pode abstrair aquilo que de ideológico normalmente exprime. Negam-no aqueles que (ideologicamente) desejam fundar a sua cientificidade no "purismo" metodológico, segundo o qual lhe incumbe tratar da ordem jurídica pela ordem jurídica, independentemente de sua interação com o meio social, sobre que atua, mas também exprime.

"A ideologia atua no discurso jurídico como elemento estabilizador". Vendo-a de um ponto de vista funcional, percebe-se que "a linguagem ideológica é também valorativa". Mas, enquanto os valores constituem "critérios de avaliação de ações, a avaliação ideológica tem por objeto imediato os valores", tendo qualidade pragmática diferente. Ao passo que os "valores são expressões dialógicas, reflexivas e instáveis, a valoração ideológica é rígida e limitada", estabelecendo "uma instância que neutraliza as valorações, 'pervertendo-as' de certo modo, pois lhes retira a reflexividade". Assim, dentre outros aspectos, "determina finalidades, propósitos e metas do sistema, permitindo o controle da *mens legis* e sua interpretação", assim como "responde pela constituição de premissas, postulados, pontos de partida da argumentação jurídica, identificando certos requisitos que a ordem jurídica deve obedecer, como o caráter geral das normas, a sua irretroatividade, sua clareza, não-contraditoriedade, a exigência de promulgação, etc., forne-

40 Ibid., pp. XIII/XIV. O grifo é nosso.

41 AZEVEDO, Plauto Faraco de. Crítica à Dogmática Jurídica e Hermenêutica Jurídica. Porto Alegre: Fabris, 1989. passim, espec. p. 17-32.

42 LARENZ, Karl, op. cit., p. XIV.

cendo uma determinação das chamadas regras práticas de conteúdo evidente, regras éticas inquestionáveis".[43]

Do ponto de vista deste escrito, é fundamental lembrar que a ideologia "é movida pelo desejo de demonstrar que o grupo que a professa tem razão de ser o que é", e, para isto, *argumenta*[44]. Apresenta a ideologia um *caráter dóxico*, visto ser seu nível epistemológico o da opinião, da *doxa* dos gregos. Preferindo-se a terminologia freudiana, é ela "o momento da racionalização. É por isso que ela se exprime preferencialmente por meio de máximas, de *slogans*, de fórmulas lapidares. Também é por isso que *nada é mais próximo da fórmula retórica* – arte do provável e do persuasivo – *que a ideologia*". Ademais, como "é a partir dela que pensamos, mais do que podemos pensar sobre ela", é sempre possível que traduza a dissimulação, a distorção, "que se vincula, desde Marx, à idéia de imagem invertida de nossa própria posição na sociedade"[45].

O essencial, para a Ciência do Direito, como para qualquer outro setor de conhecimento, é que se tenha consciência do significado e potencialidades de atuação da ideologia. Só assim se pode buscar evitar o enclausuramento ideológico, que fecha o horizonte do possível, terminando por levar à ruptura entre o conceito e a realidade. Com a deformação ideológica, quer-se, consciente ou inconscientemente, não tocar nos problemas deste mundo.[46]

Sendo indiscutível o componente ideológico, na Ciência do Direito, trata-se de evitar que transcenda os limites do razoável. Para isto, seu trabalho tem que ser não só *analítico-descritivo*, mas também *crítico* e *construtivo*, atento aos interesses protegidos (e ignorados) pela ordem jurídica, assim como aos efeitos decorrentes de sua aplicação às situações concretas.

Também a teoria da argumentação apresenta claro vestígio ideológico, "na medida em que se vale da noção de 'opinião geralmente aceita' ", como adverte Luís Alberto Warat. E "a nova retórica somente dirá algo qualitativamente distinto do *corpus* aristotélico quando se der conta do argumento como produto social"[47].

Mas não é exato que a argumentação judicial seja "sempre uma instância reprodutora dos valores predominantes". Também deve ser nuançada a afirmativa de que "todo argumento judicial atende sempre a dois níveis retóricos: por seu intermédio justifica-se – uma decisão e um sistema. Nunca uma decisão ficará claramente justificada se não provoca simultaneamente a reiteração periférica do sistema"[48]. Com efeito, a argumentação judicial *tende* a reproduzir os valores predominantes, assim instrumentalizando o sistema político-jurídico a que corresponde, mas daí não se segue que, "cada vez que aceita um argumento, o receptor adere às opiniões dominantes, que estão na base do processo argumentativo"[49]. É possível aceitar os *topoi* tradutores de concepções dominantes na ordem jurídica, utilizando-se deles para chegar a resultados opostos àqueles por ela colimados. Como pode o argumento justificar a decisão, conduzindo, no entanto, à modificação do sistema político-jurídico, ainda que se mantenham suas linhas-mestras. Ocorre, então, um reordenamento ou uma revalorização, seja de aspectos periféricos, seja das coordenadas fundamentais da ordem jurídica, no sentido de sua melhor adequação ao quadro histórico.

Tal o que se passou com a ação da Suprema Corte norte-americana, a *Corte Warren*, ao declarar inconstitucionais "leis, regulamentos de estradas de ferro e de estabelecimentos públicos, regimentos internos de escolas, colégios, universidades (e de) posturas municipais, contendo normas de discriminação racial, em certas regiões dos Estados Unidos", por contrariarem tais nor-

---

43 FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Teoria da Norma Jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 155/58.

44 RICOEUR, Paul. Interpretação e Ideologias. Org., trad. e apresent. de Hilton Japiassu. Rio de Janeiro: Liv. Francisco Alves, 1977, p. 68.

45 Ibid., p. 69/70. O grifo é nosso.

46 DÍAZ, Elias. "Ideología y Derecho; para una Crítica de la Cultura Jurídica Burguesa". In:__"Legalidad-Legitimidad en el Socialismo Democrático". Madrid: Civitas, 1978. p. 189-90.

47 WARAT, Luís Alberto. Mitos e Teorias na Interpretação da Lei. Porto Alegre: Ed. Síntese, 1979. p. 119-20.

48 Ibid., p. 121.

49 Ibid., p. 120.

mas estaduais o estatuto fundamental do País, notadamente sua XIV emenda, seção I, onde se acha formulado o *topos* da *igual proteção das leis* a todos os cidadãos norte-americanos.[50]

Não é possível negar que da utilização dos *topoi* venha a resultar, com freqüência, o fortalecimento da ordem jurídica e do sistema econômico-político que ela traduz. Todavia, não é menos verdade que são muitos os exemplos em que, embora robustecendo-se, a ordem jurídica se humaniza, permitindo a reordenação dos interesses por ela regulados.

O mesmo "Direito alternativo", buscando utilizar-se da ordem jurídica para favorecer interesses por ela desconsiderados ou menosprezados[51], através de um de seus destacados defensores, recomenda "buscar o justo no caso concreto, com a superação do legalismo". Trata-se de usar o pensamento tópico, ampliando os "conceitos já estabelecidos numa ótica libertadora", tendo o Juiz consciência da significação de seu trabalho no quadro social concreto, vendo o Direito de modo totalizador e comprometido com o avanço social.[52]

O pensamento tópico, tendo tido o mérito de recolocar em evidência o problema – o caso concreto com suas peculiaridades – e os pontos de vista destinados à sua discussão e solução, ajuda o jurista a resguardar-se da tentação de proceder de modo lógico-dedutivo, mas não o põe ao abrigo da incidência da ideologia no pensamento jurídico. Para que a Ciência do Direito não se converta em reprodução obstinada do *statu quo*, só lhe resta ser crítica e construtiva, conjugando o pensamento sistemático e o tópico, utilizando-os complementarmente, à vista dos dados sociais reais, em função de que se desdobra sua atividade. Isto não pode ser feito sem transcender a identificação, feita por Viehweg, entre pensamento lógico-dedutivo e sistemático[53]. Admitido que a Ciência do Direito não pode renunciar à idéia de sistema, indispensável ao encontro da conexão interna e do sentido das normas jurídicas[54], há que ter em vista aquilo que de tópico o raciocínio jurídico contém, sobretudo perceptível na interpretação e aplicação do Direito. Servirá, ao menos, a tópica, para que o pensamento sistemático não se transmute em lógico-dedutivo-conceitual, levando àquilo que Vico qualificava de depravação do humano.[55]

---

50 MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. Elementos de Teoria Geral do Direito. Belo Horizonte: Vega, 1972. p. 22/3. Rodrigues, Lêda Boechat. A Côrte Suprema e o Direito Constitucional Americano. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 229-304, 335.

51 WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico. São Paulo: Acadêmica, 1991. p. 66; __.Pluralismo Jurídico; Fundamentos de uma Nova Cultura no Direito. São Paulo: Alfa Omega, 1994. p. 271.

52 CARVALHO, Amílton Bueno de. Jurista orgânico: uma Contribuição. In: . Magistratura e Direito Alternativo. São Paulo: Ed. Acadêmica, 1992. p. 38/45-48.

53 LARENZ, Karl, op. cit. acima, nota 32.

54 COING, Helmut, op. cit. acima, nota 1, p. 35.

55 VIEHWEG, Theodor, op. cit. acima, nota 3.

O SUPERENDIVIDAMENTO DO CONSUMIDOR NOS PAÍSES MEMBROS DO MERCOSUL

Cristina Stringari Pasqual[1]
Anizio Pires Gavião Filho[2]

SUMÁRIO: 1.Introdução. 2. O fenômeno do superendividamento e a proteção do consumidor. 2.1 Os contratos de crédito ao consumidor e a proteção do superendividado. 2.2 O devedor superendividado: conceito e espécies. 2.3 O superendividamento no Direito Comparado. 3. O contrato de crédito ao consumidor nos países membros do Mercosul e o superendividamento. 3.1 A tutela legislativa dos contratos de crédito ao consumidor nos países membros do Mercosul. 3.2 A inexistência de previsão legislativa específica sobre superendividamento. 3.3 A inviabilidade de harmonização legislativa. 4.Considerações Finais. Referências

1. INTRODUÇÃO

Na atual sociedade de massas as operações de crédito têm se tornado cada vez mais freqüentes, sendo possível observar a existência de contratos de crédito em todas as classes sociais, desde as menos favorecidas até as mais abastadas.

Através do oferecimento massivo do crédito despertado desde o final do século IXX, mas principalmente no século XX nos Estados Unidos da América, buscou-se promover a melhoria da qualidade de vida dos cidadãos, mediante a antecipação dos rendimentos futuros, e assim um maior desenvolvimento no plano macro-econômico.[3]

A proliferação do crédito ao consumo, todavia, não gerou somente efeitos positivos, como a obtenção de bens e o desenvolvimento econômico. Com a possibilidade de aquisição de produtos e serviços mediante pagamento futuro, surgiu um aspecto negativo da facilitação do crédito: o endividamento[4] ou multiendividamento dos consumidores, ou seja, a criação de saldo devedor resultante de uma ou mais dívidas capazes de levar o sujeito à insolvência total e assim o tornar impossibilitado de pagar o conjunto dedívidas vencidas e vincendas, mediante os rendimentos do agregado familiar.[5] Fala-se na insolvência civil ou falência civil do devedor por estar superendividado.

Importante um exame mais aprofundado sobre o tema, pois afinal não restam dúvidas que o superendividamento como fenômeno atual de nossa sociedade surge como conseqüência da utilização do crédito ao consumidor[6], atividade comum e legítima, indispensável ao desenvolvimento econômico, e muitas vezes até mesmo solucionador de problemas importantes.

---

1 Advogada, professora da Faculdade do Ministério Público, doutora e Mestre em Direito pela UFRGS, especialista em Direito Processual Civil pela PUCRS.

2 Procurador de Justiça, RS. Doutor e Mestre em Direito pela UFRGS, Professor da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP.

3 LEITÃO MARQUES, Maria Manoel *et alli*. *O Endividamento dos Consumidores*. Lisboa: Almedina, 2000, p. 16.

4 Nesse sentido LEITÃO MARQUES *et alli*, *op. cit*., p. 1.

5 DIEZ, Ivan Jesús Trujillo. *El sobreendeudamiente de los consumidores*. Granada: Editorial Comares, 2003, p. 12.

6 LUCCA, Newton de. *Análise do Crédito ao Consumidor no Direito Brasileiro*. Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados, vol. 158, mai.-jun., 1997, p. 85-103.

O estudo do superendividamento não pode ser considerado novo, afinal a matéria vem sendo já há algum tempo analisada em alguns países[7], tendo em vista sua relevância na sociedade atual. Na União Européia desde 1987 identificou-se uma preocupação efetiva com o tema do "crédito ao consumo", sendo que apesar de até o momento não existir Diretiva que trate especificamente do superendividamento, no ano de 2001 foi aprovada a Resolução do Conselho, relativa ao crédito e ao endividamento dos consumidores, evidenciando a importância e preocupação com o tema.[8]

Diante da importância e atualidade da matéria, faz-se necessária sua análise como situação jurídica que hoje deve efetivamente ser reconhecida e assim identificar-se suas características, origem e espécies. Ainda, importante examinar a aplicabilidade da tutela do superendividado, seja no âmbito nacional, como internacional.

Ao se referir o âmbito internacional importante destacar o papel ocupado pela matéria nos países membros do Mercado do Cone Sul, e a necessidade de verificação quanto a se há disciplina específica sobre o tema, ou pelo menos a existência de uma orientação jurídica.

Assim, busca-se com o presente trabalho, examinar a realidade atual do tema do superendividamento, as regras aplicáveis na tutela do superendividado, a existência ou não de um tratamento específico nos países que compõem o mercado comum do sul, assim como se há uma tutela no âmbito do Mercosul.

A fim de atingir o objetivo que se busca, o presente trabalho será dividido em duas partes: a primeira dedicada a examinar o fenômeno do chamado superendividamento, suas características e espécies, assim como a contribuição trazida pelo direito comparado sobre a matéria.

Na segunda parte será examinada a posição ocupada pelo tema atualmente nos países que compõem o Mercosul, buscando-se identificar se existe disciplina legislativa própria e qual a solução adotada ou a adotar-se no âmbito do Mercosul.

2. O FENÔMENO DO SUPERENDIVIDAMENTO E A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

Como bem destaca Cláudia Lima Marques, o endividamento frente a um fornecedor é algo inerente à vida na sociedade de consumo, independentemente da classe social, pois ao consumir produtos ou serviços, os consumidores estão assumindo dívidas, que podem ser presentes ou futuras.[9]

O maior acesso ao crédito, como já mencionado, trouxe entre suas consequências o aumento do endividamento dos consumidores. O crédito facilitado trouxe grandes benefícios, mas também fez com que o fenômeno do superendividamento se apresentasse com grande intensidade exigindo uma intervenção do Estado em prol do sujeito vulnerável na relação.

---

7 PEREIRA, Wellerson Miranda. *Superendividamento e crédito ao consumidor: reflexões sob uma perspectiva de direito comparado*. Direitos do Consumidor Endividado, coordenação Cláudia Lima Marques e Rosângela Lunardelli Cavallazzi. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006, p. 158 a 190 e KILBORN, Jason J. *Comportamentos econômicos, superendividamento; estudo comparativo da insolvência do consumidor: buscando as causas e avaliando soluções*. Direitos do Consumidor Endividado, coordenação Cláudia Lima Marques e Rosângela Lunardelli Cavallazzi. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006, p. 66 – 104.

8 Resolução do Conselho da União Européia de 20/12/2001, relativa ao crédito e ao endividamento dos consumidores, a qual evidencia a preocupação na Comunidade Européia com o superendividamento, trazendo, inclusive expressamente o seguinte: "14. CONSIDERA que é necessário que uma eventual cooperação europeia em matéria de estudo e prevenção do sobre-endividamento possa basear-se em informações regulares e rigorosas, tanto estatísticas como económicas, jurídicas ou sociológicas, que poderiam apoiar-se nomeadamente nas estatísticas recolhidas no âmbito dos trabalhos efectuados em matéria de indicadores sobre a pobreza e a exclusão social, bem como sobre os rendimentos e as condições de vida; 15. CONVIDA os Estados-Membros e a Comissão a analisar logo que possível as vias e meios para garantir o acompanhamento da evolução do endividamento e do sobre-endividamento dos consumidores no âmbito do mercado interno, graças a uma troca de informações a nível europeu, nomeadamente em relação ao nível de endividamento e às boas práticas; 16. CONVIDA a Comissão a prosseguir os seus esforços para levar a cabo estes objectivos."

9 MARQUES, Cláudia Lima. *Algumas perguntas e respostas sobre prevenção e tratamento do superendividamento dos consumidores pessoas físicas.* Revista de Direito do Consumidor, vol.75, jul.-set., 2010, p. 12.

O fenômeno do superendividamento foi se apresentando como situação real e por isso merecedora de tutela jurídica, mediante a imposição de deveres aos fornecedores e direitos especiais aos consumidores quando da contratação do crédito, a fim não só de prevenir o endividamento, como também estabelecer mecanismos de correção no contrato e de minimização dos efeitos de um possível inadimplemento por insuportabilidade da manutenção do negócio.

2.1 Os contratos de crédito ao consumidor e a proteção do superendividado

É sabido que o crédito ao consumo se tornou uma prática cotidiana, facilitando enormemente a aquisição de produtos e serviços, proporcionando uma satisfação atual, com pagamento futuro.

A concessão de crédito se perfectibiliza mediante os chamados contratos de créditos, ou seja, negócios bilaterais que proporcionam o recebimento de bem ou serviço, sem o cumprimento da respectiva contraprestação de imediato, pois esta será cumprida o futuro e normalmente em parcelas distribuídas no tempo.

Entre tais contratos podemos destacar exemplificativamente, o leasing, os cartões de crédito, o mútuo bancário, o financiamento, entre outros, todos criando uma relação contratual que deve se desenvolver de forma equilibrada, a fim de se atingir o objetivo de toda e qualquer vínculo obrigacional: sua extinção pelo adimplemento.

A utilização de tais contratos tem se acentuado cada vez mais na sociedade de massas em que vivemos, pois muitas vezes em razão das técnicas agressivas de marketing e das inovações tecnológicas verificam-se o surgimento de novas necessidades, distintas daquelas consideradas básicas. Tais necessidades acabam atingindo as camadas da população com menos possibilidades econômicas e sociais, que em virtude de suas condições financeiras utilizam seguidamente das vendas a prestações, pois se apresentam como única forma de aquisição de bens e serviços, como exemplificativamente televisão, aparelhos de som, computador, viagens, cursos; como também atingem aquele grupo privilegiado que vai se utilizar do crédito para aquisição de imóveis, de um automóvel novo ou outros bens de valores consideráveis.[10]

Como destaca Cláudia Lima Marques[11] a origem latina da expressão crédito se assenta na ideia de confiança no outro, de forma que esta confiança deve ser vista atualmente em razão da bilateralidade do negócio, ou seja, tem-se que proteger não somente a confiança do que disponibiliza o crédito, mas também do consumidor que tem sua confiança despertada pela publicidade do crédito ou pelo contrato de crédito.

A sociedade de consumo a qual cada vez mais utiliza mecanismos céleres para acesso e transferência de créditos tem exigido um maior controle quanto aos negócios firmados, a fim de viabilizar relações equilibradas, proporcionando-se assim a manutenção perfeita do vínculo.[12]

Tal controle se mostra necessário a fim de prevenir-se e evitar-se que o devedor se veja impossibilitado de quitar o conjunto de suas dívidas, tendo em vista seus rendimentos não serem suficientes para comportar os compromissos financeiros assumidos, seja em razão do não planejamento e a acumulação exagerada de débitos frente a seus créditos ou em razão de eventos imprevisíveis que afetem sua capacidade econômica.[13]

Impor limites a concessão do crédito, assim como a forma de sua oferta é imprescindível, pois indiscutível que os contrato de crédito surgem normalmente de manifestações de vontades provenientes de publicidades ou ofertas de massas e a posterior constituição de um contrato de adesão, o que dificulta ainda mais a posição do consumidor, pois além de sua vulnerabilidade intrínseca, ainda se vê perante contratos de adesão.

---

10 MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos de Crédito na Legislação Brasileira de Proteção do Consumidor*. Revista de Direito do Consumidor, vol. 17, jan.-mar., 1996, p. 36.

11 MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos de Crédito na...*, p. 39.

12 LOPES. José Reinaldo de Lima. *Crédito ao Consumidor e Superendividamento – uma problemática geral.* Revista de Direito do Consumidor, vol. 17, jan.-mar., 1996, p. 57-58.

13 LEITÃO MARQUES, Maria Manoel *et alli*. *O Endividamento dos Consumidores*. Lisboa: Almedina, 2000, p. 02.

Já há muito tempo tem sido reconhecido, nos diversos ordenamentos jurídicos, formas de controle no intuito de tutelar o consumidor participante em relações de crédito, seja com mecanismos preventivos, como a determinação de nulidade de cláusulas abusivas, a proibição de cláusula penal excessiva, a necessidade de apresentação de informações consideradas imprescindíveis ao negócio[14], seja mediante mecanismos capazes de afastar o desequilíbrio do negócio e conseqüentemente o inadimplemento do contrato, como a revisão por onerosidade excessiva, ou em face da lesão, mecanismos estes normalmente inseridos nas legislações protetivas do consumidor ou até mesmo nos Código Civis dos mais diversos países.

Entretanto, tais mecanismos nem sempre são os suficientes para evitar-se ou corrigir-se o endividamento do consumidor.

2.2 O devedor superendividado: conceito e espécies

No entendimento de Márcio Mello Casado, consumidores sobreendividados são aqueles que adquirem de boa-fé, objetivamente considerada, uma quantidade tal de compromissos financeiros que não conseguem cumprir com a renda que percebem mediante salários ou outros tipos de rendimentos[15], assim como também aqueles que detém renda suficiente para o cumprimento de suas obrigações, mas acaba por perdê-la, por razões diversas.[16] É a impossibilidade global do consumidor de boa-fé, de efetuar o pagamento de suas dívidas já exigíveis e por vencer com suas rendas e patrimônio, por pelo menos um tempo razoável, não serem suficientes para o adimplemento.[17]

É de se ressaltar, todavia, que não se pode admitir que o sujeito superendividado seja pessoa jurídica ou pessoa física não consumidora, pois somente se atinge sujeito pessoa física e vulnerável e que a impossibilidade de efetuar o pagamento de suas dívidas é subjetiva, ou seja, não decorre de situação externa, não vinculada diretamente a sua pessoa, ou mesmo ao conteúdo do negócio propriamente.

Conclui-se assim que quando se fala em consumidor superendividado, reconhece-se que houve uma força maior social[18], ou seja, uma impossibilidade subjetiva de adimplemento do negócio a um consumidor pessoa física.

Mas não se pode olvidar que o devedor superendividado pode adquirir tal posição em razões diversas, o que vai identificar se se trata de um superendividado passivo ou ativo.[19]

O superendividamento passivo ocorre nas situações em que no momento da constituição da relação, o sujeito encontra-se em uma situação financeira capaz de proporcionar a quitação fiel do compromisso, mas em razão de situações inevitáveis, como perda de trabalho, morte, doenças, divórcio entre outras[20], perde sua capacidade patrimonial.

O superendividado ativo é o sujeito que assume tal posição em razão de ter assumido obrigações que exorbitam a sua capacidade patrimonial, ficando impossibilitado de pagá-las. O consumidor abusa do crédito ou consome além de sua possibilidade.

---

14 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *A informação como direito fundamental do consumidor*. Revista de Direito do Consumidor, vol. 37, jan.-mar. 2001, p. 59-76.

15 CASADO, Márcio Mello. *Os Princípios Fundamentais como ponto de partida para uma primeira análise do sobreendividamento no Brasil.* Revista do Direito do Consumidor, vol. 33, jan.- mar. 2000, p.130.

16 CASADO, Márcio Mello. *Os Princípios Fundamentais como ponto*..., p. 130-142.

17 MARQUES, Cláudia Lima. *Algumas perguntas e respostas sobre prevenção...*, p. 20-21. Destaca a autora que devem ser excluídas das dívidas passíveis de gerar superendividamento as assumidas perante o Fisco, assim como as de alimentos.

18 LOPES, José Reinaldo de Lima. *Consumidor e Sistema Financeiro.* Revista Direito do Consumidor. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, vol. 22, abr./jun. 1997, p. 96.

19 DÍEZ, Ivan Jesús Trujillo. El sobreendeudamiento..., p. 02.

20 MARQUES, Cláudia Lima. *Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contrato de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul.* Direitos do Consumidor Endividado, coordenação Cláudia Lima Marques e Rosângela Lunardelli Cavallazzi. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006, p.258-259.

A doutrina destaca que o superendividamento ativo pode ser considerado inconsciente ou consciente, identificando ser imprescindível sua diferenciação para a tutela.[21]

O superendividado ativo inconsciente é aquele que não soube calcular o impacto do débito em seu orçamento, ou porque não recebeu a informação necessária dos efeitos dos encargos na contratação, ou ainda, porque receberam crédito quando não deveriam, por uma total irresponsabilidade do fornecedor, o qual tem o dever de negar a concessão do crédito quando identificam que o consumidor não tem capacidade patrimonial para recebe-lo.

Já o superendividado ativo consciente caracteriza-se por ser aquele consumidor que age de má-fé, ou seja, contrata já sabedor de que não conseguirá efetuar o pagamento e por isso com a intenção de inadimplir quando do vencimento. Neste caso, diferente do anterior, não haverá tutela a ser concedida.

A figura do consumidor superendividado já tem sido melhor identificada na prática, tanto que já se verifica até mesmo na jurisprudência brasileira a menção e a necessidade de proteção do superendividamento. Há decisões envolvendo fornecimento de energia elétrica, destacando o inadimplemento involuntário por ausência de condições econômicas para adimplir débitos pretéritos[22], assim como a preocupação em tutelar a dignidade do consumidor[23] e tutelar o chamado "mínimo existencial" [24].

Há uma inegável preocupação em manter o equilíbrio nas relações negociais e principalmente tutelar o tão importante fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana.[25]

---

21 MIRAGEM, Bruno. LIMA, Clarissa Costa. *Patrimônio, contrato e a proteção constitucional da família: estudo sobre as repercussões do superendividamento nas relações familiares.* Revista de Direito do Consumidor, vol. 22, nov.- dez. 2013, p. 100.

22 CONSUMIDOR. AÇÃO REVISIONAL DE DÉBITO E COMINATÓRIA DE RESTABELECIMENTO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. INADIMPLÊNCIA INVOLUNTÁRIA. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PARCELAMENTO. 1. O Princípio da Boa Fé Objetiva dos contratos constitui-se em fundamento jurídico que permite a revisão dos contratos de fornecimento de energia elétrica, nas hipóteses em que, involuntariamente, há o superendividamento do consumidor, pois impõe o dever de cooperação e lealdade. 2. Tratando-se de inadimplência involuntária e, ainda, relativa a débitos pretéritos, não há como afirmar possível o corte no fornecimento de energia elétrica. Recurso provido. (Recurso Cível Nº 71001119825, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Ricardo Torres Hermann, Julgado em 26/04/2007.

23 AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE RESOLUÇÃO CONTRATUAL COM ENTREGA DO BEM - CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - IMPOSSIBILIDADE DE PAGAMENTO DAS PARCELAS - DEVOLUÇÃO DO BEM E RESCISÃO DO CONTRATO - POSSIBILIDADE - DIREITO DO CONSUMIDOR - MEDIDA QUE EVITA O ENDIVIDAMENTO - PROTEÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOAL HUMANA - vedação da inscrição do agravado nos cadastros de devedores - falta de liquidez da dívida - RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. 1 - A rescisão do contrato com a devolução do bem é direito do consumidor, mormente, quando o devedor constata que não tem condições de arcar com as parcelas do financiamento e não deseja ficar em mora. 2 - O consumidor de boa-fé merece tutela e proteção jurídica, uma vez que não há dúvidas de que o superendividamento gera prejuízos à dignidade do consumidor como pessoa humana. 3 - O Banco deverá utilizar o produto da venda do veículo para liquidação do restante do valor financiado, o que poderá acarretar na rescisão do contrato sem ônus para o agravado, caso o valor da venda seja suficiente para quitação do contrato. Portanto, até a finalização dos trâmites legais, impõe a vedação da inscrição do agravado nos cadastro de devedores ante a falta de liquidez da dívida. 4- Recurso conhecido e improvido. Agravo de Instrumento nº 0014415-09.2012.8.08.0021, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do ES, Relator: Roberto da Fonseca Araújo, Julgado em 28/08/2012.

24 AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. DESCONTO EM FOLHA DE PAGAMENTO. LIMITAÇÃO. SUPERENDIVIDAMENTO. PRESERVAÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL. Pedido formulado por servidor estadual de cancelamento dos descontos em folha de pagamento das parcelas relativas a empréstimos intermediados por associação de classe. Revisão da posição do relator, diante do novo entendimento jurisprudencial majoritário do 2º Grupo Cível, reconhecendo a validade da cláusula de autorização dos descontos direto em folha de pagamento, mas limitando a sua eficácia ao percentual máximo de 30% sobre os vencimentos brutos do servidor, aplicando analogicamente a legislação estadual acerca do tema. Preservação do mínimo existencial, evitando que o superendividamento coloque em risco a subsistência do servidor e de sua família, ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana. Doutrina e jurisprudência. PROVERAM PARCIALMENTE O RECURSO POR MAIORIA. DECISÃO MODIFICADA. Agravo de Instrumento Nº 70019038611, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, Julgado em 31/05/2007.

25 COSTA, Geraldo de Faria Martins. *Superendividamento: solidariedade e boa-fé.* Direitos do Consumidor Endividado, coordenação Cláudia Lima Marques e Rosângela Lunardelli Cavallazzi. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006, p. 238-239.

2.3 O superendividamento no Direito Comparado

O desenvolvimento do crédito aos consumidores não se fez ao mesmo tempo, nem nas mesmas condições nos mais diversos países europeus, pois depois do desenvolvimento nos Estados Unidos da América, foi a Europa a primeira a perceber os reflexos do crédito de consumo, mas de formas distintas, em razão do enquadramento jurídico, do desenvolvimento econômico, das políticas monetárias e financeiras e até mesmo em razão de questões culturais e religiosas.[26]

No campo doutrinário a teoria do superendividamento surgiu de estudos do direito estrangeiro operando-se um interesse em aprofundar o estudo sobre o tema, sendo que em alguns países a matéria encontra-se bastante desenvolvida.

A União Européia de uma certa forma identificou a importância da questão, aprovando-se Diretiva de n. 87/102, de 22 de dezembro de 1986, a qual foi posteriormente modificada pela Diretiva 99/88, de 22 de fevereiro de 1990 e, pela Diretiva 87/7 de 16 de fevereiro de 1998, sendo inclusive apresentada nova proposta em 2002[27], pois mesmo não tratando especificamente sobre o superendividamento, ao tratar sobre o crédito ao consumo e seus mais diversos aspectos, trouxeram contribuições indiscutíveis.

No âmbito interno também se verifica a preocupação em legislar a matéria do superendividamento. Em França, a lei de 31 de dezembro de 1989[28] de n. 89/1010, dispõe sobre o endividamento dos consumidores, tendo inclusive sido incorporada ao Código de Consumo (lei 93/949 de 1993), trazendo a disciplina de um procedimento amigável para obtenção do pagamento de todos os credores do consumidor de boa-fé, pessoa física, para seus débitos não profissionais [29], mediante um plano solicitado pelo devedor podendo conter abatimento ou redução de juros, remissão de valores, sendo que a insolvência somente será decretada se não houver êxito no procedimento.

Na Bélgica há disciplina legal no intuito de em havendo excesso de dívidas do devedor, pode judicialmente regularizar suas dívidas com o auxílio do chamado mediador de dívidas que auxilia o juiz.

Na Espanha também houve preocupação específica com o tema, a ponto de o Conselho Econômico e Social ter recomendado que fosse regulamentado um regime particular que oferecesse soluções aos consumidores superendividados, excluindo-se, todavia, aqueles particulares que negligentemente tivessem assumido um crédito excessivo.[30]

Em Portugal foi apresentado em março de 1999 um projeto de lei destinado à "proteção das pessoas singulares insolventes", projeto este dividido em dois capítulos: um dedicado aos meios de prevenção do que chamaram de sobreendividamento e o outro regulando sobre os procedimentos de reestruturação do passivo.[31] Tal projeto possuía 85 artigos, portanto bastante extenso e, além disso, inegavelmente caro e moroso, pois com um grande número de etapas[32]. Assim, seguiu-se a apresentação de um novo projeto, de n. 291/IX, versando sobre a Prevenção e Tratamento do Sobreendividamento das Pessoas Singulares.

---

26 LEITÃO MARQUES, Maria Manoel *et alli*. *O Endividamento dos Consumidores*. Lisboa: Almedina, 2000, p. 3-4.

27 Com (2002) 443 – Diário Oficial C 331 E de 31.12.2002. Ver Exposição de Motivos da Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à harmonização das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de crédito aos consumidores apresentada em Bruxelas, 11.9.2002, COM (2002) 443 final, 2002/0222(COD). Sub- Judice, v. 36, nov. 2006. Coimbra: Almedina, p. 69.

28 Sobre o tema ver a obra de COSTA, Geraldo de Faria Martins da. Superendividamento: A proteção do Consumidor de Crédito em Direito Comparado Brasileiro e Francês. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

29 LOPES, José Reinaldo de Lima. *Crédito ao Consumidor...*, p. 60. Também ver PAISANT, Gilles. *El tratamiento del sobreendeudamiento de los consumidores en derecho francês.* Revista de Direito do Consumidor n. 42, abril-jun. 2002, p. 9-26.

30 DÍEZ, Ivan Jusús Trujillo. El sobreendeudamiento de los consumidores. Colección Estudios de Derecho Privado, 31. Granada: Editorial Comares, 2003, p. 04.

31 LEITÃO MARQUES, Maria Manoel *et alli*. *O Endividamento dos Consumidores*. Lisboa: Almedina, 2000, p. 290- 291

32 LEITÃO MARQUES, Maria Manoel *et alli*. *O Endividamento...*, p. 292-294.

O referido projeto apresentou-se mais enxuto, com somente 23 artigos, determinando como forma de prevenção o aconselhamento e informação dos consumidores, e ao disciplinar sobre o tratamento, incluiu como fase obrigatória a mediação judicial, inclusive com possibilidade de recurso. Entretanto, em 22 de dezembro de 2004, a iniciativa caducou.

Na Alemanha desde janeiro de 1999 entrou em vigor a *Insolvenzordnung*, a qual unificou o procedimento de insolvência, trazendo formas de saneamento das dívidas, um procedimento de insolvência do consumidor e por vezes a liberação do resto da dívida.[33]

É claro que não foram somente os países membros da União Européia que se preocuparam em disciplinar esta situação jurídica que passou a ser tão comum, mas também países da América do Norte, como Canadá[34] e Estados Unidos da América[35], estando cada vez mais a matéria a gerar discussões nos mais diversos países do mundo, inclusive atualmente no Brasil.

3. O CONTRATO DE CRÉDITO AO CONSUMIDOR NOS PAÍSES MEMBROS DO MERCOSUL E O SUPERENDIVIDAMENTO

Direito e economia são áreas que cada vez mais interagem, afinal diversas matérias de interesse jurídico possuem conteúdo econômico. Nesse sentido acaba sendo de grande importância analisar os efeitos da ciência econômica no universo jurídico.[36]

Em um mundo globalizado, falar-se em integração, em mercado comum, passou a ser sinônimo de desenvolvimento, de evolução social e econômica. Foi assim que se operou no caso da União Europeia, que através de um esforço paulatino, trouxe uma integração econômica e consequentemente uma aproximação legislativa, através de diversas diretivas que foram aprovadas.[37]

Assim, quando se fala no Mercado Comum do Sul, ou seja, o Mercosul, é compreensível que surja a indagação quanto a existência de uma tutela homogênea sobre o tema do crédito ao consumidor e consequentemente quanto a uma tutela deste sujeito vulnerável em razão do chamado superendividamento.

Como bem destacado por Cláudia Lima Marques, o direito do consumidor tem uma vocação internacional[38], e assim a tutela dos seus direitos, em todos os planos, seja de segurança, de qualidade, garantia e acesso à justiça, deve ser reconhecido.

Partindo-se de tal idéia, pode-se afirmar que a proteção ao crédito também deve ser reconhecida em todos os países que buscam um Mercado comum.

É característica dos países mais pobres a presença facilmente identificada de consumidores de duas categorias diferenciada, os que podemos chamar de "privilegiados" e os "desfavorecidos"[39].

Com facilidade pode-se identificar que nos países que participam do Mercosul, esta divisão em classes é notória, sendo que o acesso ao crédito em razão da espécie de consumidores surge normalmente em virtude de motivos distintos: os consumidores privilegiados normalmente buscam o crédito para aquisição do supérfluo, e os desfavorecidos, não somente para aquisição do talvez dispensável as necessidades básicas, mas muito para necessidades básicas.

---

33 Assim, DÍEZ, Ivan Jusús Trujillo. El sobreendeudamiento..., p. 129-147.

34 LACOURSIÈRE, Marc. *O contrato de crédito ao consumo no Canadá: rumo a novos horizontes?* Revista de Direito do Consumidor, vol. 88, jul.- ago. 2013, p. 39-81.

35 DICKERSON, Mechele. *O Superendividamento do consumidor: uma perscpetiva a partir dos EUA no ano de 2007*. Revista de Direito do Consumidor, vol 80, out.- dez. 2011, p. 153-191.

36 PERIN JUNIOR, Ecio. A Globalização e o Direito do Consumidor. Barueri: Manole, 2003, p. 31.

37 FRADERA, Vera Maria Jacob de. *A Circulação de modelos jurídicos Europeus na América Latina; um entrava à integração econômica no Cone Sul*. Revista dos Tribunais, 736, fev. 1997, p. 21.

38 MARQUES, Cláudia Lima. *Regulamento Comum de Defesa do Consumidor do Mercosul – Primeiras observações sobre o Mercosul como legislador da proteção do consumidor.* Direito do Consumidor, vol. 23-24, jul.- dez. 1997, p. 79.

39 Expressões utilizadas por LOPES, José Reinaldo de Lima. *Crédito ao consumidor...,* p. 58.

Não há dúvida, entretanto, que ambas as espécies de consumidores são constantemente cortejados pelos credores que oferecem produtos mediante procedimentos de marketing massivos. Talvez estilos de marketing diferenciados tendo em vista a categoria econômica e os produtos oferecidos, mas não há dúvida que ambos são vulneráveis, característica essencial a todo consumidor.

O oferecimento do crédito, portanto, é fruto de ato de credores e por vezes pode até mesmo romper com as justas expectativas dos devedores o acometimento de ilícitos no intuito de obterem margens de lucros cada vez maiores, passando a pessoa humana a ser vista como "algo com potencial de compra".[40]

Com a oferta de concessão de crédito de consumidor, surgem métodos como ofertas públicas, publicidades agressivas, vendas emocionais, entre outros que podem fazer com que o consumidor contrate sem uma cuidadosa reflexão.[41] Como bem destaca Nicole Chardin, o consumidor ao vincular-se ao um contrato de crédito, deve manifestar uma "vontade racional"[42], o que acarreta é claro ao ofertante, um dever de informação precisa, de análise da situação financeira do consumidor, a fim de proporcionar o perfeito conhecimento das conseqüências de seu comprometimento, evitando-se o crescimento desmedido de inadimplências.

O consumidor tem direito a um consenso informado para não ser submetido a armadilhas que o tornem endividado. Tem que receber as informações necessárias quanto a extensão da obrigação assumida e seus reflexos, tendo, portanto, o dever de informar graus específicos, os quais variam tendo em vista a situação, podendo existir o simples dever de esclarecer, ou ainda, o de aconselhar ou, até mesmo, o de advertir, os quais em uma relação de consumo podem estar presentes concomitantemente.

Da mesma forma, o consumidor merece tutela durante o desenvolvimento do contrato para que um possível desequilíbrio negocial não seja gerador de futuros inadimplementos.

Diante da necessidade do reconhecimento de tais direitos, cumpre analisar como os países que compõem o Mercado do Cone Sul enfrentam o tema, ou seja, como disciplinam a matéria envolvendo os contratos de crédito ao consumidor e consequentemente o fenômeno do superendividamento.

3.1 A tutela legislativa dos contratos de crédito ao consumidor nos países membros do Mercosul

Os países que compõem o Mercosul, Brasil, Argentina, Uruguai Paraguai e Venezuela possuem legislação específica disciplinando a tutela dos consumidores.[43]

É indiscutível que as legislações retratam a evolução de cada país quanto a matéria, sendo que apesar de buscarem um mesmo objetivo: a tutela do consumidor, consagram nos respectivos diplomas, regras e princípios por vezes distintos, sendo algumas legislações mais evoluídas em comparação a outras.

No Brasil o artigo 52 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90) trata especificamente dos contratos de crédito, estabelecendo obrigação de prestação de informações relativas ao preço do produto ou serviço, o qual deve estar em moeda nacional, a indicação sobre a taxa de juros, o número de prestações e o total do preço que deverá ser pago.

Estabelece ainda uma limitação ao percentual da cláusula penal moratória, como também prevê o direito de redução de juros e demais no caso de liquidação antecipada do débito.

Há assim uma tutela preventiva expressamente estabelecida, buscando o legislador que os contratos de crédito se constituam mediante o esclarecimento do conteúdo do contrato, permitindo que o consumidor expresse um consentimento racional.

---

40 CASADO, Márcio Mello. *Os Princípios Fundamentais como ponto de partida para uma primeira...*, p. 131.

41 Sobre o tema ver MARQUES, Cláudia Lima. *Os contratos de crédito na legislação brasileira..*, p. 53- 76.

42 CHARDIN, Nicole. *Le contrat de consommation de crédit e l´autonomie de la volonté*. Paris: LGDJ, 1988, p. 216.

43 Quais sejam a Lei 8078/90 no Brasil, a Lei 1334/98 no Paraguai, a Lei 17.189/99 no Uruguai e a Lei 24.240/93 na Argentina e o Decreto 39.358/10 na Venezuela.

Na Argentina a Lei 24.240 de 1993, a qual já passou algumas alterações em determinados dispositivos legais, traz em seu artigo 36 regras específicas quanto ao que denomina de operações de venda a crédito.

Estabelece a norma referida que nas operações de crédito ao consumidor deve receber informações claras, sob pena de nulidade do negócio ou de cláusulas, devendo constar a descrição do bem ou serviço, o preço, a indicação do valor a ser parcelado, a taxa de juros e o custo financeiro total, o sistema de amortização do capital e a quantidade e valor das parcelas.

No Uruguai a lei 17189/99 ao tratar sobre o crédito, demonstra claramente sua preocupação com o momento da oferta.

Em seu artigo 6º e estabelece o dever de informar, dever este que mesmo antes de ser inserido em tal legislação especial, já era referido por outras legislações uruguaias.[44]A legislação uruguaia trouxe inegavelmente em grande destaque a consagração do dever de informação do fornecedor, incluindo em 17 artigos da primeira parte da legislação a referência a tal dever.[45] Também, destaca a importância da transparência na contratação.[46]

Especificamente ao contrato de crédito, estabelece em seu artigo 15 que o fornecedor deve informar previamente a formação do contrato o valor do crédito, o total financiado, a quantidade de parcelas, sua periodicidade, a forma de atualização das prestações, os juros e os efeitos da mora.

A legislação paraguaia de proteção ao consumidor, veio a ser promulgada em 1998, com a Lei n.º 1.334, denominada *Ley de Defensa del Consumidor y del Usuário*. Em seu artigo 29 estabelece regras relativas as operações de crédito, afirmando que sob pena de nulidade o preço, o montante de juros remuneratórios e moratórios, a existência de comissões ou gastos administrativos, o número de parcelas, assim como sua periodicidade e a indicação de direitos e obrigações das partes no caso de incumprimento. Ainda, prevê que o consumidor terá direito de efetuar o pagamento antecipado, quando ocorrerá a redução proporcional dos juros.

A primeira legislação protetiva do consumidor na Venezuela surgiu em 1974, na Ley de Protección al Consumidor, a qual estabeleceu normas relativas a bens e serviços de primeira necessidade e o controle de seus preços, mas também estabelecendo regras sobre a publicidade, a garantia contra defeitos e a responsabilidade relativa a qualidade dos produtos.[47]

A referida lei sofreu reformas substanciais nos anos oitenta, sendo que em 1992 nova lei foi aprovada[48] e reformada em 1995 com a Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, sendo em 2004 aprovada a LPCU, incrementando os poderes de controle e intervenção do Instituto Autônomo para a Defesa e Educação do Consumidor e do usuário (Indecu), assim como aumentou o número de ilícitos penais.[49] Entretanto, tal lei foi derrogada em 2008, e sucessivamente derrogada pelas leis de 2009 e sua reforma parcial de 2010 pela atual norma aplicada. Tem-se assim atualmente a denominada Ley para la defensa de las personas em el acceso a los bienes y servicios.

---

44 Como por exemplo, o Decreto 80/90 que regula a necessidade de exibir em restaurantes e afins os preços de seus produtos; o Decreto 492/79 que impõe o dever de informar sobre os preços financiados nas vendas a crédito; o Decreto 338/82 que determina o dever de etiquetar os produtos, a Lei 15.443 que determina a forma específica de informar na etiquetação de medicamentos, entre outros. CASTILLA, Gustavo Ordoqui. *Dever de información em la Ley 17.189 de 20 de setiembre de 1999.* Derechos del consumidor em el marco de la Legislación Nacional y la Integración Regional. Coordinador Gustavo Ordoqui Castilla. Montevideo: Universidade Católica. 2000, p. 37.

45 Menciona Gustavo Ordoqui Castilla que além do artigo 6° a Lei 17.189/99 os artigos 8°, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 17, 19, 20, 21 ,22, 23, 25, 27, 32 e 33. *Dever de información em la Ley 17.189...,* 38-39.

46 CABANELLAS, Beatriz Ramos. *El derecho del consumidor em el Derecho Uruguayo y em marco de la integración regional*. Derechos del Consumidor em el Marco de la Legislación Nacional y la Integración Regional, coordinador Gustavo Ordoqui Castilla. Montevideo, 2000, p. 09.

47 OLIVEROS, Sheraldine Pinto.*La Protección del consumidor em el Derecho Venezolano*. Revista de Direito do Consumidor, vol. 81, jan. – mar. 2012, p. 181.

48 OLIVEROS, Sheraldine Pinto.*La Protección del consumidor*, p. 182.

49 *Idem, p. 186.*

O artigo 75 da referida lei trata do que o legislador denominou a operações de crédito de bens ou prestações de serviços, estabelecendo que na oferta de crédito deverá informar previamente o preço do bem ou serviço, a taxa de juros, valores de comissão ou outros custos relativos ao contrato, o valor total do contrato, as obrigações e direitos das partes no caso de descumprimento e ainda o dever de entregar a minuta do contrato cinco dias antes da contratação. Também, no artigo 76 consta o reconhecimento do direito de antecipação das prestações e os benefícios do pagamento antecipado, e no artigo 77 a limitação dos juros ao estabelecido pelo Banco Central da Venezuela, sob pena de configuração de crime de usura.

Inegável, portanto, a existência de uma preocupação com a tutela dos contratos de crédito ao consumidor em todos os países que compõem o Mercado do Cone Sul, destacando-se, principalmente, a fase de formação do contrato.

3.2 A inexistência de previsão legislativa específica sobre o superendividamento

A adoção de um sistema jurídico de proteção do consumidor resultou também sumamente importante quando se buscou um mercado comum regional, o qual foi estabelecido em 31 de dezembro de 1991, para que assim se obtivesse uma integração econômica efetiva, sem distintos níveis de proteção, principalmente no que diz respeito à informação, qualidade, segurança, responsabilidades.

Nesse sentido, quando falamos em tutela do consumidor superendividado, importante analisar se os países que compõem o Mercado do Cone Sul trazem tutela especial a esta categoria de consumidores e mais ainda, se há como se falar em uma harmonização legislativa sobre o tema do superendividamento.

Torna-se muito importante o estudo do tema no âmbito interno de cada país que compõe o Mercosul para assim poder-se verificar quanto ao entendimento adotado por cada um dos sistemas jurídicos.

No Brasil não encontramos uma disciplina específica a cerca da tutela do superendividado. Filiado ao sistema romano-germânico, a tradição de apego ao direito positivado tem se mostrado um obstáculo ao livre desenvolvimento de uma teoria acerca do superendividamento, sendo que o tratamento da insolvência civil não é utilizado para a proteção dos consumidores endividados.

Nesse sentido, em existindo o superendividamento, e conseqüentemente um flagrante desequilíbrio contratual, apesar de muitas vezes decorrente de uma causa subjetiva, ou seja, a incapacidade patrimonial do consumidor, tem o Brasil buscado soluções em mecanismos corretivos.

No Brasil, todavia, frente a crescente discussão sobre o tema, há projeto de alteração do atual Código de Defesa do Consumidor, no qual entre outros temas, inclui-se proposta de disciplina para a tutela específica do consumidor multiendividado.

O projeto de número 283 de 2012, que atualmente encontra-se na Comissão de Constituição Cidadania e Justiça, propõe a instituição de mecanismos para prevenir e tratar o superendividamento dos consumidores. Tal projeto em sendo aprovado trará grandes inovações no que tange a prevenção e tratamento do superendividamento. [50]

Na Argentina a Lei protetiva do consumidor, além da disciplina específica quanto aos contratos de crédito[51], há algumas regras aplicáveis quando da formação do contrato como, por exemplo, o artigo 10 da Lei que exige a presença de certas cláusulas mínimas na venda de coisas móveis, ou ainda o artigo 37 que estabelece a interpretação mais favorável ao consumidor nos contratos de adesão, como também a nulidade das cláusulas abusivas.[52]

---

50 Ver sobre o tema CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A reforma do CDC no tocante ao consumidor superendividado: primeiras impressões*.Revista de Direito do Consumidor, vol. 87, mai – jun. 2013, p. 273 – 309.

51 STIGLITZ, Rubén S. *Defensa del consumidor y contratación bancaria y financiera*. Derecho del Consumidor, n. 9, Editorial Juris, 1998, p. 03-30.

52 STIGLITZ, Gabriel A. *El derecho del consumidor em Argentina y en el Mercosur*. Derecho del Consumidor, n. 6, editorial Juris, 1995, p.13.

No entanto, frente a inexistência de um regime jurídico que trate de maneira específica sobre o superendividamento dos consumidores, a ferramenta legislativa que acaba sendo utilizada no Direito Argentino é a lei concursal, a qual não dá resposta suficientes ao problema do endividamento no país.[53]

No Uruguai, há definição quanto ao significado do chamado contrato de adesão, referência quanto às cláusulas e práticas abusivas, ou seja, uma preocupação específica com o equilíbrio contratual[54], mas não há previsão específica sobre o fenômeno do superendividamento. Identificada a situação de insolvência do consumidor, aplica-se o previsto na Lei concursal n. 18.387/2008.

No Paraguai também se encontram regras na lei consumerista que buscam tutelar a relação contratual, seja quanto aos contratos de adesão, ou quanto a cláusulas abusivas, considerando-as nulas de pleno direito, como também, em capítulo específico, trata das operações de crédito, exigindo a apresentação de requisitos mínimos nos mesmos, sob pena de nulidade. A semelhança da Argentina e do Uruguai, entretanto, não traz qualquer disciplina sobre o fenômeno do superendividamento, aplicando-se tão somente a lei concursal 154/69.

Na Venezuela a realidade do superendividado não é enfrentada pela legislação. Admitem tanto a doutrina como a jurisprudência que as partes estão obrigadas a observar uma conduta conforme a boa-fé, estabelecendo a norma protetiva do consumidor algumas regras a serem seguidas, relativas as fases pré e contratuais.[55]

3.3 A inviabilidade d e harmonização legislativa

Apesar de existir defesa quanto a existência de um sistema único para que efetivamente exista um espaço sem fronteiras, como requer um Mercado Comum, resta claro que em matéria de proteção do consumidor há uma inequívoca impossibilidade, não há como se falar em uma harmonização legislativa, afinal as legislações de cada país demonstram-se semelhantes em alguns pontos, mas com uma inegável diferença em diversos aspectos, com diferentes níveis de proteção.[56]

Pode-se destacar, exemplificativamente, que os cinco países consagram em suas respectivas legislações protetivas do consumidor, a proibição de publicidade enganosa, mesmo conceituando o instituto de forma uma pouco diferente, todos consagram o dever de informar, assim como também tratam das cláusulas abusivas.[57] Mais, todas fazem menção a tutela do consumidor nas relações de fornecimento de crédito.

De outra parte, também é de salientar, mais uma vez, a título de exemplo, que nem todas tratam da garantia legal no caso de vícios, assim como tratam sobre o prazo de reflexão com características distintas.[58]

---

53 Ver sobre o tema BIANCHI, Lorena Vanina *et all*. *Una aproximación al perfil del consumidor sobreendeudado argentino*. Revista de Direito do Consumidor, vol. 83, jul. – set., 2012, p. 85 - 112. Também, LORENZETTI, Ricardo. *Repensar las acciones para la protección internacional de los consumidores frente la crisis financiera*. Revista de Direito do Consumidor, vol. 83, jul. – set. 2012, p. 203-204.

54 Sobre o tema, RAMIREZ, Fernando Aguirre. *La nueva Ley de Defensa del consumidor em Uruguay (n. 17.189) y su aplicación a las cláusulas de adhesión en los contratos de transporte y de seguro*. . Derechos del consumidor em el marco de la Legislación Nacional y la Integración Regional. Coordinador Gustavo Ordoqui Castilla. Universidade Católica, Montevideo, 2000, p. 107 – 134. Também, CASTILLA, Gustavo Ordoqui. *Cláusulas contractuales abusivas em la Ley 17.189 de 20 de setimbre de 1999*. Derechos del consumidor em el marco de la Legislación Nacional y la Integración Regional. Coordinador Gustavo Ordoqui Castilla. Universidade Católica, Montevideo, 2000, p.135 – 173.

55 OLIVEROS, Sheraldine Pinto. *La Protección del consumidor*…, p. 193.

56 STIGLITZ, Gabriel A. *El derecho del consumidor em Argentina y en el Mercosur*. Derecho del Consumidor, n. 6, editorial Juris, 1995, p. 21.

57 CABANELLAS, Beatriz Ramos. *El derecho del consumidor em el Derecho Uruguaio y em marco de la integracion regional*. Derechos del Consumidor em el Marco de la Legislación Nacional y la Integración Regional, coordinador Gustavo Ordoqui Castilla. Montevideo, 2000, p.10-11.

58 CABANELLAS, Beatriz Ramos. *El derecho del* ..., p. 10-11.

Enfim, é inegável que a proteção do consumidor nos países encontra-se em nível distintos e em matéria de proteção ao consumidor superendividado observa-se mais claramente a diferença de tratamento, principalmente em razão da inexistência de tutela específica sobre a matéria em todos os países membros.

Frente as inegáveis assimetrias legislativas falar-se em harmonização em matéria de consumo no Mercosul e especificamente no que diz respeito a tutela do superendividamento do consumdior, demonstra-se uma tarefa penosa. Mesmo desde 1993 existindo um grande trabalho no sentido de buscar a efetiva harmonização, aspectos sociais, econômicos e jurídicos demonstraram que tal objetivo se mostra intangível.[59]

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A relevância do denominado superendividmaento dos consumidores é inequívoca, pois é uma realidade da sociedade atual, massificada e tecnológica.

Entretanto, o avanço no tratamento legislativo demonstra-se distinto nos mais diversos ordenamentos jurídicos, identificando-se países que disciplinam a matéria estabelecendo tutela específica ao consumidor endividado e outros sequer mencionando a matéria.

Nos países europeus e nos países da América do Norte, identifica-se um maior avanço legislativo, diferentemente da América do Sul, onde apesar dos índices de individamento serem reconhecidamente elevados, a tutela do fenômeno não é identificada de forma efetiva.

No âmbito dos países que compõem o denominado Mercosul, a realidade é de presença e aplicação de normas constantes em leis especiais protetivas dos consumidores, em variados temas, porém sem existir nenhuma legislação que discipline especificamente sobre prevenção e tratamento do superendividamento.

Apesar de existir defesa quanto a existência de um sistema único para que efetivamente exista um espaço sem fronteiras, como requer um Mercado Comum, resta claro que em matéria de proteção do consumidor há uma inequívoca impossibilidade no Mercado do Cone Sul, afinal apesar de as legislações de cada país demonstrarem-se semelhantes em alguns pontos, há inegáveis diferenças em diversos aspectos, há diferentes níveis de proteção.[60] Nesse sentido e por consequência, na matéria relativa ao superendividamento dos consumidores inviável um tratamento harmonizado.

REFERÊNCIAS

BIANCHI, Lorena Vanina *et all*. *Una aproximación al perfil del consumidor sobreendeudado argentino*. Revista de Direito do Consumidor, vol. 83, jul. – set. 2012, p. 85 - 112.

CABANELLAS, Beatriz Ramos. *El derecho del consumidor em el Derecho Uruguayo y em marco de la integración regional*. Derechos del Consumidor em el Marco de la Legislación Nacional y la Integración Regional, coordinador Gustavo Ordoqui Castilla. Montevideo, 2000.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A reforma do CDC no tocante ao consumidor superendividado: primeiras impressões*.Revista de Direito do Consumidor, vol. 87, mai – jun. 2013, p. 273 – 309.

CASADO, Márcio Mello. Proteção do Consumidor de Crédito Bancário e Financeiro, Editora RT, São Paulo, 2000.

_____. *Os Princípios Fundamentais como ponto de partida para uma primeira análise do sobreendividamento no Brasil*. Revista do Direito do Consumidor, vol. 33, jan.- mar. 2000, p. 130-142.

59 *Idem*, p. 11-14.

60 STIGLITZ, Gabriel A. *El derecho del consumidor em Argentina y en el Mercosur*. Derecho del Consumidor, n. 6, editorial Juris, 1995, p. 21.

CASTILLA, Gustavo Ordoqui. *Dever de información em la Ley 17.189 de 20 de setiembre de 1999.* Derechos del consumidor em el marco de la Legislación Nacional y la Integración Regional. Coordinador Gustavo Ordoqui Castilla. Montevideo: Universidade Católica. 2000, p. 37.

CHARDIN. Nicole. *Le Contrat de Consummation de Credit et L'autonomie de la Volunté*. Paris: LGDJ, 1988.

COSTA, Geraldo de Faria Martins da. *Superendividamento – A Proteção do Consumidor de Crédito em Direito Comparado Brasileiro e Francês. São Paulo: Revista dos Tribunais,* 2002.

DICKERSON, Mechele. *O Superendividamento do consumidor: uma perscpetiva a partir dos EUA no ano de 2007*. Revista de Direito do Consumidor, vol 80, out.- dez. 2011, p. 153-191.

DIEZ, Ivan Jesús Trujillo. *El sobreendeudamiente de los consumidores*. Granada: Editorial Comares, 2003.

FERREIRA DA SILVA, Luiz Renato. Revisão dos Contratos: Do Código Civil ao Código de Defesa do Consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. *A Circulação de modelos jurídicos Europeus na América Latina: um entrave à integração econômica no Cone Sul*. Revista dos Tribunais, vol. 736, fev. 1997, p. 20-39.

KILBORN, Jason J. *Comportamentos econômicos, superendividamento; estudo comparativo da insolvência do consumidor: buscando as causas e avaliando soluções*. Direitos do Consumidor Endividado, coordenação Cláudia Lima Marques e Rosângela Lunardelli Cavallazzi. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006, p. 66 – 104.

LACOURSIÈRE, Marc. *O contrato de crédito ao consumo no Canadá: rumo a novos horizontes?* Revista de Direito do Consumidor, vol. 88, jul.- ago. 2013, p. 39-81.

LEITÃO MARQUES, Maria Manoel *et alli*. *O Endividamento dos Consumidores*. Lisboa: Almedina, 2000.

LEITÃO, Luiz Menezes. *O crédito ao consumo: seu regime actual e regime proposto pelo Anteprojecto do Código do Consumidor*. Sub Judice, 36, jul.- set., 2006 Coimbra: Almedina, 9-17.

LOBO, Paulo Luiz Netto. *A informação como direito fundamental do consumidor*. Revista de Direito do Consumidor, vol 37, jan.-mar. 2001, p. 59-76.

LOPES. José Reinaldo de Lima. *Crédito ao Consumidor e Superendividamento – uma problemática geral.* Revista de Direito do Consumidor, vol. 17, jan.- mar. 1996, p. 57-64.

_____. *Consumidor e Sistema Financeiro.* Revista Direito do Consumidor, vol. 22, abr./jun. 1997, p. 87-101.

LORENZETTI, Ricardo Luis. La Emergência Económica y los Contratos. Rubinzal Culzoni Editores, segundo edición ampliada y actualizada.

_____. *Repensar las acciones para la protección internacional de los consumidores frente la crisis financiera.* Revista de Direito do Consumidor, vol. 83, jul. – set. 2012, p. 193 - 206.

LUCCA, Newton de. *Análise do Crédito ao Consumidor no Direito Brasileiro*. Revista Trimestral de Jurisprudencia dos Estados, vol. 158, mai-jun, 1997, p. 85-103.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos de Crédito na Legislação Brasileira de Proteção do Consumidor*. Revista de Direito do Consumidor, vol.17, jan.-mar. 1996, p. 36-56..

_____. *Regulamento comum de Defesa do Consumidor do Mercosul – Primeiras Observações sobre o Mercosul como Legislador da Proteção do Consumidor*. Revista de Direito do Consumidor, vol. 23-24. jul - dez. 1997, p. 79-103.

_____. *Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contrato de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul.* Direitos do Consumidor Endividado, coordenação Cláudia Lima Marques e Rosângela Lunardelli Cavallazzi. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006.

_____. *Algumas perguntas e respostas sobre prevenção e tratamento do superendividamento dos consumidores pessoas físicas.* Revista de Direito do Consumidor, vol.75, jul.-set., 2010, p. 09-42.

MIRAGEM, Bruno. LIMA, Clarissa Costa. *Patrimônio, contrato e a proteção constitucional da família: estudo sobre as repercussões do superendividamento nas relações familiares.*Revista de Direito do Consumidor, vol 22, nov.-dez. 2013, p. 91-115.

OLIVEROS, Sheraldine Pinto.*La Protección del consumidor em el Derecho Venezolano*. Revista de Direito do Consumidor, vol. 81, jan. – mar. 2012, p. 179 – 233.

PAISANT, Gilles. *El tratamiento del sobreendeudamiento de los consumidores en derecho francês.* *Revista de* Direito do Consumidor n. 42, abril-jun. 2002, p. 9-26.

PEREIRA, Wellerson Miranda. *Superendividamento e crédito ao consumidor: reflexões sob uma perspectiva de direito comparado*. Direitos do Consumidor Endividado, coordenação Cláudia Lima Marques e Rosângela Lunardelli Cavallazzi. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006, p. 158 a 190.

RAMIREZ, Fernando Aguirre. *La nueva Ley de Defensa del consumidor em Uruguay (n. 17.189) y su aplicación a las cláusulas de adhesión en los contratos de transporte y de seguro*. . Derechos del consumidor em el marco de la Legislación Nacional y la Integración Regional. Coordinador Gustavo Ordoqui Castilla. Universidade Católica, Montevideo, 2000, p. 107 – 134.

STIGLITZ, Gabriel A. *El derecho del consumidor em Argentina y en el Mercosur*. Derecho del Consumidor, n. 6, editorial Juris, 1995.

A PRESCRIÇÃO E A DECADÊNCIA NO CÓDIGO CIVIL E NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Cristina Stringari Pasqual[1]
Marco Antonio Pasqual[2]

SUMÁRIO: 1.Introdução. 2.A importância do tempo e a extinção dos direitos e pretensões.2.1.A prescrição e a perda da pretensão. 2.2. A decadência e a extinção do direito potestativo. 2.3. A sistemática da prescrição e da decadência no Código Civil brasileiro. 3. A prescrição e decadência no Código de Defesa do Consumidor e seu diálogo com o Código Civil brasileiro. 3.1. A tutela dos desiguais e seus reflexos na prescrição e na decadência. 3.2. As causas interruptivas, suspensivas e impeditivas da prescrição. 3.3 O "obstar" a decadência nas relações de consumo. 4. Considerações Finais. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O tempo sobre os direitos se revela de grande importância[3], trazendo consequências jurídicas das mais variadas[4], ora gerando a aquisição de direitos, ora a perda[5], ou ainda simplesmente afastando a exigibilidade das obrigações.

Neste sentido dois institutos que têm em seu conteúdo uma estreita vinculação com o tempo são o da prescrição e da decadência, cada qual com suas características e efeitos próprios, mas com uma característica em comum: sua importância e efeitos se revelam em decorrência do transcurso do tempo.

No Direito brasileiro a prescrição e a decadência sempre se mostraram temas de estudo tormentoso, pois apesar de se aproximarem, não se confundem, sendo indispensável diferenciá-los em decorrência de seu conteúdo, campo de aplicação e efeitos jurídicos.

Por isso, fundamental a compreensão do significado de cada um dos institutos, não se restringindo a importância da diferenciação ao plano teórico, mas repercutindo fortemente no cotidiano das relações jurídicas e por isso na aplicação pelos operadores do Direito.

Não se pode deixar de referir que como institutos que compõem a teoria geral do Direito, têm aplicação em diversas áreas, seja no âmbito do Direito Público, seja no âmbito do Direito Privado, existindo nas mais variadas legislações a fixação de prazos especiais.

No âmbito do Direito Privado dois diplomas que se mostram relevantes ao estudo da matéria: o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. O diploma civil, pois estabelece toda a estrutura basilar dos institutos e o consumerista em decorrência de sua especialidade, qual seja, a proteção do consumidor, sujeito vulnerável nas relações entabuladas com fornecedores.

---

1 Advogada, professora da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP, Doutora e Mestre em Direito pela UFRGS, Especialista em Direito Processual Civil pela PUCRS.

2 Advogado, professor da Faculdades Integradas São Judas Tadeu, especialista em Direito Empresarial e Tributário **- IDC.**

3 ERTHAL, Clélio. Prescrição e decadência no anteprojeto de Código Civil. *Arquivos do Ministério da Justiça* n. 144, out/dez. 197, p. 59.

4 BEVILAQUA, Clóvis. Teoria Geral do Direito Civil. Rio de Janeiro: Rio, 2ª edição. 1980, p. 286.

5 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Prescrição e Decadência no Novo Código Civil: Alguns Aspectos Relevantes. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil n. 23*, maio/jun. 2003, p. 128.

O objetivo do presente trabalho é apresentar um breve estudo sobre os institutos da prescrição extintiva e da decadência, diferenciando-os, assim como identificando sua aplicabilidade e efeitos no campo do Direito Privado e, em especial, no âmbito do Direito do Consumidor.

2. A IMPORTÂNCIA DO TEMPO E A EXTINÇÃO DOS DIREITOS E PRETENSÕES

Os institutos da prescrição e da decadência sempre geraram intensos debates quanto ao seu significado, pois apesar de ser indiscutível que ambos buscam o mesmo objetivo, qual seja, a segurança jurídica nas relações, identificar quando da ocorrência de um ou outro nem sempre se mostra simples[6].

No Direito brasileiro a previsão legal sobre a matéria de imediato originou discussão, pois o Código Civil de 1916 ao tratar do assunto não o sistematizou de forma clara, mas trouxe a regulamentação dos dois institutos sob um único título: o da prescrição, sob o argumento de que sua dispersão, o tratamento da matéria em partes independentes, causaria complicações.[7]

O que se identifica claramente é que a inércia, característica comum aos institutos, gera efeitos distintos, pois na ocorrência da prescrição perde-se à pretensão, subsistindo o direito, enquanto que na ocorrência da decadência perde-se o direito e consequentemente a pretensão[8].

No âmbito doutrinário prevalece o entendimento de que a principal finalidade da prescrição e da decadência é proporcionar a paz social e segurança jurídica[9], sendo imperioso estabelecer um critério diferenciador entre os institutos.

No Brasil duas obras que trataram sobre o tema da prescrição e da decadência ocuparam posição de destaque, pois apresentaram mecanismos de diferenciação entre os institutos. O livro intitulado "Da Prescrição e da Decadência"[10] de autoria de Antônio Luiz Câmara Leal e o artigo de autoria de Agnelo Amorim Filho que recebeu o título de "Critério Científico para distinguir prescrição de decadência e para identificar as ações imprescritíveis"[11].

Antônio Luiz Câmara Leal[12] defendeu a ideia de que a prescrição está diretamente vinculada ao direito de ação, pois o prazo prescricional flui desde o momento que o direito é violado, ameaçado ou desrespeitado, nascendo em tal momento a ação, contra a qual a prescrição se dirige, e por isso para o autor a prescrição supõe um direito nascido e efetivo, mas que pereceu pela falta de proteção pela ação, contra a violação sofrida.

No que se refere a decadência Antônio Luiz Câmara Leal defendeu a ideia de que ela opera a extinção direta do direito, ou seja, que "decadência supõe um direito que, embora nascido, não se tornou efetivo pela falta de exercício". [13]

Agnelo Amorim Filho não convencido com tal entendimento, apresentou uma proposição distinta. Baseados nas lições de Chiovenda, e, portanto, partindo da identificação dos três efeitos que advém da sentença: o condenatório, o constitutivo (alteração ou extinção) ou declaratório, afirmou que o efeito preponderante na decisão identificaria se a hipótese seria de prescrição ou de decadência.[14]

---

6 MACHADO, Jânio de Souza. A redução dos prazos de prescrição e o novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, v. 805, nov. 2002, p. 21

7 FERREIRA, William Santos. Prescrição e Decadência no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 10, abr./jun., 1994, p. 78.

8 ERTHAL, Clélio. Op. Cit. p. 60.

9 PONTES DE MIRANDA. Tratado de Direito Privado – Parte Geral, tomo VI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 100.

10 CÂMARA LEAL, Antônio Luiz. Da prescrição e da decadência, 2º edição. Rio de Janeiro: Forense. 1959.

11 AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. Revista de Direito Processual Civil, v. 3, jan/jun, 1961, p. 95-132.

12 CÂMARA LEAL, Luiz Antônio. Da prescrição..., p. 115.

13 CÂMARA LEAL, Luiz Antônio. Da prescrição..., p. 114 - 115.

14 AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para..., p. 105-107.

Para o autor as sentenças com efeitos condenatórios vinculam-se a uma pretensão, ou seja, o titular do direito violado, poderá requerer à parte responsável uma obrigação de dar, fazer ou não fazer, de forma que esta pretensão somente será satisfeita com a colaboração da parte adversa, seja judicial ou extrajudicial.

A partir de tal explanação Agnelo Amorim Filho atribuiu que os prazos prescricionais estão ligados aquelas ações, que se forem propostas judicialmente terão como efeito predominante o condenatório. [15]

No que tange a decadência o autor defendeu a ideia de que se o efeito da sentença for predominantemente constitutivo, ou seja, criar, modificar ou extinguir uma determinada relação jurídica, de sorte que, para sua eficácia não será necessário a ação ou omissão da outra parte, tendo seus efeitos advindos da própria sentença, operar-se-á a decadência.[16] São os denominados direitos potestativos.

2.1. A prescrição e a perda da pretensão

Um longo caminho foi percorrido até que se chegasse ao entendimento houve indiscutível de que a prescrição atinge a pretensão[17]. Foi o atual Código Civil brasileiro que trouxe regra fixando que o que prescreve é a pretensão, afastando a ideia equivocada de que o decurso do prazo prescricional atingiria o direito de ação.[18]

A prescrição como atualmente esclarece expressamente o Código Civil brasileiro em seu artigo 189, extingue a pretensão, impossibilitando o titular de um direito de crédito de buscar a tutela jurisdicional da qual teria direito se não fosse sua inércia, como também proporcionando que o devedor exerça sua exceção contra a exigibilidade do credor[19].

A pretensão é a ação do direito subjetivo material, ou seja, a possibilidade que o sujeito tem de exigir o cumprimento um determinado comportamento, seja judicial ou extrajudicial e por isso ela não atinge a ação, mais especificamente o direito público autônomo de movimentar a máquina judiciária. O que prescreve é a exigibilidade do direito subjetivo patrimonial.[20]

É sabido que o titular de uma prestação, seja de dar, fazer ou não fazer deve cumprir com o estabelecido, sob pena de o credor poder exigir seu cumprimento, nascendo neste momento a denominada pretensão. Caso o devedor fique inerte no cumprimento e o credor não exerça seu poder de coerção judicial, ou seja, não faça uso das medidas coercitivas que o ordenamento lhe faculta mediante a intervenção Estatal, poderá sua inércia gerar a prescrição, pois é incontroverso que em nome da estabilidade das relações, não se pode admitir prazo indefinido para o exercício dos direitos subjetivos patrimoniais.

Uma vez prescrita a pretensão desaparece a exigibilidade, persistindo tão somente a dívida, de forma que o que sobrevive é uma obrigação natural[21]. Desaparece a exigibilidade, mas permanece a dívida, sendo que inclusive se o cumprimento da prestação ocorrer após a prescrição, não existirá possibilidade de buscar a repetição, pois em tal caso terá o devedor renunciado o seu direito de alegar a prescrição[22], pois o direito de defesa também é atingido, conforme expressamente preceitua o parágrafo único do artigo 189 do Código Civil brasileiro.

---

15 AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para..., p. 112.

16 AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para..., p. 106-107.

17 GAGLINO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Prescrição nos Contratos de Seguro – Reflexões. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil n. 55, jul.- ago, 2013, p. 70.

18 REALE, Miguel. O Projeto do Código Civil, 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 68.

19 Conforme menciona Pontes de Miranda, "prescrição é a exceção, que alguém tem, contra o que não exerceu, durante certo tempo, que alguma regra jurídica fixa, a sua pretensão ou ação". PONTES DE MIRANDA. Tratado de Direito Privado – Parte Geral, tomo VI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 100.

20 ERTHAL, Clélio. Prescrição e decadência ..., p. 64

21 LARENZ, Karl. Derecho de Obligaciones, Tomo I, Madrid: Revista de Derecho Privado. 1952.

22 ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. Direito das Obrigações, 9ª edição. Coimbra: Almedina, 2006, p. 136-137.

2.2 A decadência e a extinção dos direitos potestativos

A decadência como mencionado decorre da inércia do sujeito em exercer um direito potestativo no prazo fixado por lei.

Direito potestativo caracteriza-se como sendo o poder conferido a uma pessoa de mediante sua manifestação unilateral de vontade criar, modificar ou extinguir uma relação jurídica entabulada com outro sujeito.[23] O titular do direito pode obter o resultado isoladamente ou por intervenção da autoridade judicial.

O sujeito passivo da relação fica em um estado de sujeição, não havendo nada que possa fazer para evitar que a parte exerça seu o poder advindo do direito potestativo que é titular. Como refere João de Matos Antunes Varela "o titular passivo da relação nada tem de fazer para cooperar na realização do interessa da outra parte, mas nada pode fazer também para impedir"[24].

O Código Civil brasileiro, como se observa da leitura do artigo 211, ao tratar da decadência admite a existência de dois tipos, a decadência legal e a convencional. A legal, como o próprio nome identifica é a fixada por lei, sendo o prazo estabelecido por determinação do legislador, não podendo ser alterado por vontade das partes, pois trata-se de matéria de ordem pública e interesse social (art. 210 do Código Civil). A convencional decorre de acordo entre as partes para um determinado caso concreto.

Por aplicação da autonomia privada das partes permite-se que em casos que não configuram exercício de direito potestativos, mas por desejarem as partes efeitos e consequências da decadência, decidam pela aplicação do prazo convencionado, afastando a aplicação do prazo prescricional estabelecido por lei.[25] Em tais casos, além das partes elegerem o prazo aplicável, excluem certos efeitos que a lei confere a prescrição e exclui da decadência, como por exemplo a possibilidade de interrupção do prazo.

2.3 A sistemática da prescrição e da decadência no Código Civil brasileiro

O Código Civil brasileiro de 1916 trouxe a disciplina quanto a prescrição e da decadência nos artigos 177 e 178, não evidenciando qualquer distinção entre um instituto e outro.

Ao adotar o sistema unitarista, disciplinando a matéria sobre um único título: Da Prescrição, criou o vetusto Código uma imensa dificuldade para os operadores do Direito, pois onde constava na lei o termo prescrição, muitas vezes na realidade era hipótese de decadência.

O Código Civil de 2002, entretanto, apresentou estrutura diferenciada, estabelecendo uma separação clara entre os dois institutos, acabando, a partir de sua entrada em vigor, as dúvidas quanto a natureza jurídica dos prazos, especificando a lei, expressamente, quando da existência de cada um dos prazos.

O atual diploma civilista deu um tratamento mais adequado à prescrição e à decadência. Identifica-se no artigo 189 a primeira grande mudança, com a adoção da expressão "pretensão" [26], especificando que uma vez sendo violado o direito, nasce a pretensão para seu titular, a qual pode extinguir-se pela prescrição. Além disso, permitiu, ainda que em situações especiais, que os prazos decadências fossem suspensos, fato este impensável quando da vigência da legislação civil de 1916.

---

23 ANTUNES VARELA. João de Matos. Das obrigações em geral, vol. I. 9ª edição. Coimbra: Almedina. 1996, p. 57.

24 ANTUNES VARELA. João de Matos. Das obrigações..., p. 57.

25 SIMÃO. JOSÉ FERNANDO. Aspectos controvertidos da prescrição e decadência na teoria geral dos contrato e contratos em espécie. *Novo Código Civil. Questões controvertidas.* Coordenação Mário Luiz Delgado e Jones Figueiredo Alves. Série Grandes Temas de Direito Privado, vol. 4. São Paulo: Método. 2005, p. 352 – 353. O autor traz como exemplo a hipótese de ser estabelecido em um contrato de prestação de serviços médicos um prazo especial, de natureza decadencial, para a cobrança dos honorários pela execução dos serviços. Destaca que o prazo por lei seria de prescrição, segundo dispõe o artigo 206 § o caso do prazo para o médico cobrar seus honorários.

26 Segundo Humberto Theodoro Júnior o Código Civil de 2002 preferiu seguir a tradição romanística consagrada pelo BGB, considerando a prescrição como causa de extinção da *pretensão* e não do direito subjetivo material. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Prescrição e Decadência..., p. 133.

Preocupou-se o legislador em proporcionar uma maior operabilidade da legislação[27], afastando certos entraves existentes no antigo diploma civilista, separando os dois institutos, sendo que a prescrição ocupou maior espaço na parte geral do Código e a decadência, passou a ser referida no que diz respeito a seu regramento geral, também na parte geral do Código, mas seus prazos específicos estabelecidos ao longo do diploma, conforme a matéria que tratada[28].

Outro aspecto bastante relevante que se observa no Código Civil de 2002 é a redução significativa de muitos prazos prescricionais e a ampliação de certos prazos decadenciais[29].

Especificamente no que diz respeito aos prazos prescricionais, nos artigos 205 e 206 tem-se o rol de prazos gerais, o quais não excluem a possibilidade de existirem prazos distintos fixados por leis especiais.

O prazo geral atualmente é de dez anos e não mais de vinte, sendo, portanto, de dez anos, o maior prazo prescricional admitido. Os prazos especiais, por sua vez, vão de um, até cinco anos[30], tendo sido por exemplo estabelecido em matéria de responsabilidade civil e de enriquecimento sem causa um prazo de três anos, afastando o entendimento de que para tais casos aplicava-se a regra do prazo geral.

No que diz respeito aos prazos decadenciais, dois artigos na parte geral do Código tratam do tema: o artigo 178 e 179. O primeiro fixando o prazo para requerimento de anulabilidade em decorrência dos vícios de consentimento e segundo, estabelecendo o prazo geral de anulação, aplicável quando não existir prazo específico em lei, como ocorre exemplificativamente na hipótese de venda entre ascendente e descendente sem autorização dos demais descendentes. Para todos os demais casos, o prazo estará previsto na parte especial, juntamente com o regramento do direito potestativo ao qual se refere.

Esta técnica legislativa adotada também trouxe um outro elemento clarificante. Há muitos direitos potestativos que não podem ter seu exercício limitado pelo tempo, por serem direitos perpétuos. Para tais casos, não há prazo prescrional geral aplicável, pois não se trata de situação submetida a prescrição, mas também não há prazo decadencial aplicável, podendo serem exercício a qualquer momento por seu titular. [31]

3. A PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E SEU DIÁLOGO COM O CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

O Código de Defesa do Consumidor entre suas diversas regras trouxe algumas relativas a prescrição e decadência, regras estas que demonstram claramente a especialidade da legislação e seu objetivo de tutelar o consumidor nas relações de consumo.

---

27 REALE, Miguel. O projeto do novo Código Civil, 2º edição. São Paulo: Saraiva. 1999, p. 9 - 10.

28 ERTHAL, Clélio. Prescrição e decadência no anteprojeto..., 61.

29 NEVES, Gustavo Kloh Muller. Prescrição e decadência no novo Código Civil. *A parte geral do novo Código Civil – Estudo na perspectiva civil-constitucional*. Coordenador Gustavo Tepedino, 2º edição. Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar, 2003, p. 437

30 TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A Prescrição quinquenal para a cobrança de dívidas no Código Civil de 2002. *Revista dos Tribunais, vol. 907*, maio 2011, p. 33.

31 Nas decisões judiciais esta realidade fica claramente constatada, como se pode observar no Agravo Regimental em Recurso Especial n. 309.548-MG. Relator Ministro João Otávio de Noronha. Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. DJe 03/06/2014. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE, C/C ANULATÓRIA DE REGISTRO CIVIL. ENTREGA DA PLENA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL EVIDENCIADA. DECADÊNCIA NÃO CONFIGURADA. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 83/STJ. EXAME DE DNA. CONCLUSÕES. INVIABILIDADE DE REEXAME. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.1. O órgão julgador não está obrigado a se pronunciar sobre todas as alegações das partes e dispositivos invocados, sendo suficiente que apresente, de forma clara e expressa, as razões que formaram o seu convencimento.2. O filho tem o direito de buscar sua identidade biológica a qualquer tempo, não ocorrendo decadência ou prescrição da pretensão, pois busca conhecer a verdade real e, conforme o caso, alterar o assento de nascimento.3. Se o acórdão recorrido reconheceu a conclusão do exame de DNA e considerou que as alegações de erro não passavam de meras conjecturas, não há como analisar a questão de fundo (reconhecimento da paternidade) em face do óbice contido na Súmula n. 7/STJ.4. Decisão mantida por seus próprios fundamentos.5. Agravo regimental desprovido.

Dois artigos no diploma consumerista tratam sobre o tema da prescrição e da decadência: os artigos 26 e 27.

O artigo 26 traz disciplina sobre os prazos decadenciais em matéria de vícios do produto e do serviço, fixando prazos para que o consumidor exerça os diversos direitos potestativos que o legislador lhe concede perante tais vícios, seja de rescisão, de abatimento do preço, de substituição, entre outros.

Já o artigo 27 dispõe sobre prazo prescricional aplicável nas hipóteses de fato do produto ou do serviço, ou seja, nos casos de danos decorrentes de defeitos existentes em produtos ou serviços fornecidos no mercado de consumo.

Há assim uma nítida distinção entre decadência e prescrição nas relações de consumo, tendo o legislador estabelecido claramente o campo de aplicação de cada um dos institutos. Se a matéria disser respeito a adequação do produto ou serviço, o prazo para o consumidor buscar a tutela é de decadência. Se disser respeito a defeito no produto ou serviço, quando o foco da tutela é a segurança do consumidor, o prazo é prescricional.[32]

Um ponto importante de ser analisado, entretanto, é que apesar de o Código de Defesa do Consumidor ter sido claro e objetivo ao disciplinar sobre os prazos decadenciais e o prescricional, há hipóteses nas quais o diploma consumerista não fixa prazo prescricional a ser aplicável, deixando um espaço a ser preenchido para a solução dos casos concretos.

Em tais situações, necessário buscar-se uma solução dentro do sistema jurídico e o legislador ciente de que a lei consumerista não seria capaz de abranger toda e qualquer hipótese que envolvesse relação de consumo, previu em seu artigo 7ª a possibilidade de aplicação de direitos decorrentes de outras fontes normativas, estando entre elas as legislações ordinárias. Diante disso, nas hipóteses em que o Código de Defesa do Consumidor apresenta regramento insuficiente, possível buscar-se no diploma civil a resposta.

Aplicando-se tal regra no que diz respeito a prescrição e decadência, conclui-se que inexistindo prazo decadencial ou prescricional específico na Lei 8.078/1990, deve-se buscar a solução no Código Civil.

Neste sentido, se a matéria for a fixação de prazo prescricional, pode-se buscar a aplicação das regras do artigo 205 e 206 do Código Civil brasileiro.

---

32 Muito esclarecedor é o julgamento do Recurso Especial nº 967623/RJ, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, DJe 29/06/2009. CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE PELO FATO OU VÍCIO DO PRODUTO. DISTINÇÃO. DIREITO DE RECLAMAR. PRAZOS. VÍCIO DE ADEQUAÇÃO. PRAZO DECADENCIAL. DEFEITO DE SEGURANÇA. PRAZO PRESCRICIONAL. GARANTIA LEGAL E PRAZO DE RECLAMAÇÃO. DISTINÇÃO. GARANTIA-CONTRATUAL. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DOS PRAZOS DE RECLAMAÇÃO ATINENTES À GARANTIA LEGAL. *No sistema do CDC, a responsabilidade pela qualidade biparte-se na exigência de adequação e segurança, segundo o que razoavelmente se pode esperar dos produtos e serviços. Nesse contexto, fixa, de um lado, a responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço, que compreende os defeitos de segurança; e de outro, a responsabilidade por vício do produto ou do serviço, que abrange os vícios por inadequação. Observada a classificação utilizada pelo CDC, um produto ou serviço apresentará vício de adequação sempre que não corresponder à legítima expectativa do consumidor quanto à sua utilização ou fruição, ou seja, quando a desconformidade do produto ou do serviço comprometer a sua prestabilidade. Outrossim, um produto ou serviço apresentará defeito de segurança quando, além de não corresponder à expectativa do consumidor, sua utilização ou fruição for capaz de adicionar riscos à sua incolumidade ou de terceiros. O CDC apresenta duas regras distintas para regular o direito de reclamar, conforme se trate de vício de adequação ou defeito de segurança. Na primeira hipótese, os prazos para reclamação são decadenciais, nos termos do art. 26 do CDC, sendo de 30 (trinta) dias para produto ou serviço não durável e de 90 (noventa) dias para produto ou serviço durável. A pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou serviço vem regulada no art. 27 do CDC, prescrevendo em 05 (cinco) anos. A garantia legal é obrigatória, dela não podendo se esquivar o fornecedor. Paralelamente a ela, porém, pode o fornecedor oferecer uma garantia contratual, alargando o prazo ou o alcance da garantia legal. A lei não fixa expressamente um prazo de garantia legal. O que há é prazo para reclamar contra o descumprimento dessa garantia, o qual, em se tratando de vício de adequação, está previsto no art. 26 do CDC, sendo de 90 (noventa) ou 30 (trinta) dias, conforme seja produto ou serviço durável ou não. Diferentemente do que ocorre com a garantia legal contra vícios de adequação, cujos prazos de reclamação estão contidos no art. 26 do CDC, a lei não estabelece prazo de reclamação para a garantia contratual. Nessas condições, uma interpretação teleológica e sistemática do CDC permite integrar analogicamente a regra relativa à garantia contratual, estendendo-lhe os prazos de reclamação atinentes à garantia legal, ou seja, a partir do término da garantia contratual, o consumidor terá 30 (bens não duráveis) ou 90 (bens duráveis) dias para reclamar por vícios de adequação surgidos no decorrer do período desta garantia.* Recurso especial conhecido e provido.

Hipótese exemplificativa de tal realidade são os casos de responsabilidade civil decorrente de inadimplemento contratual. O descumprimento do pactuado não configura fato do produto ou do serviço, mas sem dúvida, em gerando dano, confere ao lesado o direito de pleitear a reparação devida. Indispensável em tais casos, buscar a regra aplicável no Código Civil brasileiro.[33]

No que diz respeito aos prazos decadenciais observa-se que os mesmos são mais vantajosos ao consumidor do que os fixados no Código Civil ao tratar dos denominados vícios redibitórios. A exceção do prazo decadencial assegurado no caso de vícios em bens imóveis, que é de um ano, portanto bem mais extenso do que o de 90 dias do Código de Defesa do Consumidor, nos demais casos a tutela do diploma consumerista mostra-se mais favorável. Entretanto, mesmo o prazo para bens imóveis ser aparentemente mais benéfico, os prazos no Código Civil não têm o seu termo inicial o momento em que o vício se manifestar, desde que dentro do prazo de vida útil, o que no caso de um bem imóvel evidentemente é bem mais do que um ano.

3.1 *A tutela dos desiguais e seus reflexos na prescrição e na decadência*

Como mencionado, os artigos 26 e 27 do Código de Defesa do Consumidor trazem regras sobre decadência e prescrição, respectivamente.

O artigo 26 estabelece prazos para o consumidor reclamar em virtude de vícios aparentes ou ocultos relativos a produtos ou serviços. Estabelece 30 e noventa dias de prazo, sendo o primeiro para bens ou serviços não duráveis e o segundo para duráveis.

A distinção entre vícios aparentes ou ocultos é de grande relevância, pois dependendo da categoria do vício, variará o termo *a quo* do prazo decadencial, sendo que para os vícios aparentes a contagem se dará a partir da tradição do bem ou do término da execução do serviço, enquanto os ocultos contam-se a partir do momento em que fica evidenciado o vício.

Esta determinação legal de que para o caso de vícios ocultos o termo inicial para a contagem da decadência será a manifestação do vício, fez com que a doutrina[34] estabelecesse um critério a ser seguido, sendo o eleito o da vida útil, ou seja, basta o vício manifestar-se dentro do período de sua vida útil, que o mesmo não será tratado como desgaste e por isso será de responsabilidade do fornecedor satisfazer o direito do consumidor, pois ele tem de garantir que o produto ou serviço se mostrem adequados. Não tardou para que a jurisprudência acompanhasse o mesmo entendimento.[35]

---

33 Veja por exemplo a decisão do Agravo Regimental no Agravo de Recurso Especial nº 250.586 – SP. Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça da relatoria do Ministro Marco Buzzi. DJe 03/12/2013.AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO (ARTIGO 544 DO CPC) - DEMANDA POSTULANDO INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL DECORRENTE DE INADIMPLEMENTO DO CONTRATO DE SEGURO DE VIDA EM GRUPO (RESCISÃO UNILATERAL PELA SEGURADORA APÓS RENOVAÇÃO SUCESSIVA DURANTE TRINTA ANOS) - DECISÃO NEGANDO PROVIMENTO AO RECLAMO. INSURGÊNCIA DOS SEGURADOS. **1.** Prazo prescricional para exercício da pretensão de cobrança de indenização por dano moral decorrente da recusa da seguradora em renovar contrato de seguro de vida. Lapso ânuo em atenção ao disposto no artigo 206, § 1º, inciso II, do Código Civil de 2002. Inaplicabilidade do prazo trienal atinente aos casos em que se postula reparação civil (artigo 206, § 3º, inciso V, do *Codex* vigente). Outrossim, a responsabilidade civil decorrente de inadimplemento contratual não se assemelha àquela advinda de danos causados por fato do produto ou do serviço (acidente de consumo), cujo prazo prescricional para exercício da pretensão à reparação é o quinquenal previsto no artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes de ambas as Turmas de Direito Privado. **2.** Agravo regimental desprovido.

34 MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor- o novo regime das relações contratuais. 6ª edição. São Paulo: Revistas dos Tribunais. 2011, p. 1254.

35 Como se pode observar no Recurso Especial n. 1.123.004 – DF, da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 09/12/2011. RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. VÍCIO OCULTO. PRODUTO DURÁVEL. RECLAMAÇÃO. TERMO INICIAL.1. Na origem, a ora recorrente ajuizou ação anulatória em face do PROCON/DF - Instituto de Defesa do Consumidor do Distrito Federal, com o fim de anular a penalidade administrativa imposta em razão de reclamação formulada por consumidor por vício de produto durável.2. O tribunal de origem reformou a sentença, reconheceu a decadência do direito de o consumidor reclamar pelo vício e concluiu que a aplicação de multa por parte do PROCON/DF se mostrava indevida. 3. De fato, conforme premissa de fato fixada pela corte de origem, o vício do produto era oculto. Nesse sentido, o *dies a quo* do prazo decadencial de que trata o art. 26, §6º, do Código de Defesa do Consumidor é a data em ficar evidenciado o aludido vício, ainda que haja uma garantia contratual, sem abandonar, contudo, o critério da vida útil do bem durável, a fim de que o fornecedor não fique responsável por solucionar o vício eternamente. A propósito, esta Corte já apontou nesse sentido. 4. Recurso especial conhecido e provido.

Desta forma, evidenciado o vício, deverá o consumidor apresentar sua reclamação perante o fornecedor e este terá o prazo de 30 dias, salvo estipulação em contrário (art. 18, §1º e 2º), para solução do problema. Não havendo solução, passará a fluir o prazo decadencial de 30 ou 90 dias para propor ação, buscando uma das alternativas oferecidas pela lei no artigo 18, § 1°, do CDC.

No que diz respeito à prescrição, a regra geral de que uma vez violado o direito de crédito nasce a pretensão, acaba de certa forma sendo excepcionada nas relações de consumo, pois o legislador, preocupado com a inviabilidade de o consumidor identificar o verdadeiro autor do dano, fixou no artigo 27 que o prazo somente passa a fluir quando além do dano, for identificado a sua autoria. Enquanto não foi identificado o autor do dano, não flui o prazo prescricional.

O artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor estabelece que no caso de defeito do produto ou do serviço, prescreverá a pretensão à reparação civil em um prazo de cinco anos. Sendo assim, uma vez evidenciado o dano e sua autoriza, o consumidor deve buscar a tutela jurisdicional dentro do quinquênio.

Imagine-se uma situação em que um paciente com insuficiência renal que faça periodicamente hemodiálise e depois de algum tempo identifique que contraiu o vírus da hepatite. O prazo de prescrição somente inicial após sua ciência quanto a ocorrência do dano e sua autoria.

Outro exemplo esclarecedor pode ser identificado na decisão proferida em sede de Agravo Regimental em Recurso Especial de nº 1.081.784 – RS, Tratava-se de ação indenizatória em decorrência de fato do produto, no caso específico o tabaco. Foi a fornecedora condenada, constando da decisão que o prazo prescricional quinquenal teve seu início somente quando do conhecimento do dano pelo consumidor e de sua autoria.[36]

Um aspecto importante advindo do texto do artigo 27 diz respeito a inexistência do requisito conhecimento do defeito, a semelhança da Diretiva Europeia 85/374/CEE que foi fonte de inspiração do legislador brasileiro.[37] Apesar de existir crítica quanto a supressão de tal requisito, pois pode ocorrer de o consumidor conhecer do dano, mas não estar consciente de que o mesmo adveio de um defeito, predomina o entendimento de que estaria implícito no dispositivo a necessidade de conhecimento do defeito, afinal esta é a interpretação que se coaduna com o espírito de um diploma protetivo como é o Código de Defesa do Consumidor[38].

3.2 As causas interruptivas, suspensivas e impeditivas nas relações entre iguais e desiguais

Conforme se identifica do texto do Código Civil brasileiro, os prazos prescricionais podem ser interrompidos, suspensos ou submetidos a causas impeditivas.

Nascendo a pretensão, passa a fluir o prazo prescricional, salvo se seu transcurso esteja sob impedimento legal, como por exemplo no caso de a pretensão nascer entre ascendente e descendente, tutor e tutelado ou curador e curatelado (art. 197, III). Segundo Arnaldo Rizzardo são princípios de ordem moral que impedem o curso do prazo, pois "a afetividade, o relacionamento, a proximidade e outros fatores são incompatíveis com situações limitadoras de direitos ou que levam a sua extinção"[39].

---

36 AGRAVO REGIMENTAL - RECURSO ESPECIAL - NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - NÃO OCORRÊNCIA - RESPONSABILIDADE CIVIL - RELAÇÃO DE CONSUMO - FATO DO PRODUTO - TABAGISMO - PRESCRIÇÃO QUINQUENAL - INÍCIO DA CONTAGEM DO PRAZO - CONHECIMENTO DO DANO E DE SUA AUTORIA - PRECEDENTE DA E. SEGUNDA SEÇÃO DESTA A. CORTE - INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 83/STJ - AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I - A e. Segunda Seção desta a. Corte, por ocasião do julgamento do Recurso Especial n. 489.895/SP, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJe 23/04/2010, reiterando a jurisprudência desta a. Corte, considerou que, em se tratando de ação que objetiva a reparação dos danos causados pelo tabagismo, por se tratar de dano causado por fato do produto ou do serviço prestado, a prescrição é qüinqüenal, regida pelo artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor, norma especial que afasta a incidência da regra geral, contida no CC/1916. II - Agravo regimental improvido. (Agravo Regimental em Recurso Especial de nº 1.081.784 – RS, Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relator Ministro Massami Uyeda. DJe 03/02/2011)

37 MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 405.

38 SANSEVERINO, Paulo de Tarso Viera. Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor e a Defesa do Fornecedor. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 325-326.

39 RIZZARDO, Arnaldo. Parte Geral do Código Civil. 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 2008, p. 630.

Pode ocorrer também de o prazo ter iniciado e seja suspenso como na hipótese de pender ação de evicção (art. 199, III), de forma que o prazo já transcorrido será computado e quando a causa suspensiva cessar, voltará a contar de onde parou. Decorrerá a suspensão de causas subjetivas a semelhança da interrupção, ou seja, motivadas por razões que dizem respeito a qualidade das partes.[40]

Também, pode surgir uma causa interruptiva, quando no caso, o prazo transcorrido não vai ser computado quando a causa cessar, pois ocorrerá a recontagem, como previsto no artigo 202 do Código Civil. A interrupção se implementará quando ocorrer "fato hábil a destruir os efeitos do tempo já decorrido, em consequência anular a prescrição iniciada"[41]

No que diz respeito a decadência a regra é de que a mesma não é passível de interrupção, suspensão ou impedimento, salvo no caso previsto no artigo 198, I, considerando-se, portanto, que contra incapazes a decadência não flui.

O Código de Defesa do Consumidor não se preocupou em trazer regras gerai a cerca da interrupção, suspensão e impedimento dos prazos, o que é claro não exclui a possibilidade nas relações de consumo, sendo que perante omissão da norma protetiva, inequívoca a aplicação subsidiária do Código Civil.

No que diz respeito a decadência, o legislador incluiu no artigo 26 §2º, regra dispondo hipóteses que obstam a decadência, estabelecendo que em tais casos o prazo deixará de fluir.

3.3 O "obstar" a decadência nas relações de consumo

O artigo 26 §2º do Código de Defesa do Consumidor elenca as chamadas causas obstativas da decadência, enumerando-as como sendo a reclamação comprovadamente formulada pelo consumidor perante o fornecedor até a resposta negativa e a instauração de inquérito civil.

Adotou o legislador consumerista a expressão "obstar" o que é claro trouxe à doutrina dúvidas sobre qual efeito as hipóteses gerariam; se suspenderiam ou interromperiam o prazo decadencial.

Francesco Messineo ao tratar das hipóteses de suspensão e de interrupção dos prazos prescricionais, refere que são causas suspensivas aquelas situações concernentes a casos específicos como os envolvendo a capacidade, certas situações jurídicas ou relações e que por isso operam *ex lege,* sem ser necessária a manifestação do interessado para a suspensão. Já as causas de interrupção advêm de atos, exigindo, portanto, iniciativa do interessado.[42]

Da análise das causas elencadas no Código Civil chega-se à conclusão de que tal entendimento foi o adotado, sendo que a suspensão se dá por força da lei e independentemente da vontade do credor[43], enumerando a lei causas e determinando que enquanto as mesmas persistirem, o prazo fica suspenso.

Da mesma forma, quanto a interrupção, percebe-se que as hipóteses sempre envolvem a iniciativa, uma conduta positiva do credor, demonstrando que o mesmo não está inerte.

Ocorre que a regra geral no Direito brasileiro é de que a decadência não é passível de interrupção ou suspensão, o que reforça ainda mais a discussão em torno da matéria, pois parece que o Código de Defesa do Consumidor veio excepcionar esta regra[44], estabelecendo que o prazo decadência poderá deixar de fluir se qualquer das hipóteses do § 2º do artigo 26 implementarem-se.

---

40 NEVES, Gustavo. NEVES, Gustavo Kloh Muller. Prescrição e decadência no novo Código Civil. A parte geral do novo Código Civil – Estudo na perspectiva civil-constitucional – Coordenador Gustavo Tepedino, 2º edição. Renovar. Rio de Janeiro -São Paulo, 2003, p. 427 a 441, p. 434.

41 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. vol. I. 23ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 2009, p. 598.

42 MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial, tomo II. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América. 1971, p. 71.

43 NAKAMURA, Mario Massao. Prescrição: alguns tópicos relevantes. *Revista Jurídica, n. 438*. Abril 2014, p. 73.

44 BENJAMIN, Antônio Herman V. Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 23.

Indispensável, assim, identificar o significado da expressão "obstar", pois como já demonstrado dependendo da posição adotada, os efeitos serão distintos.

Na doutrina identificam-se posições divergentes. Há entendimento no sentido de que a expressão deva ser considerada como sinônimo de interrupção[45], outros atribuindo os efeitos da suspensão[46], outros alegando haver casos de interrupção para o artigo 26, § 2º, inciso I, de suspensão para artigo 26, § 2º, inciso III, do CDC[47], pois na hipótese do inciso I necessária uma conduta do credor em defender seu direito, reclamando diretamente ao fornecedor, enquanto no inciso III a hipótese diz respeito a fato objetivo, que não está vinculado diretamente à vontade das partes.

Todavia, para uma busca do significado da palavra "obsta", parece-nos coerente a aplicação das lições de Francesco Messineo, anteriormente citadas, quando da busca de uma diferenciação entre a suspensão ou interrupção dos prazos, de forma que se tratando de um ato jurídico se está diante de uma interrupção, ao passo que ocorrendo um fato ou uma situação jurídica que operem *ex lege*, se estará diante de casos de suspensão.

Verifica-se assim que para operar-se a interrupção é necessário que o interessado pratique um ato, que no caso do artigo 26, §2º, I, da Lei 8.078/90 será a reclamação realizada pelo consumidor. Da mesma forma, na hipótese prevista no artigo 26, § 2º, III necessário um ato, qual seja, a manifestação da parte legitimada, o Ministério Público.

Além do exposto, parece ser defensável a interrupção do prazo e não a suspensão, uma vez que a legislação consumerista visa a proteção do consumidor. Considerar-se que obstar o prazo significa interrompê-lo é a interpretação mais favorável ao consumidor, pois os prazos são recontados, ao passo que se fosse hipótese de suspensão, ao retomar a contagem do prazo seria concedido ao consumidor, um período mais curto para que exercesse o seu direito de forma a prejudicá-lo.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o objetivo de promover a segurança jurídica nas relações o ordenamento jurídico brasileiro fixou prazos prescricionais e decadenciais, estabelecendo o período de tempo durante o qual as partes podem exercer seus direitos e pretensões.

No Direito brasileiro após longo período de discussões e imprecisões, obteve-se com o Código Civil de 2002 uma maior harmonização da matéria, pois o diploma estabeleceu expressamente que a prescrição atinge a pretensão e clarificou que a decadência faz com que os direitos potestativos não possam mais ser exercidos, como efeito da inércia de seu titular.

Além de ter permitido uma melhor compreensão quanto aos institutos, o Código Civil brasileiro também trouxe uma melhor operabilidade para a matéria e estabeleceu prazos mais reduzidos em comparação com o diploma anterior.

Em matéria de consumo observa-se que o legislador foi bastante objetivo ao tratar da prescrição e da decadência, regulando a matéria em apenas dois artigos, sem excluir, entretanto, a aplicabilidade das normas constantes do Código Civil, as quais incidirão quando o Código de Defesa do Consumidor não disciplinar sobre a matéria.

Somente para os casos de vícios de adequação dos produtos ou serviços que o legislador consumerista fixou prazos de decadência, assim como quanto aos prazos prescricionais, estabeleceu sua aplicabilidade exclusivamente aos casos de defeitos nos produtos ou serviços, sendo que para todas as demais matérias, os prazos aplicáveis serão os do Código Civil.

---

45 ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. Considerações sobre o regime da prescrição no Código Civil de 2002 e seus efeitos quanto à lei de defesa do consumidor. *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002 – Convergências e assimetrias. Biblioteca de direito do Consumidor* – 26. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 310.

46 DENARI, Zelmo. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos autores do anteprojeto. São Paulo: Forense Universitária. 2000, p. 201.

47 GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. Vícios do produto e do serviço por qualidade, quantidade e insegurança. Cumprimento imperfeito do contrato. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 397.

Mesmo no que diz respeito a suspensão ou interrupção dos prazos, o fixado pelo Código Civil mantém-se como regra, salvo no caso da decadência, a qual pode ser obstada nas hipóteses previstas pela legislação consumerista. Além do Código de Defesa do Consumidor excepcionar a regra geral ao estabelecer que a decadência pode ter seus efeitos paralisados, identifica-se que ao ser o prazo obstado, na realidade ele é interrompido, reiniciando sua contagem quando a causa interruptiva cessar.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. Direito das Obrigações, 9ª edição. Coimbra: Almedina, 2006.

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista de Direito Processual Civil*, v. 3, jan/jun, 1961. São Paulo, p. 95-132.

ANTUNES VARELA. João de Matos. Das obrigações em geral, vol. I. 9ª edição. Coimbra: Almedina. 1996.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. Considerações sobre o regime da prescrição no Código Civil de 2002 e seus efeitos quanto à lei de defesa do consumidor. *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002 – Convergências e assimetrias. Biblioteca de direito do Consumidor – 26*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.300 – 324.

BENJAMIN, Antônio Herman V. Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor. São Paulo: Saraiva, 1991.

BEVILAQUA, Clóvis. Teoria Geral do Direito Civil, 2º Edição. Rio de Janeiro: Rio, 1980.

CÂMARA LEAL, Antônio Luiz. Da prescrição e da decadência, 2º edição. Rio de Janeiro: Forense. 1959.

DENARI, Zelmo. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos autores do anteprojeto. São Paulo: Forense Universitária. 2000, p. 140 a 210.

ERTHAL, Clélio. Prescrição e decadênca no anteprojeto de Código Civil. *Arquivos do Ministério da Justiça*, n. 144.out/dez, 1977, p. 59-64.

FERREIRA, William Santos. Prescrição e Decadência no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor,* n. 10, abr/jun, 1994, p. 77 – 96.

GAGLINO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Prescrição nos Contratos de Seguro – Reflexões. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil n. 55, jul.- ago, 2013, p. 38 – 75.

GRINOVER, Ada Pelegrini e BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e. Código Brasileiro de defesa do consumidor. 6ª Edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. Vícios do produto e do serviço por qualidade, quantidade e insegurança. Cumprimento imperfeito do contrato. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LARENZ, Karl. Derecho de Obligaciones, tomo I. Madrid: Revista de Derecho Privado.1952.

MACHADO, Jânio de Souza. A redução dos prazos de prescrição e o novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, v. 805, nov. 2002, p. 20 – 33.

MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor- o novo regime das relações contratuais. 6ª edição. São Paulo: Revistas dos Tribunais. 2011.

MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial, tomo II. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América. 1971.

MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.

NAKAMURA, Mario Massao. Prescrição: alguns tópicos relevantes. *Revista Jurídica, n. 438*. Abril 2014, p. 59 - 93.

NEVES, Gustavo Kloh Muller. Prescrição e decadência no novo Código Civil. *A parte geral do novo Código Civil – Estudo na perspectiva civil-constitucional.* Coordenador Gustavo Tepedino, 2º edição. Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar. 2003, p. 427 - 441.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil., vol. I. 23ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 2009.

PONTES DE MIRANDA. Tratado de Direito Privado – Parte Geral, tomo VI. Editora RT, São Paulo, 1983.

REALE, Miguel. O projeto do novo Código Civil, 2º edição. São Paulo: Saraiva, 1999.

RIZZARDO, Arnaldo. Parte Geral do Código Civil. 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 2008.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Viera. Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor e a Defesa do Fornecedor. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

SIMÃO. JOSÉ FERNANDO. Aspectos controvertidos da prescrição e decadência na teoria geral dos contrato e contratos em espécie. *Novo Código Civil. Questões controvertidas.* Coordenação Mário Luiz Delgado e Jones Figueiredo Alves. Série Grandes Temas de Direito Privado, vol. 4. São Paulo: Método. 2005, p. 343 – 384.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Prescrição e Decadência no Novo Código Civil: Alguns Aspectos Relevantes. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n. 23, mai. – jun. 2003, p. 128 – 147.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A Prescrição quinquenal para a cobrança de dívidas no Código Civil de 2002. *Revista dos Tribunais, vol. 907*, maio 2011, p. 31 – 58.

SUPERABILIDADE DAS REGRAS JURÍDICAS

Anizio Pires Gavião Filho[1]
Rosemeri Munhoz de Andrade[2]

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A teoria dos princípios como teoria da norma jurídica. 3. O dever de obediência das regras jurídicas. 4. A superabilidade das regras jurídicas. 5. O procedimento argumentativo. 6. Casos de superabilidade de regras jurídicas. 7. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é propor uma reflexão sobre uma questão bastante atual no contexto da interpretação e aplicação das normas jurídicas na prática da jurisdição brasileira. Ela diz com a não aplicação de regras jurídicas válidas. Essa não aplicação de regras jurídicas não é uma não aplicação qualquer. Trata-se de uma discussão cuja designação ainda não encontrou uma nomenclatura definitiva na linguagem portuguesa, especialmente porque o assunto tem origem na chamada *defeasibility* da literatura de teoria do Direito norte-americano[3].

A palavra inglesa *defeasibility* é derivada do adjetivo anglo-francês *defeasible* e do substantivo *defeat*. Ainda que sempre se possam oferecer objeções às traduções, pois se trata de um procedimento hermenêutico, que talvez não forneça uma única resposta correta, costuma se encontrar a tradução do verbo *to defeat* para derrotar e do substantivo *defeat* para derrota. Na especificidade da linguagem do Direito, a tradução normalmente rastreada remete para os verbos anular, cassar, revogar. O adjetivo *defeasible* tem sido empregado em inglês para significar *capable of being annulled or terminated* ou, ainda, *capable of being defeated or rendered void.* Essas formulações podem ser traduzidas para o português como capacidade de ser derrotada, anulada, cassada ou revogada.

Nas poucas formulações da dogmática brasileira sobre o assunto, a *defeasibility* norte-americana tem sido traduzida por derrotabilidade[4] ou superabilidade normativa[5]. Poderia, ainda, cogitar-se da tradução para excepcionalidade ou excepcionalizabilidade normativa.

Mas a questão central sobre o assunto não está propriamente na designação de uma prática da jurisdição na interpretação e aplicação do Direito, mas no seu significado e na sua implicação para com o ordenamento jurídico quanto às suas funções de previsibilidade e de estabilidade das relações jurídicas e, fundamentalmente, à objetividade e racionalidade do Direito.

---

1 Mestre em Direito – UFRGS. Doutor em Direito – UFRGS. Professor de Teoria da Argumentação Jurídica e Hermenêutica Jurídica da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul – FMP. Procurador de Justiça, RS.

2 Pós-graduada em Administração de Marketing. Master in Business Administration - Gestão Financeira, Auditoria e Controladoria. Acadêmica da Faculdade de Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul - FMP. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Direito como Argumentação da FMP.

3 Cf. SCHAUER, Frederick. *Playing by the Rules*. New York: Oxford University Press, 1991.

4 Cf. VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. *Hermenêutica jurídica e derrotabilidade*. Curitiba: Juruá, 2010.

5 Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. São Paulo: 14ª ed., 2013, p. 135; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Argumentação contra legem*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 232.

Superabilidade normativa significa não aplicação de uma regra jurídica válida quando presentes, na situação jurídica examinada, todos os elementos integrantes na hipótese normativa abstratamente formulada. Cuida-se de um caso em que não é colocada dúvida sobre o significado a ser atribuído ao texto jurídico normativo que estabelece uma consequência jurídica definitiva para uma determinada hipótese normativa. Igualmente, não se trata de um caso em que o próprio ordenamento jurídico já estabelece por meio de uma regra jurídica uma exceção.

O caso é de não aplicação de uma regra jurídica válida quando aplicável[6]. Com isso se diz duas coisas. Primeiro, que o assunto se refere a não aplicação de regras jurídicas, o que não inclui princípios. Nesse ponto, a teoria dos princípios como teoria das normas está pressuposta. Quando se fala de não aplicação de regra jurídica se está falando de não aplicação de regras jurídicas e não da não aplicação de princípios jurídicos. A questão da aplicação ou não aplicação de princípios é assunto de ponderação, que aqui não é pertinente. Segundo, que o assunto se refere a não aplicação de regras jurídicas válidas. Com isso, fica excluída qualquer discussão sobre a validade da regra jurídica como norma universal. O intérprete e aplicador do Direito não coloca em questão qualquer problema de validade jurídica da regra jurídica como norma universal, mas não aplica a regra jurídica.

Portanto, superabilidade normativa significa não aplicação de uma regra jurídica para além dos casos de interpretação jurídica, de classificação normativa de fatos jurídicos e tampouco de validade jurídica. É o caso quando o intérprete e aplicador do Direito, por razões outras, deixa de aplicar uma regra jurídica diretamente aplicável ao caso que lhe é submetido à análise e julgamento.

A questão central que pode ser colocada é se a jurisdição está autorizada pelo Direito a não aplicar regras jurídicas quando a situação jurídica requer a aplicação da regra jurídica. O juiz, competente para interpretar e aplicar o Direito, na resolução de uma situação jurídica concreta, detém legitimidade para deixar de aplicar uma regra jurídica válida? O tribunal está juridicamente autorizado pelo Direito a não aplicar uma regra jurídica válida? Se essas questões podem ser respondidas positivamente, o próximo passo é perguntar quais são as razões que devem ser apresentadas e que condições devem ser cumpridas para a justificação racional dessas decisões judiciais.

As razões normalmente dadas para a não aplicação de regras jurídicas remetem à teoria dos princípios que, como uma teoria das normas jurídicas, propõe que as normas jurídicas são regras e princípios. O que parece ter sido entendido pela prática jurídica judicial é que os princípios são mais importantes que as regras jurídicas. Assim, quando uma regra jurídica estabelece uma consequência jurídica que se choca com algum princípio do ordenamento jurídico, este se sobrepõe a regra jurídica, resultando autorizada a não aplicação da regra com base em um princípio do ordenamento jurídico. É como se os princípios tivessem um peso ou uma hierarquia sobre as regras jurídicas.

Nesse sentido, então, os casos de não aplicação de regras jurídicas costumam apresentar como razões a dignidade da pessoa humana, a justiça, a igualdade, a proporcionalidade e a razoabilidade. Um elemento normalmente presente na justificação de não aplicação das regras jurídicas diz com as particularidades da situação concreta examinada, especialmente quanto às consequências práticas da decisão judicial. Nesses casos, então, argumentos consequencialistas são abundantes.

O que segue tem a oferecer uma estrutura metodológica para a justificação argumentativa da superabilidade das regras jurídicas. A quebra de uma regra jurídica, entendida como um caso de não aplicação de uma regra jurídica quando a situação jurídica examinada realiza todos os elementos da hipótese normativa abstratamente dada no texto da disposição jurídica, somente pode se achar juridicamente autorizada no marco do Direito positivo em situações fáticas excepcionais, cumprido rigoroso procedimento e pesado ônus argumentativo. A discussão

6 Cf. HAGE, Jaap. *Reasoning with rules*. Dordrecht: Kluwer, 1997. Hage distingue entre aplicabilidade, satisfação e aplicação. Aplicabilidade não se confunde com a satisfação das condições da regra jurídica. A satisfação das condições de uma regra é necessária, mas não suficiente para a aplicabilidade da regra jurídica. Uma regra jurídica é aplicável se e somente satisfeitas as suas condições e se sua aplicação não está excluída. Aplicabilidade é uma razão deôntica para aplicação de uma regra jurídica. Se não há razões para não aplicar a regra, a regra deve ser aplicada. Mas, aplicabilidade é a principal razão pela qual uma regra deve ser aplicada (Cf. HAGE, Jaap. *Reasoning with rules*. Dordrecht: Kluwer, 1997).

proposta apresenta, primeiro, anotações sobre teoria dos princípios como teoria da norma jurídica e, depois, uma análise sobre as razões das regras jurídicas. Ao final, então, esta investigação propõe o conjunto de exigências argumentativas que a superabilidade das regras jurídicas deve cumprir se pretende ser reconhecida como uma empreitada racional.

2. A TEORIA DOS PRINCÍPIOS COMO TEORIA DA NORMA JURÍDICA.

A superabilidade das regras jurídicas não exige uma teoria das normas jurídicas como a proposta pela teoria dos princípios. Na prática jurídica da atividade judicial, juízes e tribunais podem livremente deixar de aplicar regras jurídicas independentemente da pressuposição de uma teoria normativa como a da teoria dos princípios. É bem provável que nesses casos sejam produzidas decisões judiciais subjetivas, assentadas mais em valorações pessoais políticas, morais ou sociais do julgador do que em uma argumentação racional e intersubjetivamente controlável. O juiz pode entender, conforme a sua valoração moral e sua concepção de justiça, que a justiça do caso concreto que lhe é submetido a julgamento não é determinar o curso de ação estabelecido na consequência das regras jurídica. Então, uma teoria dos princípios como uma teoria das normas jurídicas não é uma condição necessária para a superabilidade das regras jurídicas.

Entretanto, uma relação entre a teoria dos princípios como teoria da norma jurídica e a superabilidade das regras jurídicas pode se fazer sentir em dois pontos. Primeiro, deve-se reconhecer que a teoria dos princípios como teoria da norma jurídica tem uma contribuição relevante para a superabilidade das regras jurídicas na medida em que os princípios têm sido apresentados como razões para justificar a não aplicação de regras jurídicas. Com isso, pode ser afirmado que a teoria dos princípios como teoria da norma jurídica exerce influência na prática jurídica judicial de superação das regras jurídicas. Segundo, a teoria dos princípios como teoria da norma jurídica alcança luz sobre o assunto da superabilidade das regras jurídicas. Compreender a teoria dos princípios como teoria da norma jurídica permite melhor conhecer a superabilidade das regras jurídicas. Além disso, como a teoria dos princípios está também acoplada a uma teoria da argumentação jurídica, a relação entre a teoria dos princípios como teoria da norma jurídica e a superabilidade das regras jurídicas leva à teoria da argumentação jurídica. Isso implica que a superabilidade das regras jurídicas pode aspirar racionalidade.

A teoria dos princípios como teoria da norma jurídica diz que o sistema jurídico é um sistema de normas jurídicas que são regras e princípios.

Os critérios mais consistentes para a distinção entre as regras e os princípios devem ser remetidos ao argumento da separação forte de princípios e regras, desenvolvido por Dworkin e Alexy, que aponta para a distinção qualitativa entre as regras e os princípios[7].

A distinção entre as regras e os princípios, segundo Dworkin, está no modo de aplicação diferenciado das regras e dos princípios e na solução para os casos de conflitos de regras e de colisão de princípios[8].

As regras são aplicadas na forma do tudo ou nada, de tal sorte que no caso de incidência de uma regra somente duas alternativas são possíveis: *i*) a regra é válida, vinculando juridicamente pela via das consequências normativas estabelecidas e, assim, vale para conduzir a proposição normativa singular da decisão judicial – uma regra, mesmo válida, pode ser deixada de lado quando incidir alguma exceção que lhe possa ser apresentada. Isso, contudo, não afasta a forma tudo ou nada de aplicação das regras, pois a exceção possui o mesmo modo de aplicação tudo ou nada da regra; *ii*) a regra é inválida e, portanto, incapaz de vincular juridicamente qualquer decisão judicial.

Os princípios, diferentemente das regras, não determinam obrigatoriamente a decisão a ser tomada, mas contêm os fundamentos que falam a favor de uma ou outra decisão. Além disso, os princípios apresentam uma dimensão de peso que não aparece nas regras. No caso de uma

7 A tese de Dworkin deve ser complementada pela de Alexy (Cf. HECK, Luís Afonso. Regras, princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy. In: LEITE, George Salomão. (Org.). *Dos princípios constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 57).

8 Cf. DWORKIN, Ronald. The Model of Rule I. In: DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1998, p. 22-28.

colisão de dois princípios, aquele que apresenta um peso relativamente maior supera o outro, de peso menor, constituindo fundamento para a decisão judicial. Isso, contudo, não significa que o princípio de menor peso seja inválido e, por força disso, deva ser despedido do ordenamento jurídico[9].

A partir desses critérios, Alexy deixa saber que as regras são mandamentos definitivos e os princípios são mandamentos de otimização. A distinção entre as regras e os princípios forma o fundamento teórico-normativo da subsunção e da ponderação[10].

Os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas. Os princípios são mandamentos a serem otimizados, de tal sorte que admitem cumprimento em diferentes graus, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas – as possibilidades jurídicas são exatamente os princípios em sentido contrário[11]. Os princípios contêm um dever ideal e, por isso mesmo, não contêm um dever definitivo, mas um dever *prima-facie*. Como mandamentos ideais, exigem mais do que é possível realmente. Segundo Alexy, os princípios são mandamentos a serem otimizados, muito embora, ainda não exatamente, possam ser compreendidos como mandamentos de otimização. Dois planos devem ser considerados: o plano do objeto e o do metaplano. No plano do objeto, os princípios são mandamentos ideais e, portanto, mandamentos a serem otimizados. Nesse plano, os princípios são objetos de ponderação. No metaplano é que se encontram os mandamentos de otimização, quando se diz o que deve ser feito com o que se encontra no plano do objeto. Por isso mesmo, é correto dizer que mandamentos de otimização exigem que seus objetos, os mandamentos a serem otimizados, sejam realizados em medida tão ampla quanto possível. Os mandamentos de otimização, na verdade, têm a estrutura de regras, que devem ser cumpridas ou não cumpridas[12].

A forma de aplicação das regras é a subsunção[13], entendida como o julgamento de que uma determinada situação da vida *S* realiza todos os elementos da hipótese normativa abstratamente dada em uma regra jurídica do sistema normativo. Sempre que uma situação de fato concreta *S* realiza a previsão normativa *P*, vigora para essa situação de fato a consequência jurídica *C*. Isso significa que para cada caso *P*, vigora *C*.

As regras são normas que ordenam definitivamente e, por isso mesmo, mandamentos definitivos, que devem ser cumpridos exatamente conforme o determinado[14]. Se uma regra vale, então, está ordenado fazer exatamente o fixado no espaço do fático e do juridicamente possível. Por isso mesmo, é correto fixar que as regras são normas que ordenam, proíbem ou permitem algo definitivamente ou autorizam algo definitivamente. O dever estabelecido pelas regras é sempre definitivo. A maioria das regras ordena algo para o caso de que determinadas condições se deem, de tal sorte que são normas condicionadas. Quando os pressupostos da regra estão cumpridos, produz-se a consequência jurídica estabelecida. Assim, quando uma regra vale e é aplicável, é ordenado fazer rigorosamente aquilo que ela determina. Se não se aceita isso, somente duas alternativas estão abertas: a regra deve ser declarada inválida e, assim, excluída do ordenamento jurídico ou deve ser inserida uma exceção na regra, criando-se, então, uma nova regra.

Essa formulação implica o dever definitivo de obediência das regras jurídicas.

---

9 Cf. DWORKIN, Ronald. The Model of Rule I. In: DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1998, p. 22-28.

10 Cf. ALEXY, Robert. A fórmula peso. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 131-132; ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, S. 77.

11 Cf. ALEXY, Robert. On the Structure of Legal Principles. *Ratio Juris*, v. 13, n. 3. Sept. 2000, p. 295.

12 Cf. ALEXY, Robert. A institucionalização da razão. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 37. Sem embargo disso, Alexy sugere que se preserve a caracterização dos princípios como mandamentos de otimização por expressar de forma mais simples do que tratam os princípios (Cf. HECK, Regras, princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy..., p. 82-83).

13 Cf. ALEXY, A fórmula peso..., p. 132. Ver, ainda, ALEXY, Robert. A institucionalização da razão. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 37.

14 Cf. ALEXY, On the Structure of Legal Principles..., p. 295.

3. O DEVER DE OBEDIÊNCIA ÀS REGRAS JURÍDICAS

As regras jurídicas estabelecem deveres definitivos de obediência porque são razões definitivas sobre o que deve ou não ser feito juridicamente. As regras jurídicas válidas devem ser cumpridas definitivamente porque as regras jurídicas são razões definitivas e não apenas contributivas como é o caso dos princípios. No caso de interpretação e aplicação de uma regra jurídica não há para ser ponderado, mas apenas compreendido, interpretado e aplicado. Regras jurídicas não são ponderadas no sentido da ponderação de princípios porque, no caso das regras jurídicas, o legislador democraticamente escolhido já fez a ponderação dos princípios em jogo. A questão da indeterminação normativa de uma regra jurídica, pela vagueza, ambiguidade ou abertura valorativa das palavras escolhidas pelo legislador, não desloca o seu modo de aplicação para a ponderação. A determinação do significado do texto da regra jurídica é tarefa da interpretação jurídica, a ser resolvida a partir dos argumentos interpretativos conhecidos[15].

As regras jurídicas desempenham um papel central no sistema de um ordenamento jurídico.

Os problemas de um sistema jurídico em que as normas jurídicas fossem apenas princípios e não regras jurídicas poderiam ser antecipados. Sem regras jurídicas, mas somente princípios, tem-se um sistema jurídico com um grau de indeterminação normativa tão elevado que tampouco poderia cumprir as suas funções de estabilidade, previsibilidade e segurança jurídicas. Nesse sistema jurídico, não haveria segurança sobre o juridicamente devido, permitido e proibido.

A força vinculante das regras jurídicas é decisiva para a estabilidade, previsibilidade, certeza e segurança jurídicas.

As regras jurídicas, como razões definitivas, cumprem a função de eliminar controvérsias. Se o sistema jurídico já estabeleceu uma regra jurídica sobre determinado assunto ou situação da vida, então, o assunto ou a situação da vida deve receber a disciplina jurídica dada na regra jurídica. Se o legislador democraticamente escolhido, no seu legítimo processo político de ponderação de interesses, estabeleceu por intermédio de regras jurídicas as condições para a aquisição da propriedade de bem imóvel pela posse prolongada, a velocidade de veículos automotores em via pública urbana, a incidência de um tributo ou a proibição de tratamento cruel de animais, então, sobre esses autos, pouco resta para ser controvertido. As regras jurídicas sobre os contratos privados, certamente, eliminam e previnem inimagináveis casos de controvérsias que poderiam ocorrer entre as partes nas relações privadas. Como seria o trânsito de veículos nas vias públicas das grandes metrópoles urbanas sem as regras jurídicas de trânsito? Como seriam eliminadas as controvérsias entre os mais e menos apressados? Então, as regras jurídicas devem ser cumpridas porque são razões definitivas do que é devido, permitido e proibido. As regras eliminam controvérsias.

As regras jurídicas promovem soluções previsíveis, eficientes e com menor custo[16]. As regras jurídicas, ao disciplinarem assuntos e situações da vida, estabelecem consequências jurídicas sobre o que as pessoas devem fazer, estão permitidas a fazer e estão proibidas de fazer. Essas consequências jurídicas já são, então, antes conhecidas e compreendidas. As regras jurídicas das relações contratuais privadas e as regras jurídicas do sistema normativo ambiental, uma vez interpretadas e compreendidas, guiam o agir daqueles que desejam estabelecer relações contratuais privadas do mesmo modo que as regras jurídicas ambientais orientam o agir daqueles cuja atividade econômica explora recursos e bens ambientais.

As regras jurídicas reduzem o grau de incerteza e arbitrariedade quanto à solução de conflitos na medida em que a disciplina jurídica do assunto ou situação já está dada no sistema jurídico. Igualmente, as regras jurídicas incrementam soluções equânimes em conflitos sociais.

---

15 Cf. ALEXY, Robert. Juristische Interpretation. In: ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, S. 71-94, 1995; Tradução para a língua portuguesa: Interpretação Jurídica. In: ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 61-76, 2009. GAVIAO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.

16 Cf. SCHAUER, *Playing by the Rules…*, p. 135-148.

As regras jurídicas válidas devem ser obedecidas porque dadas pelo legislador democraticamente escolhido pelo povo, traço do princípio da democracia, central para o Estado de direito democrático. As regras devem ser cumpridas porque são razões definitivas dadas no espaço de atuação e competência legítima do legislador, conforme a moldura dada pela Constituição. As regras jurídicas são resultado do debate político de solução de conflitos, lugar próprio para discussão e deliberação de interesses contrapostos.

Basta lembrar, no cenário da produção legislativa do congresso nacional brasileiro, as discussões em torno da aprovação do Código Civil de 2002 que perduram por quase trinta nos. O Código Florestal de 2012, por exemplo, entrou em vigor após três anos de discussões e deliberações. A Lei 12.651/12, o novo Código Florestal, substituiu a Lei 4.771/65. A produção deste novo Código Florestal exigiu um longo e polêmico processo, que contou com grande mobilização popular com a finalidade de evitar retrocessos aos mecanismos de conservação ambiental, e com a participação da chamada "bancada ruralista", que conseguiu inserir no texto do projeto de lei disposições para dar maior flexibilização ao tamanho das áreas de proteção permanente (APP) e a anistia dos desmatamentos ocorridos antes de julho de 2008. A Lei 12.651/12, então, foi sancionada com nove vetos[17]. Entre as disposições vetadas, por exemplo, estavam as que beneficiavam grandes produtores rurais, que diminuíam a proteção de rios intermitentes e várzeas e que permitiam a recomposição com espécies exóticas frutíferas. A ilustração desse tema tem o intuito de reafirmar que ao promulgar uma lei, muitas razões e interesses são estudados e avaliados e que muito tempo e custos são envolvidos. Se as razões de uma regra jurídica já foram suficientemente ponderadas pelo legislador democraticamente escolhido, no campo de seu espaço político, demarcado pela Constituição, então, a vinculação jurídica estabelecida deve ser concretizada. Se a regra jurídica é válida e nada é apresentado contra a sua validade, não detém o intérprete judicial legitimidade para discutir a correção moral da regra jurídica ou se as consequências jurídicas estabelecidas são adequadas ou justas.

Essas razões, então, falam a favor da realização concreta do determinado pelas regras jurídicas válidas.

Com isso, está justificado afirmar que a solução previsível das regras desempenha um papel fundamental para a segurança jurídica. A obediência às regras é um dever, uma vez que geram efeitos relativos a comportamentos e valores, como segurança, paz e igualdade, todos perseguidos pelo ordenamento jurídico.

À formulação de que as regras jurídicas constituem razões definitivas e, por isso, determinam definitivamente fazer exatamente o dito no texto jurídico normativo dado pelo legislador, podem ser levantadas fortes objeções e críticas.

Uma objeção poderia ser a de que essa formulação pressupõe uma concepção do formalismo interpretativo do positivismo legalista do Séc. XIX, como a da escola da exegese francesa, modelo em que a função do juiz se resume a declarar o conteúdo do dado pelo legislador por intermédio de uma operação mecânica lógico-dedutiva de aplicação da norma jurídica a uma situação fática concreta. Outra objeção poderia ser a de que essa formulação nega a atividade criativa da interpretação judicial, desconhecendo a historicidade do momento hermenêutico de interpretação e aplicação das normas jurídicas. Nessa linha, poderia ser formulado que essa proposta toma o texto jurídico normativo como objeto pronto e acabado, dotado de objetividade universal, o que pressupõe negar o papel do círculo hermenêutico da relação entre o significado do texto e seu contexto de aplicação a uma situação fática concreta[18].

Essas objeções não atingem a tese de que as regras jurídicas são razões definitivas, requerendo seu cumprindo exatamente como o determinado juridicamente, uma vez cumpridos, na situação fática concreta, todos os elementos constitutivos da hipótese normativa abstratamente dada pelo legislador. As questões levantadas nessas objeções apontam para a questão de interpretação das regras jurídicas, que remetem às razões que devem ser apresentadas para justificar o significado atribuído pelo intérprete ao texto jurídico normativo. A tese de que as regras jurídicas

17 Junto ao novo Código Florestal, foi editada a Medida Provisória 571/12, a fim de tratar dos assuntos e matérias objetos dos vetos. Contudo, a Medida Provisória 571/12 resultou modificada pelo Projeto de Lei de Conversão 21/2012. Entretanto, houve novos veto, na mesma linha do feito em relação à Lei 12.727/2012, publicada juntamente ao Decreto 7.830/2012.

18 Cf. GADAMER, Georg Hans. *Wahrheit und Methode*. Tübingen: Mohr, 1990.

são aplicadas mediante subsunção, defendida pela teoria dos princípios, pressupõe já a determinação do significado do texto da regra jurídica sob a base da situação concreta considerada. A expressão do círculo hermenêutico da relação entre o texto jurídico normativo e a situação fática concreta da vida é completada pela apresentação de razões de justificação do julgamento da subsunção, que é o reconhecimento de que todos os elementos há hipótese abstratamente dada na regra jurídica se acham concretizados.

Então, a discussão aqui proposta já pressupõe a determinação do significado do texto jurídico normativo dado pelo legislador com a estrutura de uma regra jurídica. Assim, todas as questões que podem ser levantadas quanto à interpretação correta ou à interpretação justificada pelos melhores argumentos já devem estar superadas quando em discussão o assunto da superabilidade das regras jurídicas. É que o tema já pressupõe que a regra jurídica é aplicável ao caso sem controvérsias. A questão é propriamente a de que, em que pese aplicável ao caso, a regra jurídica não é aplicada. A regra é superada por razões outras que não as da interpretação jurídica de determinação do significado do texto jurídico normativo.

Uma objeção interessante a respeito do papel das regras jurídicas no sistema normativo é formulada por Sunstein, que defende uma concepção casuística da interpretação e aplicação do Direito. Ao desafiar a virtude pretendida pelas regras, Sunstein apresenta alguns problemas: a) imprecisão gerada pela regra jurídica aplicada a casos particulares; b) as regras jurídicas podem estar ultrapassadas; c) as regras jurídicas são generalistas e abstratas; d) as regras jurídicas conduzem à discricionariedade judicial; e) as regras jurídicas permitem "*escapes*" para fora de sua abrangência; f) as regras jurídicas podem ser desumanas e processualmente injustas. Nesse sentido, Sunstein conclui que o que importa é um bom julgamento do caso concreto e isso supera o papel de boas regras[19].

Além disso, Sunstein acrescenta que as regras não constituem a base do caráter da pessoa moral. Elas são apenas o reflexo pálido e parcial no nível relativamente impotente da linguagem. Nesse sentido, então, se as fragilidades humanas e as necessidades institucionais são postas de lado, os juízos particularizados, com base nas características relevantes do caso, representam a forma mais elevada de justiça[20]. Dessa forma, então, Sunstein conclui que as regras jurídicas não são o que parecem e ser e podem "quebrar" no momento da aplicação. É que as regras jurídicas não conseguem resolver todos os casos antecipadamente. Além disso, a inevitável necessidade de interpretação das regras jurídicas abala a aspiração de justiça. Por fim, argumenta Sunstein que as regras são "obtusas" de grande generalidade, cegas para detalhes, o que não permite a justiça, a não ser se adaptadas às particularidades de cada caso concreto[21].

Essa objeção não retira o papel central das regras jurídicas no sistema normativo. As formulações de Sunstein acertam definitivamente o alvo quando apontam para os problemas da interpretação e aplicação das normas jurídicas. A compreensão, a interpretação e aplicação das normas jurídicas para resolução de casos concretos e o estabelecimento de deveres jurídicos singulares definitivos não se constitui em atividade singela ou que pode ser desenvolvida por intermédio de operações simples. As dificuldades que a compreensão, a interpretação e aplicação das normas jurídicas colocam não são razões para negar a virtude das normas jurídicas como instituição central no marco normativo do Estado de Direito ou do *Rule of Law*.

As normas jurídicas e, muito especialmente, as regras jurídicas cumprem um papel central como marco normativo do ordenamento jurídico de uma comunidade. O que deve ser bem compreendido é que não se cogita de conhecer, interpretar e aplicar as regras jurídicas sem tomar em conta as particularidades dos casos concretos. O reconhecimento de que uma determinada situação fática encontra já uma disciplina jurídica no sistema jurídico pressupõe que o caso concreto e suas características particulares contam decisivamente. Contudo, isso não pode significar que as regras são "obtusas", cuja generalidade em nada contribui para a realização da justiça. As regras jurídicas são virtuosas para a solução previsível de conflitos. As regras jurídicas ocupam um lugar nuclear para a estabilidade e a previsibilidade das relações jurídicas e, assim, para a concretização da segurança jurídica.

---

19 Cf. SUNSTEIN R., Cass. *Legal Reasoning and Political Conflict*. New York: Oxford University Press, 1996, p. 130 -134.

20 Cf. SUNSTEIN R., *Legal Reasoning and Political Conflict*..., p. 135.

21 Cf. SUNSTEIN R., *Legal Reasoning and Political Conflict*..., p. 121.

A partir dessas formulações, a questão que pode ser colocada é se as regras jurídicas podem ser superadas.

Se as regras jurídicas são razões definitivas, deve ser cumprido exatamente o que as regras jurídicas estabelecem como devido, permitido ou proibido. Nem mais, nem menos. Se na grande maioria dos casos as regras determinam definitivamente o que deve ser feito ou não deve ser feito concretamente, nem sempre é assim. É que podem ser rastreadas situações concretas extremas em que, não obstante a concretização de todos os elementos da hipótese normativa abstratamente dada na regra jurídica, a realização das consequências jurídicas estabelecidas pela regra jurídica se mostra contrária à razão prática. O que se coloca, nesses casos, é se as razões de justificação da regra jurídica ainda mantêm o seu dever de definitividade.

Como observa Ávila, o ponto determinante não é o suposto caráter absoluto das obrigações estatuídas pelas regras jurídicas, mas a forma como as razões que estabelecem a implementação das suas consequências podem ser validamente superadas; nem tampouco a ausência de consideração pelas regras a aspectos concretos e individuais, mas o modo como essa consideração deverá ser validamente fundamentada, o que é outra coisa[22].

Nesse mesmo sentido, Schauer diz que podem existir circunstâncias em que há ausência de uma orientação clara das regras jurídicas existentes, mas que isso não deve ser considerado como restrição ao intérprete. A confusão está na identificação do efeito que a aplicação da regra jurídica gera e o que ela diz. De outra forma, quando a regra jurídica não apresenta dúvida quanto a seu significado, mostrando-se clara, mesmo assim há a necessidade de verificar as justificações subjacentes da regra jurídica[23].

É nesse ponto que se acha inserida a discussão em torno da superabilidade das regras jurídicas. A grande discussão que se apresenta é devido às consequências de uma superação das regras jurídicas, pois o sistema jurídico com regras jurídicas é previsível e seguro. As regras que devem ser seguidas para a manutenção da ordem pública e regulação das condutas. Esse discurso seria perfeito se pudesse ser plenamente cumprido. Em que pese muitas vezes a aplicação da regra proporcionar soluções eficientes e equânimes, é fato que essa aplicação envolve valores morais, éticos entre outros e nesse sentido faz-se necessário investigar se a aplicação das regras jurídicas cumprem efetivamente as exigências da racionalidade prática. Em alguns casos, é possível que a justiça perseguida pelas regras jurídicas conduza a resultados inaceitáveis sob o ponto de vista prático, consubstanciando situações de extrema injustiça. Isso pode ocorrer, por exemplo, quando a finalidade pela qual a regra jurídica foi criada não é atingida. Ao invés disso, a própria aplicação da regra leva consequências mais negativas e desfavoráveis às razões da própria regra jurídica.

O que segue, então, tem a pretensão de examinar a superabilidade das regras jurídicas, notadamente as condições materiais e procedimentais que devem ser cumpridas para a superação racional das regras jurídicas.

4. A SUPERABILIDADE DAS REGRAS JURÍDICAS

A superabilidade de uma regra jurídica é a sua não aplicação a uma situação fática concreta que realiza todos os elementos integrantes de sua hipótese normativa abstratamente formulada. Cuida-se de um caso em que não há controvérsia sobre o significado do texto jurídico normativo descritivo da hipótese normativa. Igualmente, não há dúvida sobre a consequência jurídica estabelecida na regra jurídica.

O célebre exemplo da regra jurídica que proíbe o tráfego de veículos no parque formulado por Hart[24] é ilustrativo. Nesse caso, a aplicação da regra jurídica pode ser controvertida sob o argumento do significado a ser atribuído à palavra *veículos*. No caso, então, a discussão é de interpretação jurídica. Qual é o significado de *veículos*? A partir da determinação do significado da palavra *veículos* da regra jurídica, tem-se a determinação do que é proibido de trafegar no

22 Cf. ÁVILA, *Teoria dos Princípios...*, p. 51.

23 Cf. SCHAUER, *Playing by the Rules…*, p. 122-126.

24 Cf. HART, H. L. A. *The Concept of Law*. London: Oxford University Press, 1961.

parque. Essa determinação de significado dá o âmbito normativo da regra jurídica de modo a incluir ou não caminhão, caminhão do lixo, caminhão de alimentos, caminhão de bombeiros, carro particular, carro de polícia, carrinho de pipoca, carrinho de golfe, motocicleta, bicicleta elétrica, bicicleta, *skate* ou *skate* elétrico. Essa questão resolve-se com o emprego dos argumentos interpretativos conhecidos[25]. A questão da superabilidade da regra jurídica não se identifica com os casos em que há controvérsia sobre o significado da disposição da regra jurídica.

Cuida-se de superabilidade judicial de regras jurídicas válidas[26] para além dos casos de excepcionalidade de regras jurídicas, que já estão explicitados no sistema normativo. É que o ordenamento jurídico estabelece, por meio de regras jurídicas, casos de não aplicação de regras jurídicas. Nesses casos, a superabilidade das regras jurídicas não é colocada em dúvida ou controvérsia, pois autorizada pelo sistema jurídico.

O esquema simples do raciocínio de aplicação de uma regra jurídica é este:

(1) Se *P*, então Q.

(2) *P*.

(3) Logo, Q.

Esse esquema pressupõe a subsunção, que é o julgamento de que uma determinação situação da vida *S* realiza os elementos da hipótese normativa abstratamente dada *P*. O esquema simples do raciocínio de aplicação de uma regra jurídica já com o julgamento subsuntivo é este:

(1) Se *P*, então Q.

(2) *P* (*S* é um caso de *P*).

(3) Logo, Q.

Assim, por exemplo, o seguinte caso:

(1) Matar alguém, pena de reclusão de 6 a 20 anos (art. 121 do Código Penal).

(2) "A" matou "B".

(3) "A" deve ser condenado à pena de reclusão de 6 a 20 anos.

Esse esquema serve para dar a conhecer as premissas de justificação da conclusão de que "A" deve ser condenado à pena de reclusão de 6 a 20 anos e, nada mais, além disso. Mesmo essa conclusão, contudo, pode ser controvertida. Em todos os casos, as premissas (1) e (2) implicam a conclusão (3)? Em todos os casos as premissas (1) e (2) fundamentam dedutivamente a conclusão (3). Mas se "A" matou "B" para salvar a própria vida (art. 23, I, do Código Penal)? Mas se "A", ao matar "B", era menor de 18 anos (art. 27 do Código Penal)? Mas se "A", ao matar "B", era doente mental e inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou determinar-se de acordo com esse entendimento (art. 26 do Código Penal)? Mas se "A" matou "B", sem a intenção de fazê-lo, disparando uma arma acidentalmente (art. 18, parágrafo único, do Código Penal)? Nesses casos, regras jurídicas fazem excepcionáveis regras jurídicas. A regra excepcionada não é aplicada, ainda que *S* seja um caso de *P*.

O esquema completo do raciocínio jurídico seria este:

(1) Matar alguém, pena de reclusão de 6 a 20 anos (art. 121 do Código Penal).

(2) "A" matou "B".

(3) "A" matou "B" para salvar a sua própria vida.

---

25 Cf. GAVIAO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de direitos fundamentais*..., p.

26 A discussão sobre a superabilidade de regras jurídicas trata de regras jurídicas válidas. Estão excluídos desse tema os casos de nulidade das regras jurídicas por inconstitucionalidade formal e material. Igualmente, estão excluídas as discussões sobre os critérios normativos empregados para a solução das antinomias normativas, (hierárquico, cronológico e da especialidade, art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil).

(4) "A" agiu em legítima defesa, pois desferiu um tiro quando "B", que desejava matá-lo, estava disparando em sua direção vários tiros.

(5) Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente os meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem (art. 25 do Código Penal).

(6) Não há crime quando o agente pratica o fato em legítima defesa (art. 23, I, do Código Penal).

(7) "A" matou "B" (*P*), mas *não* deve ser condenado à pena de reclusão de 6 a 20 anos de reclusão (*não* Q).

A questão está, então, na superabilidade das regras jurídicas por outras razões. Esse caso poderia ser designado como superabilidade judicial ou criativa.

O esquema do raciocínio jurídico de superabilidade das regras jurídicas poderia ser este:

(1) Se *P*, então Q.

(2) *P* (*S é um caso de P*).

(3) Mas, *não* Q.

O problema central da superabilidade das regras jurídicas pela via da interpretação jurídica judicial é como justificar a aplicação de uma regra jurídica válida dada pelo legislador democrático escolhido no exercício de seu poder de competência constitucional. Quais razões podem ser apresentadas pelo intérprete judicial para não executar e não fazer cumprir uma decisão do legislador?

As razões normalmente apresentadas apontam para excepcionalidade da situação concreta examinada ante a generalidade e universalidade da regra jurídica aplicável. As características particularíssimas do caso concreto fazem irrazoável, desproporcional ou injusta a imposição das consequências jurídicas estabelecidas para a hipótese normativa da regra jurídica. Então, a superabilidade das regras jurídicas é acompanhada por razões consequencialistas e pragmáticas de ordem moral, política e social.

O caso do tráfego de veículos no parque pode ser novamente ilustrativo. Um motorista, que tem seu carro regularmente estacionado no local reservado, é informado que uma pessoa está acometida de um acidente vascular cerebral e parada cardíaco-respiratória no interior do parque, necessitando urgente e pronta remoção para atendimento médico-hospitalar. Esse motorista, desesperadamente demandado por amigos e familiares da pessoa enferma, ingressa com o seu automóvel no interior do parque, trafegando pelas vias destinadas aos pedestres em velocidade acentuada. Em seguida, o paciente enfermo é introduzido no interior do veículo e o motorista conduz novamente seu veículo pelas vias do parque e, depois, pela via pública, destinada ao tráfego de veículos, mas à velocidade de 100 km/h. O ordenamento jurídico dispõe de uma regra jurídica que estabelece a consequência jurídica de multa de R$ 200,00 (duzentos reais) para a hipótese de trafegar veículo no parque e estabelece a consequência jurídica de multa de R$ 300,00 (trezentos reais) e a suspensão de dirigir veículo por trinta dias para a hipótese de conduzir veículo em via pública em velocidade superior a 50 km/h. Um agente de trânsito registra os dois casos de violação de regras jurídicas, e como o ordenamento jurídico não prevê exceção, aplica ao motorista as consequências jurídicas previstas nas regras jurídicas válidas.

Esse caso pode sugerir que a aplicação das regras jurídicas e a imposição das consequências jurídicas previstas configuram situação de extrema injustiça, irrazoável e desproporcional, contrária, inclusive, aos princípios e valores centrais das relações humanas, pois o motorista quebrou as regras jurídicas, dadas por razões de ordenação da segurança do trânsito de veículos, em favor da realização de valores como a vida e solidariedade humanas. Pode-se argumentar que as razões gerais e universais das regras jurídicas, como a ordenação da segurança do trânsito e a segurança das pessoas, devem ceder ante a uma situação concreta de real e iminente risco de vida de uma pessoa. Então, o justo do caso concreto é não aplicar ao motorista as consequências estabelecidas nas regras jurídicas.

A justificação da superabilidade das regras jurídicas remete ao exame das razões das regras jurídicas. A questão central é investigação das razões das regras jurídicas. Quais são as razões subjacentes às regras jurídicas que proíbem o tráfego de veículos no parque ou que estabelecem limites de velocidade dos veículos nas vias públicas? Quais são as razões subjacentes das regras jurídicas que proíbem o tráfico de drogas, a condução de veículos por motoristas embriagados, a violência contra a liberdade sexual ou danos à integridade ambiental? As regras jurídicas são dadas e se acham justificadas por razões. O que se quer deixar claro é que a discussão sobre a superabilidade das regras jurídicas pressupõe a determinação das razões de justificação das próprias regras jurídicas.

A determinação das razões de justificação das regras não é tarefa fácil, dada a multiplicidade de respostas alternativas. Os argumentos interpretativos linguísticos, genético-históricos e teleológicos podem ser empregados para indicar o estado de coisas que o legislador democraticamente escolhido pretendia alcançar com o texto jurídico normativo dado. Por isso mesmo, a superabilidade das regras jurídicas está necessariamente unida à teoria argumentativa da interpretação jurídica. Então, entram o jogo o contexto da linguagem comum ordinária ou especializada da regra jurídica no passado e no presente, o contexto histórico da produção das regras jurídica, a relação da regra jurídica com o significado das outras normas jurídicas do ordenamento jurídico, com as formulações da dogmática jurídica sobre o assunto de que a trata a regra jurídica e as decisões judiciais precedentes que já antes interpretaram e aplicaram a regra jurídica para a solução de casos concretos julgados. O exame e a investigação desses elementos servem à determinação das razões das regras jurídicas.

A determinação das razões das regras jurídicas conduz a dois modelos para a justificação da superabilidade das regras jurídicas: o modelo de conversação (*model of conversation*) e o modelo de entrincheiramento (*model of entrenchment*). As regras jurídicas contêm generalizações que são criadas no passado e projetadas para o futuro. Ocorre que as generalizações contidas nas regras jurídicas produzidas em determinado contexto histórico, uma vez projetadas para o futuro, podem encontrar experiências recalcitrantes (*recalcitrant experiences*) que atacam as razões de justificação das regras jurídicas[27]. Essas experiências contrariam as razões de justificação das regras jurídicas. O modelo da conversação diz que a generalização contida na regra jurídica deve ser alterada para dirimir o problema surgido na medida da incorporação de novas particularidades consideradas relevantes no âmbito normativo da regra jurídica. Por seu lado, o modelo do entrincheiramento propõe que mesmo que a experiência recalcitrante conflite com a generalização contida na regra jurídica, não há a modificação da regra jurídica. Um resultado contrário à justificativa da regra jurídica continua a controlar a solução do caso[28].

O exemplo da regra que diz "proibida a entrada de cães no restaurante" é ilustrativo. A regra jurídica diz que está proibida a entrada de cães no restaurante. Se a regra emprega a palavra cães, todos os cães estão proibidos de entrar no restaurante, inclusive os chamados cães-guia, normalmente utilizados para conduzir pessoas com deficiência visual. As razões de justificação da regra jurídica estão na percepção de que a presença de cães no interior do restaurante causa desconforto aos clientes, especialmente aqueles que não gostam de animais e tampouco desejam almoçar ou jantar com a presença de cães. As razões de justificação da regra, ainda, apontam para a circunstância de que a presença de cães no restaurante pode comprometer as condições de higiene do estabelecimento e, até mesmo, a segurança dos clientes.

No caso de uma pessoa que, com deficiência visual e acompanhada de seu cão-guia, pretenda ingressar no restaurante onde estabelecida a regra que proíbe a entrada de cães, o modelo da conversação propõe uma adaptação da regra à situação concreta considerada, exatamente para autorizar o ingresso no animal do interior do restaurante. O modelo conversacional tem como característica inerente a capacidade de adaptação da aplicação das regras às condições históricas específicas e particulares, exatamente quando a generalização proposta pela regra se mostra inadequada às necessidades presentes[29].

27 Cf. SCHAUER, *Playing by the Rules ...*, p. 39.

28 Cf. SCHAUER, *Playing by the Rules ...*, p. 43-45.

29 Cf. SCHAUER, *Playing by the Rules ...*, p. 48.

A proposta do modelo conversacional serve como um ideal a ser perseguido, mas sua efetivação nas relações da vida social muito dificilmente pode ser concretizada. Por isso, Schauer propõe o modelo de entrincheiramento. Esse modelo diz que a regra deve ser aplicada inclusive para o cão-guia, pois mesmo que não atenda a justificativa, a regra atua como algo "entrincheirado" que deve controlar a solução do caso[30]. A generalização contida na regra controla a solução do caso, mesmo quando essa generalização não serve as razões subjacentes de justificação da regra.

A partir daí é que se pode colocar a discussão sobre as razões de justificação das regras jurídicas, exatamente em atenção à questão da superabilidade. Segundo Schauer, o processo de decisão baseado em regras jurídicas se caracteriza no modelo de entrincheiramento, pois quando acontece uma disjunção entre a generalização da regra e sua justificativa é possível entende-lo de forma mais apurada[31]. O que isso significa é que a superação das regras jurídicas exige uma investigação sobre as razões entrincheiradas ou razões de trincheira das regras jurídicas mesmas. O poder de resistência que as razões de justificação conferem às regras jurídicas fazem as regras jurídicas fortes e quase nunca quebráveis ou superáveis. A força da eficácia da trincheira das regras jurídicas tem origem no princípio da democracia e no princípio da divisão das funções estatais. As regras jurídicas consolidam ponderações de valores e de interesses realizadas pelo legislador democraticamente legitimado no processo político próprio. A força normativa das regras jurídicas é dada pela autoridade do legislador. As regras jurídicas são razões para a determinação de cursos definitivos de ações[32]. As regras jurídicas contêm generalizações que se projetam para o futuro das relações sociais a fim assegurar estabilidade, previsibilidade e segurança jurídicas. Então, os valores consolidados nas regras jurídicas devem ser feitos valer vinculativamente na interpretação e aplicação judicial do Direito.

As decisões judiciais devem seguir as regras jurídicas porque decisões com base em regras jurídicas promovem a justiça (*argument from fainess*)[33], capturada na estrutura simples de tratar igual o igual, reduzindo o espaço para a arbitrariedade e a parcialidade, conforme critérios e valorações próprias e casuísticas. As decisões judiciais devem seguir as regras jurídicas porque decisões judiciais baseadas em regras jurídicas incrementam confiança (*argument form reliance*)[34], previsibilidade e certeza na interpretação e aplicação judicial do Direito. O problema do particularismo ou da casuística está exatamente no risco que oferece à confiança, previsibilidade e certeza no ordenamento jurídico. Os juízes devem seguir as regras jurídicas porque isso incrementa eficiência na atuação do sistema de justiça. Ao confiar nas soluções dos casos dadas nas regras jurídicas e nas decisões judiciais precedentes, os juízes economizam em esforço argumentativo, concentrando a atividade de interpretação e investigação para aspectos ainda controvertidos no caso (*argumento from efficiency*)[35]. Além disso, os juízes devem seguir as regras jurídicas porque as regras jurídicas são ferramentas de alocação de poder (*argument from allocation of power*)[36], o que significa que o que é decidido pela autoridade institucional legitimamente competente é o que deve ser feito validamente.

Isso, contudo, não significa que em situações extremas, as razões de justificação das regras jurídicas não possam ser criticamente testadas. Exatamente nos casos em que as razões de justificação das regras podem ser testadas por outras razões igualmente fortes e as generalizações colocadas pelas regras jurídicas não resultam definitivamente comprometidas, considerada a excepcionalidade da situação concreta do caso, as regras jurídicas podem ser superadas na atividade da prática judicial de interpretação e aplicação do Direito.

---

30 Cf. SCHAUER, *Playing by the Rules* ..., p. 48-50.

31 Cf. SCHAUER, *Playing by the Rules* ..., p. 52.

32 Cf. SCHAUER, *Playing by the Rules* ..., p. 113.

33 Cf. SCHAUER, *Playing by the Rules* ..., p. 135.

34 Cf. SCHAUER, *Playing by the Rules* ..., p. 137.

35 Cf. SCHAUER, *Playing by the Rules* ..., p. 145.

36 Cf. SCHAUER, *Playing by the Rules* ..., p. 158.

Nesse sentido, então, as regras jurídicas podem ser superadas por boas e fortes razões em situações extremas e excepcionais. Contudo, a superabilidade das regras jurídicas não pode ser tal que implique um aniquilamento das razões e dos argumentos que justificam a existência das regras jurídicas em um sistema de ordenamento jurídico. O que isso significa é que uma regra jurídica pode ser superada, em uma situação extrema e excepcional, mas a superação dessa regra jurídica nesse caso não pode implicar, para a ordem e unidade do sistema do ordenamento jurídico, prejuízo fatal para a funcionalidade dessa regra jurídica. Assim, então, não está juridicamente autorizada a superação de uma regra jurídica quando não aplicar a regra configura alto grau de "imprevisibilidade, ineficiência e desigualdade geral"[37].

O decisivo é que a superação da regra jurídica em uma determinação situação concreta individual não tenha repercussão contra a finalidade da regra jurídica dentro do ordenamento jurídico. A generalização contida na regra jurídica e a segurança jurídica, quanto à aplicação da regra jurídica no futuro a casos iguais aos quais ela vinha sendo normalmente empregada como solução, não devem resultar afetadas pela superabilidade da regra, uma vez, em um caso concreto individual muito particular. Se há risco de a situação concreta se reproduzir em uma multiplicidade de casos iguais, então, a superabilidade da regra não deve ser admitida, por que implica a morte de uma regra jurídica válida por ato da prática judicial. O resultado é um duro golpe na segurança jurídica e na própria justiça geral promovida pelas regras jurídicas. Então, quanto maior impacto a superação da regra jurídica causa na segurança jurídica e justiça geral das regras jurídicas, maior a resistência das regras jurídicas e mais fortes devem ser as razões de superabilidade. Nesse sentido, conforme Ávila, a superação de uma regra deve levar em conta sempre a sua repercussão para a aplicação das regras em geral. A superação de uma regra jurídica depende da aplicação geral das regras jurídicas do sistema e o equilíbrio entre a justiça geral e a justiça individual do caso[38].

Se as regras jurídicas podem ser superadas, o que deve ser examinado remete para as exigências das razões de superabilidade. Essa questão remete para o procedimento argumentativo de justificação da superabilidade das regras jurídicas.

5. O PROCEDIMENTO ARGUMENTATIVO

O procedimento argumentativo de justificação da superabilidade das regras jurídicas deve exigir o cumprimento das exigências da argumentação racional. Então, a superabilidade das regras jurídicas deve estar unida a uma teoria da argumentação jurídica. A proposição normativa individual concreta produzida em uma decisão da prática judicial de superação de uma regra jurídica vai se achar racionalmente justificada se cumpridas as regras da justificação interna e externa[39].

A justificação interna diz com as exigências de correção lógico-dedutivas da cadeia de premissas de fundamentação da conclusão e a justificação externa se refere à justificação das premissas mesmas empregadas na justificação interna. Então, as razões de justificação da superabilidade de uma regra jurídica devem apresentar um conjunto estruturado de premissas, logicamente encadeadas, livres de contradição e saltos, de tal modo que a proposição normativa individual concreta da decisão judicial se ache dedutivamente fundamentada. Isso não quer significar que as premissas empregadas impliquem dedutivamente a decisão do caso, mas elas constituem razões que fundamentam e apontam qual deve ser a proposição normativa individual concreta[40].

É na justificação externa que o intérprete judicial, que pretende superar uma regra jurídica válida, deve suportar o pesado ônus da carga argumentativa de se desviar do curso de ação já estabelecido por intermédio de uma decisão de ponderação de interesses e valores do legislador democraticamente legitimado.

---

37 Cf. ÁVILA, *Teoria dos princípios*..., p. 142.

38 Cf. ÁVILA, *Teoria dos princípios*..., p. 146.

39 Cf. GAVIÃO FILHO, *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*..., p. 165.

40 Cf. GAVIÃO FILHO, *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*..., p. 167-178.

Nesse caso, as razões de justificação não podem deixar de apontar a distância entre as finalidades subjacentes da regra jurídica e as consequências da aplicação da regra jurídica ao caso concreto. As razões devem demonstrar que a aplicação da regra jurídica joga contra as razões subjacentes da regra jurídica. Outra exigência argumentativa colocada para o intérprete judicial é apresentar evidências no sentido de que a superabilidade na regra jurídica não implicará severo risco a segurança, estabilidade e previsibilidade jurídicas.

Em todos esses argumentos, a exigência de saturação deve ser cumprida.

6. CASOS DE SUPERABILIDADE DE REGRAS JURÍDICAS?

A partir dessas formulações, um exame da prática judicial pode ser um exercício bastante interessante quanto à questão da superabilidade das regras jurídicas.

Na prática judicial não são muitas as notícias de enfrentamento do assunto sob a designação de derrotabilidade ou superabilidade de regras jurídicas. Mesmo assim, não são poucos os casos de superação de regras na prática na interpretação jurídica judicial. O que segue tem a pretensão de dar a conhecer alguns desses casos.

Um caso bastante explorado é o de uma decisão do Supremo Tribunal Federal que concedeu ordem de habeas corpus para absolver acusado de prática do crime de estupro com violência presumida[41]. No caso, o acusado praticou relações sexuais com uma menina, menor de quatorze anos de idade, situação fática correspondente ao crime de estupro presumido, conforme hipótese normativa das disposições do art. 213 e do art. 224, a, do Código Penal[42]. O texto da disposição do art. 213 do Código Penal estabelecia a pena de reclusão de três a oito anos para a hipótese de constranger mulher à conjunção carnal mediante violência ou grave ameaça e o texto da disposição do art. 224, a, do Código Penal, dizia presumida a violência se a vítima não era maior de quatorze anos. O acusado resultou condenado em primeiro e segundo graus, mas absolvido em decisão por maioria da segunda turma do Supremo Tribunal Federal[43]. As razões de julgamento dizem se tratar de uma situação fática de uma jovem, com vida sexual já iniciada, com aparência de maior idade do que realmente possuía e que assentiu a manter relações sexuais como o acusado em duas ou três vezes. Os argumentos da maioria vencedora foram no sentido de que a situação fática não realizou os elementos do tipo penal, o que significa afirmar que a situação fática não concretizou a hipótese abstratamente dada pelo legislador na regra jurídica do art. 213 do Código Penal. As razões dadas dizem que a aquiescência da vítima, seu comportamento sexualmente ativo e sua aparência excluem a incidência do tipo penal.

O exame das razões dadas nesse julgamento, pelos menos dos argumentos mais amplamente apresentados, não permite concluir que se trata de um caso de superabilidade de regra jurídica. A decisão do julgamento e, portanto, a proposição normativa particular da absolvição do acusado é resultado de uma não aplicação da regra jurídica do art. 213 do Código Penal, porque, segundo as razões dadas, a situação fática não realiza o tipo penal do crime de estupro presumido. Então, o argumento que o Supremo Tribunal Federal apresentou para justificar a não aplicação da regra jurídica é que a situação da vida *S* não é um caso de *P*. Então, a solução do caso é não Q. A consequência jurídica Q requer a afirmação do antecedente *P*. Se *S* não é um caso de *P*, então não Q. Se assim é, então, esse caso não configura um caso de superabilidade da regra jurídica, pois isso requer o reconhecimento pelo intérprete judicial de que *S* é um caso de *P*.

O problema é que essa decisão do Supremo Tribunal Federal pode ser criticada exatamente porque, ao contrário do afirmado nas razões do julgamento, a situação fática evidenciada concretiza todos os elementos integrantes da hipótese normativa abstratamente dada na regra do art. 213 e do art. 224, a, do Código Penal. O significado da disposição jurídica é o de que configura estupro presumido, portanto, independentemente de violência ou grave ameaça, praticar relação sexual com mulher que não é maior de quatorze anos. Nesse caso, presume-se a violência precisamente porque mulher, que não é maior do que quatorze anos, não tem ainda desenvolvido o seu discernimento para assentir com a relação sexual. Por isso mesmo, o consen-

41 Cf. BUSTAMANTE, *Argumentação contra legem*..., p. 205.

42 As disposições do art. 213 e do art. 224, a, do Código Penal, foram alteradas pela Lei 12.015/2009.

43 Cf. STF, HC 73.662-9, DJ de 20/09/1996.

timento na prática da relação sexual não é válido, exatamente como reconheceram expressamente os dois julgadores vencidos, Ministros José Neri da Silveira e Carlos Veloso.

Então, a decisão do Supremo Tribunal Federal, muito embora exclua a regra jurídica sob o argumento de que o fato concreto não realiza o tipo penal do crime de estupro, pode ser examinada como um caso em que o intérprete judicial, diante das circunstâncias específicas da situação fática, parece ter avaliado que a aplicação da regra jurídica configuraria a imposição de uma consequência jurídica demasiadamente gravosa e injusta ao acusado. Nas razões de justificação da decisão judicial podem ser rastreadas formulações como "situações especialíssimas, raras, inusitadas" e "natureza específica do caso, com suas características excepcionais". Expressamente, a decisão judicial emprega o argumento de que a condenação do acusado pela prática do crime de estupro, considerado crime hediondo, "não faz justiça ao caso concreto". A construção dogmática de que a presunção de violência estabelecida na disposição do art. 214, a, do Código Penal, não é absoluta, mas relativa, acha-se formulada exatamente para autorizar o intérprete judicial a examinar a aplicação da regra jurídica a partir especificidade da situação fática. Com isso, o intérprete se entende autorizado a não aplicar regra jurídica e considerar válido o consentimento na prática da relação sexual. O problema é que essa interpretação judicial também como um caso de superabilidade de regra jurídica não encontra justificação. Isso fica claro com os argumentos do Ministro José Neri da Silveira que apontam para as razões subjacentes da regra jurídica. A não aplicação da regra jurídica, porque manifestado o consentimento válido da ofendida, levaria à impunidade de "ações socialmente reprováveis, inaceitáveis e mesmo abjetas de elementos inescrupulosos que buscariam satisfação sexual com pobres crianças, já desprotegidas, em razão da miséria moral e do abandono moral e intelectual, que cercam a prostituição infantil". O que isso quer dizer, quanto ao assunto da superabilidade da regra jurídica, é que a não aplicação da regra jurídica, nesse caso, não se acha racionalmente justificada porque implica severo grau de prejuízo as razões da regra jurídica mesmo.

Esse caso de estupro de vulnerável, designação adotada a partir da alteração da legislação penal introduzida pela Lei 12.015/2009, contudo, na prática da interpretação judicial dos tribunais, tem sido compreendido a partir da investigação da capacidade de discernimento da pessoa ofendida. Nesse sentido, podem ser encontrados precedentes que apontam para a relatividade da presunção de violência e, com isso, para a possibilidade de validade do consentimento dado para a relação sexual. As razões dadas normalmente apontam para a exclusão de tipicidade, mas também para o argumento da especificidade do caso e aplicação razoável e justa do Direito. Assim, por exemplo: "caso em que, não obstante a vítima possuísse menos de 14 anos de idade na data dos fatos, revelam os elementos colhidos aos autos a sua evidente maturidade sexual e a liberdade de escolha, razão pela qual, sob os auspícios do princípio da razoabilidade, de assento constitucional, impõe-se a flexibilização do rigor legal, afastando-se a tipicidade da conduta do réu"[44]. Igualmente, contudo, os precedentes não costumam apresentar argumentos sobre as razões de trincheira da regra jurídica não aplicada. Com isso, a função de estabilidade, previsibilidade e segurança jurídicas da aplicação da regra jurídica resulta afetada. Não há segurança empírica de que é verdade a afirmação que diz: a justiça individual do caso concreto produz mais justiça do que a justiça geral da regra jurídica. Quem sabe, por isso mesmo, os precedentes recentes do Superior Tribunal de Justiça, órgão que detém responsabilidade pela uniformidade e unidade da interpretação das disposições jurídicas da legislação infraconstitucional, dizem estar firmado "entendimento no sentido de que, no estupro e no atentado violento ao pudor contra menor de 14 anos, praticados antes da vigência da Lei n. 12.015/09, a presunção de violência é absoluta", sendo "irrelevante, portanto, para fins de configuração do delito, a aquiescência da adolescente ou mesmo o fato de a vítima já ter mantido relações sexuais anteriores"[45]. Essa interpretação judicial rejeita a superação da regra jurídica exatamente em atenção as suas razões de trincheira, que é a proteção jurídica da liberdade sexual da pessoa que não apresenta desenvolvimento psicológico e social para avaliar as consequências de suas escolhas e ações.

Um caso que pode ser incluído na discussão sobre a superabilidade das regras jurídicas é o de uma decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que reconheceu e condenou um acusado pela prática do crime de tráfico de drogas, conforme a disposição do art. 33, § 4ª, da

44 Cf. TJRS, Ap. Crim. 70050072925, j. 29/11/2009, DJE 22/01/2013; TJRS, Ap. Crim. 70037027356, j. 29/07/2010, DJE 01/09/2010.

45 Cf. STJ, Resp. 1152864, j. 26/02/2014, DJ 01/04/2014.

Lei 11.343/2006, Lei de Drogas, mas não aplicou a sanção prevista como consequência jurídica da regra jurídica. No caso, a decisão judicial, mesmo substituindo a pena privativa de liberdade por duas sanções restritivas de direito, dispensou o acusado da aplicação dessas sanções fixadas. A interpretação judicial, então, reconheceu que a situação fática examinada realizou todos os elementos da hipótese normativa abstratamente dada na disposição jurídica do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, mas não impôs ao acusado a consequência jurídica estabelecida na regra jurídica.

As razões dessa interpretação judicial remetem para as particularidades do caso, a proporcionalidade, a razoabilidade e a justiça da aplicação das sanções previstas na regra jurídica aplicável.

O ponto de partida é o caso concreto considerado. O acusado, ao ingressar em estabelecimento de cumprimento de medidas de proteção sócio-educativas de crianças e adolescentes da Fundação de Atendimento Sócio-educativo do Rio Grande do Sul - FASE, para visitar seu filho, foi revistado, e com ele foram encontrados 03 "tijolinhos" de maconha, pesando 1,65g. Na oportunidade, o acusado admitiu que o entorpecente era destinado ao filho, que seria usuário de drogas. No caso, o Tribunal de Justiça estadual entendeu que "o simples fato de trazer consigo ou guardar a substância entorpecente, visando *à* entrega a terceiros, *de per si*, já é conduta tipificada no art. 33 da Lei nº 11.343/06". Igualmente, o Tribunal de Justiça estadual exclui a aplicação do "princípio da insignificância", ao argumento de que a hipótese trata de "crime de perigo abstrato, cujo bem jurídico protegido é a saúde pública" e, por isso, "sendo irrelevante a pequena quantidade de droga apreendida". Então, o Tribunal de Justiça estadual condenou o acusado, mas fez incidir a "minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas", substituindo a pena privativa de liberdade "por duas penas restritivas de direito"[46].

Contudo, o Tribunal de Justiça estadual, dispensou a aplicação dessa pena. A decisão judicial diz se cuidar de "aplicação excepcional e controlada dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, diante das peculiaridades pessoais e vicissitudes processuais (privação de liberdade cautelar por tempo razoável, primariedade, histórico de pessoa trabalhadora e responsável, quadro de vitimização familiar e assistência positiva ao filho, lealdade na defesa pessoal, proposta de solução equitativa pelo Ministério Público em segundo grau)". Igualmente, acrescenta necessidade de "harmonização das exigências de segurança jurídica – mantida a reprovação ao fato delituoso – e de justiça tópica – a influenciar na consequência jurídica do crime". Assim, a decisão judicial entendeu "atendidos pressupostos específicos: privação de liberdade afastada na consideração final da pena, culpabilidade diminuta, inexistência de dano específico a reparar e não violação de exigência de prevenção especial de socialização nem esvaziamento de prevenção geral (satisfeita com a declaração de culpa e outras consequências da condenação)".

O que isso configura, então, é um caso em que a decisão judicial reconhece que a situação fática encontra tipificação na hipótese abstratamente dada na regra jurídica, mas deixa de impor a consequência jurídica determinada pelo legislador sob o argumento de que, conforme as peculiaridades do caso concreto, que recomenda "aplicação excepcional e controlada dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade". Esse é um caso de não aplicação de uma regra jurídica aplicável e, portanto, de superabilidade de regra jurídica. A decisão judicial do Tribunal de Justiça estadual pressupõe que a solução dada pelo legislador no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, autorizadora da substituição da pena privativa de liberdade por duas medidas restritivas de direitos, mostra-se desproporcional, irrazoável e injusta, consideradas as circunstâncias do caso.

A decisão do Tribunal de Justiça estadual nesse caso se acha amparada por um conjunto de razões, exatamente porque parece pressupor e reconhecer a necessidade de cumprimento de pesado ônus argumentativo. Contudo, suportar a carga da argumentação necessária em um caso de superabilidade de regra jurídica não significa apenas apresentar razões, mas oferecer razões que possam justificar racionalmente o desvio judicial do decidido definitivamente pelo legislador.

A decisão judicial do Tribunal de Justiça estadual pode ser criticada, pelo menos, sob três argumentos.

Em primeiro lugar, cuida-se de um caso normal e recorrente nos estabelecimentos prisionais e similares brasileiros. É fato de conhecimento amplamente difundido que amigos e familiares fazem ingressar nesses estabelecimentos drogas, telefones e armas. O caso de um pai tentar

46 Cf. TJRS, Ap. Crim. 70053574067, j. 27/06/2013, DJ. 23/07/2013.

ingressar nesse tipo de estabelecimento para alcançar droga para um filho ou outro familiar não é excepcional, com características específicas e particularíssimas, que escapam ao que normalmente acontece nesse contexto histórico-social.

E segundo lugar, a imposição da consequência jurídica prevista na regra jurídica ao acusado, no caso, não parece configurar uma medida extremamente injusta ou alguma medida inequivocamente desproporcional ou irrazoável. A consequência jurídica seria o cumprimento de duas medidas restritivas de direito, pois reconhecida a classificação do fato na hipótese abstrata da regra jurídica do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. A imposição dessa consequência jurídica seria o normal e o esperado do contexto das discussões da dogmática jurídica e da prática judicial. Por isso mesmo, a decisão do Tribunal de Justiça estadual de dispensa de pena, recorrendo a uma instituição jurídica e válida do Direito português, mas estranha ao ordenamento jurídico brasileiro, frustrou as expectativas normativas. A solução dada pelo Tribunal de Justiça estadual surpreende mais do que a imposição da própria consequência jurídica prevista na regra jurídica. A decisão judicial do Tribunal de Justiça estadual parece sugerir que a imposição das duas medidas restritivas de direito, com base na disposição jurídica do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, caracterizaria um caso de aplicação injusta, desproporcional ou irrazoável do Direito. O que não é dado a conhecer na decisão judicial é porque a imposição dessas sanções configura um caso de aplicação injusta, desproporcional ou irrazoável do Direito. Cuida-se de um caso de imposição de uma sanção penal extremamente injusta ou inequivocamente desproporcional e irrazoável? Pode-se perguntar quando uma sanção penal é extremamente injusta ou inequivocamente desproporcional. Uma resposta para essa questão não pode ser elaborada detalhadamente nesta discussão, mas deve servir a formulação de que injustiça extrema é a injustiça acima de qualquer dúvida e inequivocamente desproporcional é a imposição de medida não necessária e não adequada que representa severo e grave prejuízo das posições jurídicas fundamentais de uma pessoa em favor da realização de direitos que não inexistem ou bens jurídicos de pequena importância. Essa singela formulação serve para mostrar que a imposição das duas penas restritivas de direito, com base na disposição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, ao acusado de levar drogas para o próprio filho, que se achava em estabelecimento estatal de cumprimento de medidas sócio-educativas, não configura medida extremamente injusta ou inequivocamente desproporcional. Não deve ser difícil encontrar pessoas igualmente razoáveis que entendam a aplicação das duas penas restritivas de direitos como justas e proporcionais, considerando o fato de alguém pretender ingressar com drogas em estabelecimento estatal, o que se configura crime para o Direito positivo válido.

Em terceiro lugar, a superação de uma regra jurídica válida não está autorizada quando a sua universalização, como sugere a decisão judicial do Tribunal de Justiça estadual, pode configurar risco para a estabilidade, previsibilidade e segurança jurídicas. Se bem entendido, a decisão judicial do Tribunal de Justiça estadual sugere o emprego do instituto português da dispensa da pena para todos os casos de ingressos de drogas em estabelecimentos prisionais e similares iguais ou semelhantes ao caso julgado. Assim, por exemplo, seriam os casos de familiares que buscassem levar aos parentes presos, usuários de drogas, pequenas quantidades de maconha? E se fosse o caso de um familiar levar alguma quantidade de cocaína ou outra substância? Mas se fosse uma quantidade mais expressiva de droga, mas para consumo próprio, seria um caso coberto pela universalização proposta? Se o "princípio da insignificância" não entra em jogo, então, a quantidade da droga tem algum papel relevante? Essas questões servem para ilustrar os problemas que a superação da regra e a sua universalização implicam no caso.

Outro caso de superabilidade de regra jurídica é o citado por Ávila, que remete a uma regra jurídica que condiciona a ausência de importação de produtos para a participação em um programa de pagamentos simplificado de tributos federais. O fato é o de uma pequena fábrica de sofás que realiza uma única importação e é, por força da consequência jurídica prevista na regra jurídica, excluída do programa. Mediante recurso, a exclusão foi anulada pela falta de aplicação razoável da regra. Segundo Ávila, esse pode ser considerado um caso de superabilidade de regra jurídica, pois a decisão de não aplicação da regra ao caso concreto não compromete a finalidade que justifica a regra. A finalidade subjacente da regra é o estímulo da produção nacional de pequenas empresas. Esse é o objetivo de uma tributação simplificada para empresas que não utilizam a importação: estimular pequenas empresas nacionais. Se a empresa que realizou uma única importação é excluída do programa de tributação simplificado passando a ter uma

carga de tributação muito superior, isso poderia inviabilizar a empresa[47]. Então, a aplicação da regra jurídica causaria muito mais prejuízo do que benefício, pois implicaria um resultado contrário do qual ela se propõe, que é a manutenção de pequenas empresas nacionais. Por outro lado, a não aplicação da regra não prejudicaria a segurança jurídica, pois se cuida de um caso extremamente específico, de modo que não seria facilmente arguível por outros contribuintes[48].

Esse caso mostra que a superação da regra jurídica pode ser admitida, desde que não implique prejuízo à concretização dos valores inerentes à regra jurídica, como a promoção da sua finalidade subjacente, da segurança jurídica e da isonomia.

Um caso apontado como de superabilidade de regra jurídica é o de uma decisão judicial, submetida ao exame do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que determinou reserva de vaga para matrícula de aluno em estabelecimento de ensino superior, a despeito de o aluno não apresentar os documentos exigidos pelo edital do processo seletivo quanto à comprovação da conclusão do ensino médio. Nas razões, a decisão judicial deixa saber que o compromisso constitucional da função jurisdicional é com "a produção de soluções justas, podendo o magistrado, para encontrá-las, invocar argumentos que não estejam adstritos à literalidade da legislação ou do edital (legalismo exacerbado), como por exemplo, o princípio da razoabilidade, cuja delimitação semântica encontra balizas no bom senso e na proporcionalidade, e a teoria da derrotabilidade das normas jurídicas, que encontra espaço de aplicação diante das situações de sub e sobre inclusão do consequente das normas jurídicas em relação às suas justificativas substantivas subjacentes, tema amplamente abordado pelo prof. Frederick Schauer...". Nesse caso, a decisão conclui que a melhor solução ao caso concreto era reservar vaga para matrícula do aluno[49].

A questão que pode ser colocada é se o caso autoriza efetivamente a superabilidade da regra jurídica inserida no edital do processo seletivo para ingresso no ensino superior. O que deve ser investigado é se a superabilidade da regra jurídica não compromete a estabilidade, previsibilidade e segurança jurídicas, bem como não implica prejuízo para a justiça geral.

Segundo os elementos que podem ser rastreados no caso, a aluna não apresentou os documentos comprobatórios de sua conclusão no ensino médio, exigência universalmente colocada a todos os aprovados candidatos participantes do certame, e por isso, seu pedido de matricula resultou negado, com base nas regras jurídicas estabelecidas no edital do processo seletivo. Os argumentos do Tribunal Regional Federal da 4ª Região apontam para o "princípio da razoabilidade", "bom senso" e "proporcionalidade entre a educação e o cumprimento rígido do edital"[50]. Aqui, não se trata de discutir o resultado a decisão judicial, mesmo porque vários argumentos foram apresentados, mas se é o caso de superabilidade de regra jurídica. Aliás, em certo ponto, a decisão judicial submetida ao Tribunal diz que o aluno apresentou documentos comprobatórios da conclusão do ensino médio, muito embora não exatamente os documentos expressamente indicados no edital do processo seletivo. Com isso, a discussão se desloca para o campo da interpretação das regras jurídicas e não propriedade para o assunto da superabilidade das regras jurídicas.

Mas, tomado o caso como superabilidade das regras jurídicas, tem-se um problema. É que a superabilidade da regra do edital do processo seletivo para ingresso em instituição de ensino superior poderia implicar prejuízo ao valor formal da segurança jurídica, visto que seria facilmente reproduzível ou arguível por outros candidatos aprovados. Em certa medida, a decisão judicial autoriza novas condutas com a justificativa de equidade, constituindo-se em precedente para futuros casos. Com isso, então, os valores das regras jurídicas dos editais em certamos públicos de processo seletivo para ingresso no ensino superior resultam significativamente diminuídos. Além disso, no caso, a decisão judicial do Tribunal não apresenta uma "justificativa condizente", pois a hipótese da regra jurídica é compatível com a sua com a sua finalidade subjacente. Igualmente, a superação da regra em favor da justiça individual pode afetar substancialmente justiça geral.

---

47 Cf. ÁVILA, *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*..., p. 115.

48 Cf. ÁVILA, *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*..., p. 116.

49 Cf. TRF4, Ag. Inst. 5004520-46.2012.404.0000, j. 26/03/2012, D.E. 30/03/2012.

50 Cf. TRF4, Ag. Inst. 5004520-46.2012.404.0000, j. 26/03/2012, D.E. 30/03/2012.

Outro caso apontado como característica de superabilidade de regra jurídica é o da quebra judicial de pré-quesito estabelecido para sequenciamento da grade curricular de curso de instituição de ensino superior. Seguindo critérios acadêmicos, as instituições de ensino superior estabelecem a sequência de desenvolvimento dos cursos, na das respectivas grades de disciplinas da estrutura curricular do curso. Em alguns casos, por razões acadêmicas, algumas disciplinas são estabelecidas como pré-requisito para que outras subsequentes sejam cursadas. Em um caso submetido ao exame do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, aluno de instituição de ensino superior, deduziu pedido judicial para quebrar pré-requisito estabelecido na grade curricular e, assim, poder cursar quatro disciplinas para concluir seu curso no final do ano.

A decisão submetida ao Tribunal indeferiu o pedido de quebra do pré-requisito enfrentando a discussão exatamente diante do "princípio da razoabilidade". O primeiro argumento da decisão judicial é o de que "sistema de pré-requisitos é válido e legítimo, sustentando-se na autonomia didático-científica das universidades" e o "seu afastamento por controle judicial restringe-se aos casos de ilegalidade, abusividade, impertinência tecnicamente demonstrada ou falta de razoabilidade". Especialmente quanto ao princípio da razoabilidade, a decisão judicial diz se tratar de "instrumento integrativo que tem espaço de aplicação quando a regra geral é válida, porém a sua aplicação se mostra injusta diante das particularidades de um caso concreto, máxime naquelas situações em que o aplicador da norma percebe que, se tal particularidade tivesse sido levada em conta quando da criação da norma geral, a redação desta seria diversa, porque o próprio legislador (ou administrador) não estaria de acordo com a aplicação do consequente da norma à situação concretamente vivenciada". Cuida-se, então, diz a decisão judicial, de "situações de sobre e subinclusão (*over* e *underinclusiveness*) do consequente ou do antecedente da norma em relação à sua justificativa substantiva subjacente - provocadoras das situações de recalcitrância, vinculadas aos *hard cases* -, tema abordado pela teoria da derrotabilidade das normas jurídicas amplamente estudadas pelo prof. Frederick Schauer...". A decisão judicial diz, ainda, que é "razoável que aquele aluno que não adquiriu os conhecimentos de uma dada cadeira (v.g., Sistemas Estruturais III) seja impedido de cursar outra disciplina (Sistemas Estruturais V), vinculada e dependente dos conhecimentos daquela outra, logicamente antecedente, em que ainda não houve a aprovação". Além disso, a decisão judicial diz que "razões estritamente pessoais (interesse de obter o diploma antes do prazo ordinário, oportunidade de emprego iminente, pretensão de acompanhar colegas de ingresso na colação de grau etc.) não podem por si só justificar a quebra". E se assim fosse, "não apenas a quebra almejada, mas qualquer outra poderia ser obtida em juízo, pois evidentemente é do interesse do graduando obter seu diploma o quanto antes". O resultado é que o "Poder Judiciário seria a solução para todos os males aos acadêmicos de desempenho acadêmico insuficiente, o que evidentemente transcende a sua função constitucional de proteger os direitos lesados ou na iminência de serem lesados". Essas razões foram acolhidas pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região[51].

A questão central nesse caso está nas razões dadas para recusar a superabilidade da regra jurídica que estabelece o pré-requisito. Do que se trata é exatamente é da aplicação da regra jurídica em razão dos valores da previsibilidade, estabilidade e segurança jurídicas alcançados pelas regras jurídicas. Além disso, deve-se anotar que a decisão judicial recusa superar a regra jurídica porque a ideia da justiça individual do caso concreto pode representar mais injustiça do que justiça, exatamente pelo prejuízo que implica para a justiça geral da regra. Novamente, justifica-se seguir a regra jurídica pelo argumento da justiça, da confiança, da previsibilidade, eficiência e redução de custos.

Mais um caso em que aparece indicada a superabilidade de uma regra jurídica é o de uma empresa contribuinte que restou não incluída no regime tributário especial do ano de 2010. As regras jurídicas do regime de tributação especial do simples estabeleciam que o prazo final

51 Cf. TRF4, Ag. Inst. 5019070-75.2014.404.0000, j. 08/08/2014, 08/08/2014. A decisão judicial submetida ao Tribunal, diz, ainda, que "a almejada aplicação do princípio da razoabilidade no caso concreto contribuiria para banalizá-lo, esvaziando sua força normativa e fomentando as críticas mais incisivas à sua aplicação, segundo as quais as normas devem ser uniformes, gerais e claras, ao passo que 'razoabilidade cada um tem a sua', havendo discrepância, especificidade e obscuridade em sua aplicação". É que se trata de um "instrumento integrativo que, sob pena de banalização, só deve ser utilizado nos casos em que a sua inaplicação resulte em inequívoca, grave e clarividente injustiça, o que não ocorre no caso concreto". Por isso, "aplicar-se-ia uma razoabilidade míope, focada exclusivamente nos 'prejuízos' do acadêmico, deixando de analisar as legítimas razões didático-científicas que levaram, de forma legal e constitucionalmente válida, à sua ocorrência".

para opção e inclusão do contribuinte no Simples Nacional era o dia 29 de janeiro de 2010[52]. A autoridade tributária negou o pedido de inclusão desse contribuinte no Simples, alegando débitos tributários da empresa. A empresa então contestou que o débito apontado estava devidamente parcelado, inexistindo, portanto, a exigibilidade do tributo por acordo efetuado. Foi deferida medida liminar ordenando que a autoridade deixasse de considerar o débito como óbice à inclusão do contribuinte no Simples Nacional. A autoridade, em suas informações, afirmou ter cumprido integralmente a ordem judicial, todavia, a inclusão da empresa no Simples permaneceria inviável em razão da existência de pendência cadastral junto ao município de Porto Alegre, consistente na ausência de alvará de localização e funcionamento de uma filial, exigência que somente logrou cumprir em 06 de julho de 2010. A autoridade tributária negou a inclusão da empresa contribuinte por ausência de atendimento de requisito legal no prazo legal. A decisão judicial submetida ao exame do Tribunal Regional Federal da 4ª Região diz que "o caso concreto comporta a superação da regra prevista na norma infralegal". Em primeiro lugar, argumenta que "o requisito legal de regularidade cadastral tem a finalidade de permitir a adequada arrecadação prevista pelo Simples Nacional". Assim, no caso de "regime de arrecadação unificada, devem os contribuintes estar corretamente cadastrados nos entes federativos correspondentes, a fim de possibilitar o recolhimento e a cobrança de todos os tributos devidos e envolvidos no regime". O que isso significa, diz a decisão judicial, é que a "hipótese fática dos autos não atentou contra a finalidade da norma". Além disso, deve ser considerada a "natureza da pendência apontada pelo município: ausência de alvará de localização e funcionamento de uma filial do impetrante". Ainda que "não se possa afirmar que a exigência é ilegítima - pois se trata de identificação do contribuinte no cadastro tributário do município, de fundamental importância para a inclusão no Simples, principalmente porque tal regime, por ser de arrecadação tributária unificada, abrange o ISSQN, tributo de competência daquele ente federativo -, também não se pode desconsiderar os seguintes fatos: (a) o contribuinte não possuía quaisquer créditos tributários exigíveis perante aquele ente; (b) a restrição referia-se tão somente a uma filial; (c) a restrição foi devidamente regularizada no mesmo exercício". Desse modo, a decisão judicial conclui que "pelas peculiaridades do caso, que a finalidade da norma não foi infringida". Igualmente, "não se pode dizer que a segurança jurídica reste afetada, pois não se está, aqui, afirmando a desnecessidade da regularidade cadastral para fins de ingresso no Simples Nacional". Apenas, diz a decisão judicial, que, "diante do caso concreto, os benefícios valorativos advindos da superação da regra superam sua estrita e literal aplicação". Esses argumentos restaram acolhidos pelo Tribunal Federal Regional da 4ª Região, que manteve a decisão judicial[53].

Esse parece ser um caso muito bem estruturado de superabilidade de uma regra jurídica. Três aspectos devem ser destacados. Em primeiro lugar, a superabilidade a regra jurídica no caso não preserva as razões de trincheira das regras jurídicas que conforma a disciplina jurídica da inclusão no regime tributário especial do Simples Nacional. Os valores e os argumentos justificadores das regras jurídicas não resultam prejudicados pela superação das regras jurídicas no caso concreto. Em segundo lugar, a superação da regra jurídica no caso concreto não oferece severo prejuízo à estabilidade, previsibilidade e segurança jurídicas. A justiça individual não prejudica a justiça geral da regra. Em terceiro lugar, a decisão judicial de superação das regras jurídicas encontra-se lastreada em bom e coerente conjunto de razões. Cuida-se de decisão judicial corretamente acompanhada de argumentação jurídica de justificação, especialmente quanto aos pontos que devem ser justificados nos casos de superabilidade de regras jurídicas.

7. CONCLUSÃO

O objetivo deste artigo consistiu em propor uma discussão sobre a superabilidade de regras jurídicas, entendida como a não aplicação de uma regra jurídica válida mesmo quando realizados concretamente todos os elementos da hipótese normativa abstratamente dada.

A formulação central é a de que em situações extremas, cumpridas rigorosas exigências argumentativas, a atividade jurisdicional de interpretação e aplicação do Direito pode deixar de aplicar regra jurídica válida. Com duas questões são decisivas. Em primeiro lugar, a admissibi-

52 Cf. Lei Complementar 123/2006 e a Resolução 4/2007 do Conselho Gestor do Simples Nacional.

53 Cf. TRF4, AG. Inst. 5006378-83.2010.404.0000, j. 30/09/2010, D.E. 04/10/2010.

lidade da superação de uma regra jurídica válida pressupõe que a situação concreta do caso carregue elementos específicos e particulares em relação ao que normalmente é cuidado pela prática judicial. Em segundo lugar, a superabilidade de regra jurídica válida exige cumprimento de pesado ônus argumentativo.

A superabilidade de uma regra jurídica é exceção e sempre deve ser exceção. O contrário disso represente sério risco para a previsibilidade, estabilidade e segurança jurídicas, valores centrais de qualquer ordenamento jurídico.

As regras jurídicas são razões definitivas, que determinam obrigatória e vinculativamente direitos e deveres jurídicos. O que as regras jurídicas dizem deve ser obrigatoriamente cumprido. As regras jurídicas, como representação de alocação de poder, já trazem consigo avaliações e ponderações da autoridade legítima juridicamente competente. Autorizar o intérprete judicial, quando entender que for o caso, conforme seus critérios de valoração e justiça, a novamente ponderar, pode reduzir o grau de certeza e segurança jurídicas.

Em situações excepcionais, contudo, a aplicação de uma regra jurídica pode ser mostrar extremamente injusta ou inequivocamente desproporcional ou irrazoável. Há casos extremos em que a aplicação de uma regra jurídica se mostra contrária até mesmo às razões da própria regra. Nesses casos, a aplicação da regra jurídica não encontra uma justificação racional, mas é necessário que a segurança jurídica e a justiça geral das regras jurídicas não resultam definitivamente comprometidas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. A fórmula peso. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 131-132;

_____. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, S. 77.

_____. On the Structure of Legal Principles. *Ratio juris*, v. 13, Sept., p 294-304, 2004.

_____. A institucionalização da razão. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Juristische Interpretation. In: ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, S. 71-94, 1995; Tradução para a língua portuguesa: Interpretação Jurídica. In: ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 61-76, 2009.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios.* 13ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Argumentação contra legem*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. The Model of Rule I. In: DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

GADAMER, Georg Hans. *Wahrheit und Methode*. Tübingen: Mohr, 1990.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

HAGE, Jaap. *Reasoning with Rules.* Dordrecht: Kluwer, 1997.

HART, H. L. A. *The Concept of Law*. London: Oxford University Press, 1961.

HECK, Luís Afonso. Regras, princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy. In: LEITE, George Salomão (org.). *Dos princípios constitucionais.* 2ª Ed. São Paulo: Método, p. 89-128, 2008.

LLEWELLYN, Karl. *The theory of Rules*. Chicago: The University of Chicago Press, 2011.

SCHAUER, Frederick. *Playing by the Rules.* New York: Oxford University Press, 1991.

SUNSTEIN R., Cass. *Legal Reasoning and Political Conflit*. New York: Oxford University Press, 1996.

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. *Hermenêutica Jurídica e Derrotabilidade*. Curitiba: Juruá, 2010.